



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA - EDB**

JOSÉ CARLOS VAZ

**UTILIZAÇÃO DA ALEATORIEDADE NA CONTENÇÃO
DA CORRUPÇÃO EM ATOS ADMINISTRATIVOS**

**Brasília
Nov. 2018**

JOSÉ CARLOS VAZ

**UTILIZAÇÃO DA ALEATORIEDADE NA CONTENÇÃO
DA CORRUPÇÃO EM ATOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito como
requisito parcial para a obtenção de título de
Mestre em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Marilda de
Paula Silveira.

**Brasília
Nov. 2018**

JOSÉ CARLOS VAZ

**UTILIZAÇÃO DA ALEATORIEDADE NA CONTENÇÃO
DA CORRUPÇÃO EM ATOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho de Dissertação apresentado ao
Curso de Pós-Graduação em Direito como
requisito parcial para a obtenção de título de
Mestre em Direito.

Brasília-DF, 28 de novembro de 2018.

Professora Doutora Marilda de Paula Silveira - IDP
Professora Orientadora

Professor Doutor Roberto Freitas Filho - IDP
Membro da Banca Examinadora

Professor Doutor Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis - USP
Membro da Banca Examinadora

Benjamin Franklin (apud DAHL, 2016, p. 88):

Sir, existem duas paixões que têm poderosa influência nos negócios dos homens: a ambição e a avareza, o amor pelo poder e o amor pelo dinheiro.

Alexander Hamilton (apud DAHL, 2016, p. 88):

Os homens adoram o poder.

George Mason (apud DAHL, 2016, p. 88):

Da natureza humana, podemos ter certeza de que os que detém o poder [...], sempre que puderem, tratarão de aumentá-lo.

Bettino Craxi, no Parlamento Italiano (apud MORO, 2004):

Os partidos políticos têm sido o corpo e a alma das estruturas democráticas... Infelizmente, é usualmente difícil identificar, prevenir e remover áreas de infecção na vida dos partidos... Mais, abaixo da cobertura do financiamento irregular dos partidos, casos de corrupção e extorsão floresceram e tornaram-se interligados... O que é necessário dizer e que, de todo modo, todo mundo sabe, é que a maior parte do financiamento da política é irregular ou ilegal. Os partidos e aqueles que dependem da máquina partidária (grande, média ou pequena), de jornais, de propaganda, atividades associativas ou promocionais... têm recorrido a recursos adicionais irregulares. Se a maior parte disso deve ser considerada pura e simplesmente criminosa, então a maior parte do sistema político é um sistema criminoso. Eu não acredito que exista alguém nessa Casa e que seja responsável por uma grande organização que possa ficar em pé e negar o que eu digo. Cedo ou tarde os fatos farão dele um mentiroso.

Norberto Bobbio (em BOBBIO; VIROLI, 2007, p.52):

Mas o fato mais grave é que hoje ninguém se envergonha mais de nada, sendo que, é preciso lembrar, o senso da vergonha sempre foi o sinal da existência de um sentimento moral.

Louis Brandeis (apud MENDONÇA, 2016, p. 568):

O Estado pode, se os cidadãos assim escolherem, servir como laboratório; e tentar experimentos sociais e econômicos sem risco para o resto do país.

José Murilo de Carvalho (2000, p. 124-125):

Às tarefas que até agora nos ocuparam, quais sejam, construir o Estado (século XIX) e construir a nação (século XX), deve ser acrescentada a tarefa cada vez mais importante de construir a sociedade.

Resta aos que ainda insistem em se preocupar com o destino coletivo das comunidades, a luta por ideais de justiça social, uma luta relevante, sobretudo em um país campeão de desigualdade como o nosso.

Trata-se de buscar alternativas que atendam às mudanças em curso, sem romper radicalmente com o que é potencialmente positivo ou tradição nacional.

Em resumo, este empreendimento significa, no mundo dos valores, renunciar a visões evolucionistas da história e colocar a justiça social no centro das preocupações. No mundo da política, combinar o interesse e a virtude e promover o encontro do Estado com a sociedade, numa perspectiva em que a força do primeiro passa a depender do fortalecimento da segunda e em que este novo arranjo constitua a base para redefinir a nação.

Roberto Mangabeira Unger (2011):

Meu tema é a reinvenção da democracia [...] por meio da reorientação do direito constitucional.

[As] democracias contemporâneas, inclusive o Brasil, devem reconstruir o projeto democrático. Para isto, precisam redirecionar o direito constitucional.

O conteúdo institucional desta reorientação inclui inovações que elevariam [...] a mobilização política da cidadania [...].

O norte imaginativo dessa mudança é a ampliação do experimentalismo democrático em todas as áreas da vida social, a ser facultada por fortalecimento do potencial transformador da política.

A utilidade prática da reconstrução é facilitar o objetivo mais premente em todas as grandes democracias contemporâneas: a construção de um novo modelo de desenvolvimento baseado em ampliação de oportunidades para aprender, para trabalhar e para produzir. [...].

Temos [...] interesse em rebelar-nos contra os limites desta tradição [constitucional]. A rebeldia se deve guiar por uma idéia de democracia e por uma prática do direito.

A idéia é a construção das instituições, das práticas e das doutrinas de uma democracia de alta energia, capaz de fazer com que as mudanças passem a depender menos das crises [...].

A prática do direito -- inclusive do direito constitucional -- trocaria a idealização das normas vigentes (o discurso dos princípios e das políticas públicas) pela imaginação das instituições alternativas

Dedico este trabalho aos meus pais,
minha esposa, meus sogros e
minhas filhas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, pelo apoio, incentivo e paciência, à minha esposa, meus pais e minhas filhas (grato a estas também pelas revisões e traduções).

Aos membros da banca, pelas orientações, pelas aulas e referências, e pela oportunidade de cursar o Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do IDP – Brasília (DF).

Aos amigos Bia Tebaldi e Luiz Carlos de Brito Lourenço, pela constante confiança, e pela disposição e boa-vontade em viabilizar livros portugueses.

RESUMO

Este trabalho aponta que sociedade e Estado de diversos países parecem reféns de interesses não republicanos impregnados no poder político, que interferem na definição dos modelos de atuação estatal e na gestão e funcionamento da Administração Pública, desviando recursos públicos para retroalimentar o poder político corrupto, o qual se mostra disposto a fazer alianças com qualquer ente que se apresente para enfrentá-lo. Pondera que talvez seja conveniente repensar a forma procedimental dos sistemas de poder, e, com isso, criar um contexto disruptivo, que contribua para a desestabilização de corruptores e corruptos. Estabelece como objeto de investigação a possibilidade de utilização da aleatoriedade como mecanismo de mitigação da corrupção nos atos administrativos, respondendo à seguinte indagação: *Em que medida o uso da aleatoriedade afetaria a decisão do corrupto ou do corruptor de desviar recursos ou finalidades do Estado?* A hipótese apresentada é que a utilização da aleatoriedade provocaria um aumento da incerteza do corrupto ou corruptor quanto à possibilidade de ser percebido e responsabilizado, mediante incremento na percepção de risco, e, com isso, inibindo a disposição à prática de atos ilegais ou à formação de alianças para tomada do poder, controle dos processos, domínio dos sistemas de decisão e de controle do Estado. Para demonstração desse aumento da incerteza, foram utilizados elementos da teoria econômica do crime (da corrupção), que considera a questão da utilidade e da relação custo-benefício do ponto de vista do delinqüente corrupto. O desenho de um mecanismo aleatório disruptivo partiu de uma pesquisa sobre o uso do sorteio em decisões políticas nas *polis* gregas, nas cidades-república italianas, e em alguns experimentos contemporâneos. A conclusão do estudo foi de que poderia o sorteio passar a ser adotado como critério seletivo adicional na Administração Pública, em diversas etapas de alguns atos administrativos, configurando um evento composto, em que o cálculo de probabilidades por parte do corruptor/corrupto é mais difícil.

Palavras-chave: Poder – Estado – Corrupção – Incerteza – Aleatoriedade – Sorteio.

ABSTRACT

The present study points out that society and the State of several countries seem to be hostages of non-republican interests impregnated into political power, which interfere in the definition of models of state performance and in the management and functioning of the Public Administration, diverting public resources to feedback the corrupt political power, which is willing to make alliances with any entity that comes forward to face it. It considers that it may be appropriate to rethink the procedural manner in which systems of power are carried out, and, thereby, create a disruptive context that contributes to the destabilization of the corrupters and the corrupted. It establishes as object of investigation the possibility of using randomness as a corruption mitigation mechanism in official acts, by answering the following question: *To what extent would the use of randomness affect the corrupter's or the corrupted's decision to divert state resources or purposes?* The hypothesis presented is that the use of randomness would increase the uncertainty of the corrupter or of the corrupted regarding the possibility of being caught and held accountable, by increasing the perception of risk, and with this, inhibiting the willingness to practice illegal acts or to make alliances in order to seize power, control procedures and overpower the decision-making and State controlling systems. To demonstrate this increase in uncertainty, elements of the economic theory of crime (of corruption) were used. Such theory considers the matter of utility and of cost-benefit ratio from the point of view of the corrupted delinquent. The design of a random disruptive mechanism was based on a survey regarding the drawing of lots in political decisions in the Greek *polis*, in the Italian city-states, and in some contemporary experiments. The conclusion of the study was that the drawing of lots could be adopted as an additional selective criterion in the Public Administration, in several stages of administrative acts, configuring a composite event, in which the calculation of probabilities by the corrupter/corrupted is more difficult.

Keywords: Power – State – Corruption – Uncertainty – Randomness – Drawing of Lots.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. INQUIETAÇÃO E CONTEXTO: VIDAS EM JOGO.....	19
1.1 Realidade brasileira.....	19
1.2 Percepção dos brasileiros.....	21
1.3 Inquietação.....	22
2. PROBLEMA, HIPÓTESE E DELIMITAÇÃO DO ESTUDO.....	24
2.1 Caracterização do problema.....	26
2.2 Objeto de investigação, indagação, premissas e hipótese.....	28
2.3 Sobre a abrangência do estudo.....	32
3. JOGO DO PODER E JOGO DA CORRUPÇÃO.....	34
3.1 Vítimas da corrupção: Estado, Democracia e República.....	35
3.1.1 Estado como vítima da corrupção: desvio de finalidade (realização do projeto da sociedade).....	36
3.1.2 Democracia como vítima da corrupção: perda de legitimidade (representação e participação dos cidadãos em igualdade).....	38
3.1.3 República como vítima da corrupção: decisão com base no interesse privado, não no público.....	39
3.2 Corrupção: descumprindo as regras do jogo do poder.....	40
3.3 Domínio e captura do Estado.....	41
3.4 Contenção da corrupção.....	43
3.4.1 Motivação da corrupção.....	44
3.4.3 Medidas de contenção da corrupção.....	47
3.5 Um possível tratamento contra alguns tipos de corrupção.....	48
3.6 O sorteio no passado e nas democracias modernas.....	49

4.	UTILIZANDO A ALEATORIEDADE NO JOGO DO PODER.....	50
4.1	Análise da hipótese.....	51
4.1.1	Tomada de decisão e aleatoriedade.....	51
4.1.2	Validação.....	52
4.2	Uso do sorteio em atos administrativos.....	54
4.3	Eficácia, eficiência e efetividade operativas.....	57
4.4	Aspectos jurídicos quanto ao uso do sorteio em atos administrativos.....	58
4.4.1	Previsão ou vedação na Constituição.....	59
4.4.2	Necessidade de alterar a Constituição ou editar lei.....	62
4.4.3	Observância do princípio da Igualdade e das regras da Democracia.....	63
4.4.4	Afinidade com os princípios republicanos.....	65
4.5	Sobre os exercícios.....	66
	CONCLUSÃO.....	68
	REFERÊNCIAS.....	77
	APÊNDICE.....	82

INTRODUÇÃO

O objeto de investigação neste trabalho é a possibilidade de utilização da aleatoriedade como mecanismo de mitigação da corrupção nas decisões públicas, nos atos administrativos.

Para chegar a essa definição/proposição, efetuou-se uma jornada entre duas estações, sendo a de partida a “Estação da Inquietação”, dominada pelo subjetivismo, percepções, crenças, sentidos comuns.

A estação de chegada é a “Estação do Achado Científico”. Para se desembarcar lá é preciso demonstrar a aquisição de certas competências (objetividade, probabilidade, coerência, comunicabilidade, etc.).

E é preciso mostrar de onde se veio, e como se veio, e comprovar que os trilhos percorridos foram os da metodologia científica, de modo que qualquer alguém possa refazer a viagem, rever os seus marcos, refazer as experiências vivenciadas, e, concordando ou não com as conclusões trazidas, de alguma forma utilizar aqueles conhecimentos para novas expedições.

Antes de entrar na estação de partida, é interessante conhecer um pouco do contexto do viajante. A “Estação da Inquietação” fica na “Cidade do Desconhecido, das Dúvidas e dos Questionamentos”, e o autor desta dissertação não se recusa a revelar algumas de suas dúvidas e questionamentos, que não são originais ou exclusivos.

Nos livros encontram-se descrições teóricas de mundos plenos de felicidade e demonstrações às vezes dogmáticas, quase sempre convictas, de como se consegue chegar a tais lugares.

A vida como vivida não é assim tão certa, estável e definitiva. Tudo é relativo e circunstancial. Pessoas em diferentes situações cruzam pontos de vista divergentes, para alguns incoerentes, para outros sólidos, e sob interesses justificados, para uns, e questionados pelos demais. E empreendem ações em que forças se chocam, às vezes se somando, às vezes se desviando, às vezes se anulando, às vezes se dividindo. Criando novos movimentos.

Qualquer indivíduo apresenta ao longo do tempo as mais diversas e intermitentes facetas. E estágios de sociabilidade intermediários entre lobo e homem civilizado. Tais combinações de situações fazem com que também as associações humanas sejam instáveis, flutuando entre o estado da natureza e o estado da civilização.

E, mergulhada nesse caldo biológico/social/cultural efervescente, a humanidade não percebe que o tempo passa, e com ele as melhores condições de um meio-ambiente (faz-se menção aqui preponderantemente à água, à temperatura, à energia, à atmosfera).

Com isso, perde-se a sustentabilidade da própria humanidade, não só na tríade desenvolvimento econômico, progresso social e equilíbrio ambiental, mas também em termos de felicidade existencial.

Com avanços e recuos característicos das relações políticas, a sociedade de mulheres e homens melhora socialmente e materialmente, em termos médios, mas não sem sofrimento. E à custa do esgotamento dos recursos naturais por meio de modelos econômicos embasados no uso de estoques, não de fluxos. E usando tecnologias que, ao diminuírem o tamanho do mundo, desnudam as desigualdades e acirram os desejos. A vida material está melhor (não para todos), mas a infelicidade aumenta (em muitos).

As instituições (família, religião, mercado, estado, emprego, escola) não conseguem atender às novas expectativas. Mas, se a humanidade avançou tanto em tecnologia, por que não se atualizam as instituições?

Porque dentro de cada um, mais ou menos intenso e remoto, está um instinto animal remanescente, de procura da sobrevivência, de medo, e que aconselha: -- Não se mexa! Fique na toca! Não se exponha aos predadores!

“Como vencer essa resistência à mudança, ao novo, ao desconhecido” é uma pergunta sem resposta, mas outra pergunta, “como alguém pode contribuir para achar aquela resposta” tem como ser respondida: investigar, analisar, refletir, propor, dialogar, transigir, criar consensos.

É essa disposição, de contribuir e dialogar, o combustível da máquina propulsora da jornada que se fez, neste trabalho, entre as duas estações.

Os trilhos da metodologia científica têm bitola estreita, e os vagões não podem conter todas as expectativas, vontades, abordagens. É preciso decidir o que será coletado, catalogado e transportado até o destino final. Como diz uma mentora, “recortar”.

Com essas considerações, finda uma abordagem dialética a que se propôs o autor.

Agora começa a abordagem científica, e isso se faz repetindo que o objeto de investigação neste trabalho é a possibilidade de utilização da aleatoriedade como mecanismo de mitigação da corrupção nas decisões públicas, nos atos administrativos.

Para chegar a essa definição, foram feitas sucessivas pesquisas em matérias passíveis de estudo. A cada pesquisa, a escolha de uma abordagem e a decisão de outro recorte, com nova pesquisa dentro deste, para identificar um tema que se comportasse nos limites de tempo e capacidade analítica disponíveis.

No estudo, (“nos trilhos da metodologia científica”), foi-se da *desigualdade* para a *corrupção política*. Desta para *medidas a serem utilizadas na redução da corrupção*. Nestas, a *aleatoriedade* e, dela, o *sorteio*, e *aplicado em atos administrativos*. E, no recorte final, o *sorteio nos atos administrativos previstos na Constituição e nas Leis 8.666, de 21 de junho de 1993, e 13.303, de 30 de junho de 2016*.

O trabalho partiu de uma especulação: o Estado brasileiro não estaria produzindo os resultados pretendidos pela sociedade na sua Constituição, sendo incapaz de evitar o crescimento da desigualdade, da angústia e da discórdia.

Nesse estágio preliminar, o tema a ser estudado seria a desigualdade (como se verá mais à frente, a renda é muito mais concentrada no Brasil do que em quase todos os outros países desenvolvidos e em desenvolvimento do mundo).

Mas este seria um tema por demais amplo para ser tratado. Optou-se por abordar a corrupção política, *o abuso de poder por parte de autoridade, que manipula políticas públicas, interfere em instituições e muda regras na alocação de recursos públicos, por poder, status ou dinheiro, para si e/ou outros.*

As principais razões de tal opção são a contemporaneidade e a magnitude dos casos “Mensalão” e “Lava Jato”, e o seu impacto na economia, nos empregos, na esperança de dias melhores, na crença no Estado e nas demais instituições, pelos brasileiros¹.

Aqueles escândalos desnudaram a existência de um esquema de controle do poder político, por meio de partidos de todos os matizes ideológicos, e de nomeações em cargo de confiança, visando à perpetuação de uma elite² expropriadora, desviando o Estado de suas finalidades e esterilizando sua capacidade de autoproteção³.

¹ Relatório do TCU cita “recessão, desemprego, desequilíbrio fiscal, qualidade deficiente dos serviços públicos [e] percepção de alto grau de corrupção, a qual traz consigo a perda de confiança do cidadão no Estado. Reconhecendo a história recente do Brasil, natural relacionar tais problemas, em maior ou menor grau, à mazela da corrupção. Tais males fomentam o desperdício e a malversação dos dinheiros públicos, o que mina a eficiência do Estado; diminui o acesso a serviços básicos; distorce a alocação de recursos; desequilibra a saudável competição no mercado; impõe entraves econômicos, políticos e sociais para o crescimento sustentável; e, o mais preocupante: corrói a credibilidade nas instituições e estimula o desprezo do cidadão pela lei” (Acórdão 2604/2018, disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2604/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em 26 nov. 2018).

² De acordo com Lasswell (1984, p. 15), “as pessoas influentes são aquelas que se apropriam da maior parte do que é apropriável. Os valores à disposição são: deferência, renda e segurança. Os que recebem esses valores em maior quantidade pertencem à *elite*, os demais são a *massa*”.

³ Barroso (2018, p. 49), destaca que, no Brasil, “como seria de se esperar, o enfrentamento à corrupção tem encontrado resistências diversas, ostensivas e dissimuladas”, atingindo “pessoas que sempre se imaginaram impunes e imunes”.

Conceitualmente, o Estado é essencial à realização dos projetos e expectativas da sociedade e de seus componentes. É uma criação das vontades e valores vigentes na edição de seu regramento, funcionando de acordo com tais normas, que são atualizadas mediante procedimentos democráticos. E que se mantém por meio de práticas republicanas⁴.

Na prática, Estado, Democracia, República, sociedade e indivíduos envolvem-se em um jogo de poder, influências e interesses, numa disputa interativa sobre o sentido e a direção da atuação estatal.

Quando participantes dessa interatividade deixam de observar as regras estabelecidas, e não são descobertos e coibidos, todos aqueles atores tornam-se vítimas em um jogo da corrupção. O projeto de sociedade não se realiza, e instala-se crise de confiança no modelo de convivência.

Rose-Ackerman e Palifka (2016, p. 523) afirmam que a corrupção generalizada pode ter raízes na cultura e na história, mas é:

[...] um problema econômico e político [, que] causa ineficiência e desigualdade [, sendo] um sintoma de que o sistema político está operando com pouca preocupação pelo interesse público mais vasto, que indica que a estrutura do governo não canaliza interesses privados de maneira eficaz, o que prejudica as metas econômicas de crescimento, alívio da pobreza e mercados eficientes e justos [e] erode a legitimidade política e a proteção dos direitos⁵ (tradução própria).

⁴ Sarmiento (2018, p. 261) afirma que “existe na sociedade a difusa percepção, infelizmente correta, de que [...] falta República – com ‘r’ maiúsculo – às nossas relações políticas e sociais”. Ele registra que o tema do princípio republicano tem aparecido em “discussões sobre a corrupção e seu combate; sobre privilégios concedidos a autoridades públicas e poderosos de todo tipo; sobre a persistência no país de cultura patrimonialista e desigualitária, que não separa o público do privado, e não trata a todos com o mesmo respeito e consideração”.

⁵ “*Widespread corruption may have roots in culture and history, but it is [...] an economic and political problem [that] causes inefficiency and inequity [, being] a symptom that the political system is operating with little concern for the broader public interest [, that] indicates that the structure of government does not channel private interests effectively [, that undermines] the economic goals of growth, poverty alleviation, and efficient, fair markets [, and] erodes political legitimacy and the protection of rights*”.

Estudando a corrupção, uma pergunta elaborada por Furtado (2015, p. 43) despertou especial atenção: que medidas podem ser utilizadas para reduzir a corrupção em sociedades em que ela alcança todos os níveis ou estratos sociais, em que, de tão disseminadas⁶, essas práticas passam a ser aceitas⁷?

Daquela pergunta surgiram o problema (“a corrupção em todos os níveis ou estratos sociais, e aceita”) e a orientação (“buscar medidas que podem ser utilizadas para reduzir a corrupção”) a serem considerados na investigação.

Uma percepção de que a corrupção, no sentido de subtrair algo, depende de que o corrupto ou o corruptor esteja em uma situação de domínio do Estado (que também seria um tipo de corrupção, procedimental), direcionou a investigação para a procura de um mecanismo que incidisse nos momentos cruciais dos atos administrativos e desestabilizasse a incidência do esquema de depravação estatal.

Rose-Ackerman e Palifka (2016, p. 206) vieram contribuir com mais uma afirmação fundamental para o trabalho: “a dissuasão do comportamento criminoso *depende da probabilidade de detecção e punição* [...]. Baixas penalidades após condenações ainda podem deter o crime se *a chance de apreensão for alta* [...]”⁸ (tradução própria).

O uso do termo *probabilidade*, afim com *risco* e *incerteza*, remeteu a práticas no passado, na Grécia Antiga e nas cidades-estado da Itália, de utilização do *sorteio* para elidir atos corruptos. Uso da aleatoriedade, pois.

Assim, tendo presente a assertiva de Rose-Ackerman e Palifka, definiu-se como objeto de investigação do trabalho a possibilidade de utilização da aleatoriedade como mecanismo de mitigação da corrupção nos atos administrativos.

Construiu-se uma indagação: *Em que medida o uso da aleatoriedade afeta a decisão do corrupto ou do corruptor de desviar recursos ou finalidades do Estado?*

⁶ Barroso (2018, p. 51): “porque o problema maior não é para onde o dinheiro vai, e sim de onde ele vem: de uma cultura de desonestidade que foi naturalizada e passou a ser a regra geral”.

⁷ Barroso (2018, p. 50): “parte da elite brasileira milita no tropicalismo equívoco de que corrupção ruim é a dos outros, mas não a dos que freqüentam os mesmos salões que ela”.

⁸ “*The deterrence of criminal behavior depends on the probability of detection and punishment* [...]. *Low penalties upon conviction can still deter crime if the chance of apprehension is high* [...]”.

Elaborou-se uma hipótese, a ser confirmada: *A utilização da aleatoriedade provocaria um aumento da incerteza do corrupto ou corruptor quando à possibilidade de ser percebido e responsabilizado, mediante incremento na percepção de risco, e, com isso, inibindo a disposição à prática de atos ilegais ou à formação de alianças para tomada do poder, captura dos processos, domínio dos sistemas de decisão e de controle do Estado.*

Pesquisadas teorias sobre a corrupção, constatou-se que a sua contenção por meio de regramentos éticos perdeu aceitação, predominando agora as teorias de teor racionalista, voltadas aos incentivos positivos e negativos. Dentre tais correntes racionalistas, chegou-se, para a validação da hipótese, à Teoria Econômica do Crime (que considera a questão da utilidade e da relação custo-benefício do ponto de vista do delinqüente corrupto).

Com base então na Teoria Econômica do Crime, recorreu-se à equação que Alencar e Gico Jr. elaboraram ($E[U] = (1 - p) \times U(R) - p \times U(R - c)$, sendo que $E[U]$ é a utilidade esperada individual decorrente do ilícito”), e que representa os “efeitos retributivos e dissuasivos das penalidades”, e se considerou validada a hipótese.

Então, partiu-se para o desenho de um mecanismo aleatório disruptivo, prevendo a inserção do sorteio nos processos administrativos, configurando um evento composto, não somente para a escolha de ocupantes de (alguns) cargos, mas aplicado também a outros atos em que se utiliza a licitação ou similar. Esse mecanismo foi objeto de análise quanto a aspectos jurídicos.

Pelo modelo, o controle por meio da aleatoriedade é feito na *dinâmica de realização do ato administrativo*, acreditando-se que seus efeitos incidirão sobre a *decisão de corromper ou de aceitar ser corrompido*.

O desenho foi exercitado em *atos administrativos previstos na Constituição do Brasil e nas Leis 8.666, de 21 de junho de 1993, e 13.303, de 30 de junho de 2016*⁹, pois foram nesses dispositivos que se enquadrou o modelo-padrão de corrupção apresentado por Barroso (2018, p. 50)¹⁰.

O conceito utilizado para ato administrativo foi o de Mello (2013, p. 389): *“declaração do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”*.

A dissertação foi estruturada em oito partes: esta Introdução; um Capítulo 1 detalhando as razões da escolha do tema; o Capítulo 2 delimitando o estudo; o 3 explicando as premissas atinentes ao “Jogo do Poder” inerente a um Estado de Direito (conforme regras, pois), democrático e republicano, bem como os aspectos relacionados ao “Jogo da Corrupção” e sua contenção; o Capítulo 4 trazendo a validação da hipótese, o desenho do mecanismo e alguns comentários jurídicos; depois a Conclusão, as Referências, e um Apêndice (com alguns exercícios de aplicação).

Espera-se que a leitura contribua para provocar a imaginação e a reflexão do leitor. E mais, a participação republicana, pois, como escreveu Dahl (2001, p. 61), “os cidadãos democráticos não podem se permitir o luxo da complacência”, ainda mais quando, como destacou Barroso (2018, p. 53), “temos uma chance de nos repensarmos e nos reinventarmos como país, com uma revolução pacífica capaz de elevar a ética pública e a ética privada”.

⁹ Preenchimento de funções de confiança e cargos em comissão com atribuição de direção ou chefia (artigo 37 da CF). Para as nomeações mencionadas nos artigos 37, 94, 101, 104, 107, 111-A, 115, 119, 120, 127 da Constituição. Para a nomeação de membro do Conselho de Administração ou diretor de empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, conforme a Lei nº 13.303/2016. Nas licitações para contratação junto a terceiros de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, ao amparo da Lei nº 8.666/1993.

¹⁰ “O agente político relevante indica o dirigente do órgão ou da empresa estatal, com metas de desvio de dinheiro. O dirigente indicado frauda a licitação para contratar empresa que seja parte do esquema. A empresa contratada superfatura o contrato para gerar o excedente de dinheiro que vai ser destinado ao agente político que faz a indicação, ao partido e aos correligionários”.

CAPÍTULO 1 INQUIETAÇÃO E CONTEXTO: VIDAS EM JOGO

O objetivo deste Capítulo é apresentar dados (fatos) que embasam um juízo inquietante: a Constituição dirigente de 1988 não teria resultado, pelo menos até o momento, no desenvolvimento da sociedade conforme os valores nela estabelecidos, havendo ainda sinais expressivos de que a convivência pacífica não seria mais um diferencial nítido do caráter dos brasileiros.

1.1 Realidade brasileira.

Segundo relato de um dos constituintes brasileiros de 1988¹¹, os objetivos da sociedade que estariam contidos na Constituição vigente no País seriam “a maximização da taxa de crescimento do Brasil, com uma extensão tão rápida quanto seja possível dos seus benefícios a todos os cidadãos, para reforçar a solidariedade imprescindível na realização de tal tarefa” e “uma descentralização do poder político numa democracia que torne possível a todo cidadão desfrutar livremente daqueles benefícios e que privilegie a igualdade de oportunidades”.

Passados 30 anos da edição daquela Carta, dados sociais e econômicos do Brasil parecem apontar que aqueles objetivos ainda não foram plenamente alcançados.

Naercio Menezes Filho¹² alertou quanto à expressividade¹³ da desigualdade brasileira, e afirmou que “a renda é muito mais concentrada no Brasil do que em quase todos os outros países desenvolvidos e em desenvolvimento do mundo”.

¹¹ Delfim Netto, QUE BRASIL QUEREMOS PARA 2040?, Valor Econômico, 5 set. 2017.

¹² Naercio Menezes Filho, A DESIGUALDADE CAIU NO BRASIL?, Valor Econômico, 22 set. 2017.

¹³ A proporção da renda (antes dos impostos e transferências) obtidas pelos 10% com maiores salários (que ganham acima de R\$ 5 mil mensais por pessoa) estava em torno de 55%, bem mais do que na China, EUA e França. Já a proporção apropriada pelo 1% da renda (que ganham acima de R\$ 25 mil por mês) está em torno de 27%, e a renda do topo 0,1% (as 140 mil pessoas que ganham acima de R\$ 120 mil por mês) é de 14%.

Conforme a Síntese de Indicadores Sociais do IBGE em 2015, 27% das famílias brasileiras ganham até meio salário mínimo ("pobreza absoluta"), sendo que cerca de um terço ganha até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo ("pobreza extrema")¹⁴.

Estudo do Credit Suisse informou que, em 1980, a renda por habitante no Brasil equivalia a 36,5% da americana, mas que, em 2016, o percentual foi 26,2%¹⁵.

Segundo Björn Hagemann e Xavier Constantini, “em média, a produtividade dos diversos setores econômicos no Brasil corresponde a apenas 23% dos EUA”¹⁶.

Levantamento do Datasus menciona que um a cada cinco nascidos por ano no Brasil é filho de uma adolescente¹⁷.

E, conforme o PNUD, o índice de mortalidade infantil do Brasil, em 2015, foi de 13,8 a cada mil nascidos¹⁸.

Análise da Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental, com base nos dados da Pnad de 2015, apontou que, no País, 69,2 milhões de pessoas não têm acesso ao esgotamento sanitário (34,7% dos lares brasileiros), 29 milhões de pessoas estão sem acesso ao abastecimento geral de água por rede, e 20,5 milhões estão sem coleta de lixo¹⁹.

¹⁴ Daniel Silveira, NÚMERO DE FAMÍLIAS NA MISÉRIA VOLTA A CRESCER EM 2015. In: G1, 2 dez. 2016. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/numero-de-familias-na-miseria-volta-a-crescer-em-2015-diz-ibge.ghtml>. Acesso na mesma data da divulgação.

¹⁵ Sérgio Lamucci, PRODUTIVIDADE DO TRABALHO ESTÁ ESTAGNADA DESDE 1980, Valor Econômico, 7 mar. 2017.

¹⁶ Xavier Constantini e Björn Hagemann, DESBLOQUEANDO A PRODUTIVIDADE, Valor Econômico, 26 mai. 2017.

¹⁷ Eduardo Anizelli, UMA EM CADA CINCO CRIANÇAS NASCIDAS NO PAÍS É FILHA DE ADOLESCENTE, In: Portal UOL, 27 fev. 2017. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1862231-uma-em-cada-cinco-criancas-nascidas-no-pais-e-filha-de-adolescente.shtml>. Acesso na mesma data da divulgação.

¹⁸ Radar IDHM 2015, disponível em http://www.atlasbrasil.org.br/2013/data/rawData/RadarIDHM_VERSAO_Final.pdf. Acesso em 13 set. 2018.

¹⁹ Carlos Madeiro, UMA DÉCADA APÓS SANÇÃO DE LEI, UMA EM TRÊS CASAS DO PAÍS AINDA NÃO TEM ESGOTO. In: UOL, 12 fev. 2017. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/12/uma-decada-apos-sancao-de-lei-uma-em-tres-casas-do-pais-ainda-nao-tem-esgoto.htm>. Acesso em 12 fev. 2017.

Relatório do INEP/MEC destacou que cerca de 10% (quase três milhões) de alunos do ensino fundamental e médio no Brasil são reprovados a cada ano²⁰.

No Atlas da Violência 2018²¹, o Ipea e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) informaram que em 2016, o Brasil alcançou a marca histórica de 62.517 homicídios, equivalente a “uma taxa de 30,3 mortes para cada 100 mil habitantes, que corresponde a 30 vezes a taxa da Europa. Apenas nos últimos dez anos, 553 mil pessoas perderam suas vidas devido à violência intencional no Brasil”.

1.2 Percepção dos brasileiros.

Em dezembro/2017, o Instituto IBOPE e a CNI realizaram a pesquisa “Retratos da sociedade brasileira: perspectivas para as eleições de 2018”²², na qual 44% dos brasileiros se disseram pessimistas ou muito pessimistas com a eleição presidencial de 2018, apontando, em pergunta de resposta espontânea, a *corrupção* como principal motivo (para 30% daqueles 44%).

Na escolha entre *mudanças sociais* (melhoria da saúde, educação, segurança e desigualdade social), *estabilização da economia* (queda do custo de vida e do desemprego), e *moralização administrativa* (combate à corrupção e punição dos corruptos), 44% disseram que o foco do futuro presidente deveria ser promover *mudanças sociais*. A *moralização administrativa* foi citada por 32% dos entrevistados e a *estabilização da economia* obteve 21% de citações.

²⁰ João Batista Araújo Oliveira, DESPERDÍCIOS NA EDUCAÇÃO E CRISE FISCAL, Valor Econômico, 28 jul. 2017.

²¹ Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf, acesso em 7 set. 2018.

²² 2.000 entrevistas em 127 municípios, de 7 a 10 de dezembro de 2017. Registrada no TSE sob o protocolo BR-03599/2018. Disponível em <http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/rsb-43-perspectivas-para-eleicoes-de-2018/>. Acesso em 12 jul. 2018.

Sem entrar no mérito de qual ação deveria merecer mais prioridade ou atenção, é possível afirmar que os dados da pesquisa demonstram que a população brasileira está intensamente interessada em mudanças sociais, moralização e transparência na administração. Essas mudanças sociais pretendidas terão que ser impulsionadas por um Estado eficiente, livre de corrupção²³ e de clientelismo.

1.3 Inquietação²⁴.

A julgar pelos números acima apresentados, o Estado brasileiro não está produzindo os resultados pretendidos pela sociedade e mostrou-se incapaz de evitar o crescimento da desigualdade²⁵, da angústia²⁶ e da discórdia²⁷.

Há um *déficit de efetividade do princípio republicano* no Brasil (Sarmiento, 2018, p. 264), e as facetas do Estado mais visíveis têm sido as da ineficiência, do desperdício, do corporativismo, do patrimonialismo²⁸, do clientelismo, e, em especial (vide os casos do Mensalão e da Lava-Jato), da corrupção.

²³ Entre 16 de agosto e 28 de outubro de 2018, foram contabilizados 165 milhões de *tweets* relacionados às eleições brasileiras, sendo que o tema “corrupção” foi maciçamente predominante (Twitter Brasil. COMO FORAM AS #ELEIÇÕES2018 NO TWITTER. Disponível em https://blog.twitter.com/official/pt_br/topics/company/2018/como-foram-as-eleicoes-2018-no-twitter.html. Acesso em 07 nov. 2018).

²⁴ “O processo de elaboração do conhecimento científico advém da dúvida. É a inquietação sobre uma determinada questão da realidade que motiva o pesquisador na construção científica” (XIMENES, 2008).

²⁵ Sarmiento (2018, p. 264) assevera que a *desigualdade* é um gravíssimo problema sob a perspectiva republicana, e que, “desde a mais tenra infância, os brasileiros são socializados para perceber as relações sociais como naturalmente desiguais”. Ele afirma que “nossa cultura desigualitária, cujas raízes mergulham no passado escravocrata, “enseja a sobrevivência de uma compreensão [em que] direitos e deveres são concebidos [...] a partir da posição de cada indivíduo na estrutura social. No mundo real, a classe, a cor e o acesso a ‘amigos importantes’ [...] valem muito mais do que a simples condição de cidadão ou cidadã”.

²⁶ Antonio Machado (Correio Braziliense, 1 jul. 2018, p. 7), mencionando pesquisa do Ibope em que 59% dos entrevistados não indicaram preferência por candidato à Presidência da República, alude a um “quadro de apatia” e de “insatisfação do eleitor”, e comenta que “há razões de sobra para o sentimento de desesperança, mas é pouca a compreensão sobre as causas do fracasso dos governantes em organizar a produção de riquezas, facilitar a mobilidade social de baixo para cima por meio da educação, apoiar a quem precisa, impor a ordem, etc.”.

²⁷ Luiz Carlos Azedo (Correio Braziliense, 1 jul. 2018, p. 3) faz menção a “crise ética de nossa elite política; violência do cotidiano; desagregação da família unicelular-patriarcal; recrudescimento da misoginia e do preconceito de gênero e racial; intolerância religiosa; radicalização ideológica no debate eleitoral”.

²⁸ Sarmiento (2018, p. 263) diz que o *patrimonialismo* “caracteriza-se pela circunstância de governantes e agentes públicos tratarem o Estado como se fosse sua propriedade privada, submetendo a coisa pública às suas preferências e interesses”. Ele enfatiza (p. 262) que esse traço do caráter brasileiro vem desde o tempo colonial, e chegou sem interrupção, na contemporaneidade a feudos dentro do Estado, “atribuídos pelos governos a partidos e lideranças políticas como contrapartida pelo seu apoio legislativo”.

Silva e Freitas Filho (2017, p. 359) caracterizam o Brasil como um país “no qual a lei e o Estado sempre foram vistos pelos cidadãos com desconfiança, levando à atitude de desprezo e resistência”.

Assim, o Estado brasileiro não está observando os “quatro vetores indispensáveis ao desenvolvimento, gradual, mas profundo, dos projetos políticos”, mencionados por Canotilho (2012, p. 8)²⁹:

Bierrembach (2017, p. 23) afirma que, “algum dia, no futuro, [...] será encontrado o atestado de óbito de instituições que – neste nosso tempo – perecem por doença de lenta evolução, [a] corrupção utilizada de modo constante, corriqueiro, casual, como instrumento de poder”.

Mesmo assim, Barroso (2018, p. 22-23) tem uma visão mais otimista, e fala em re-fundação do Brasil:

Ao descobrir-se aquém do seu destino, devastado por uma corrupção desmoralizante, por um setor público contaminado pela mediocridade e um setor privado repleto de vícios civilizatórios, a sociedade brasileira, entre perplexa, indignada e cheia de autocrítica, vai desenvolvendo uma nova consciência.

[...] Trata-se de um processo histórico que chega com atraso, mas não tarde demais, de elevação da ética pública e da ética privada no país. Não se devem ter ilusões: é trabalho para mais de uma geração.

Barroso (2018, p. 24) também aponta um rumo: “Iluminismo, idealismo e pragmatismo contém em si os valores de que o país precisa para furar o cerco, romper círculos viciosos e encontrar seu destino”, e uma bússola (a Constituição): “Sobre o desencanto de uma República que ainda não foi, precisamos que ela nos oriente em um novo começo” (p. 35).

²⁹ *Eficiência*, através de melhoria e aperfeiçoamento da relação entre a mobilização de recursos e a prestação alcançada.

Suficiência, possibilitadora de um novo balanceamento entre os bens materiais e imateriais, e da redução da utilização de recursos, em termos social e ecologicamente sustentáveis, de forma a conseguir-se um novo modelo de bem estar.

Consistência, expressa na adaptação da produção e do consumo aos ciclos naturais.

Participação, traduzida na democratização dos processos de decisão, a todos os níveis, do nacional ao internacional, aliada a uma maior auto-responsabilidade e auto-organização da própria sociedade.

CAPÍTULO 2 PROBLEMA, HIPÓTESE E DELIMITAÇÃO DO ESTUDO

Direito é meio de estabilização³⁰ de conflitos sociais, mas o jurista³¹ pode buscar influir, opinar, propor, gerar indignação e movimento aos cidadãos e aos homens públicos, pois a estabilização não é só ficar onde se está, mas também ir para situação melhor, desde que isso contribua para pacificar a sociedade.

Em face da inquietação que a faticidade brasileira³² acarreta, como visto no Capítulo 1, é conveniente pesquisar sobre a adequação dessa situação concreta aos modelos teóricos de organização da sociedade (suas normas e valores).

Neste Capítulo, então, apresenta-se a estrutura da pesquisa empreendida, observado que o trabalho não pretendeu abarcar toda a imensa e complexa temática atinente às deficiências do estado e da sociedade no Brasil³³.

Foi necessário fazer progressivos recortes, de modo que se pudesse abordar, com razoável profundidade, o segmento de estudo a ser examinado.

³⁰ “[...] dentre os compromissos básicos do Direito está o de fornecer uma verdade, um dogma” (FREITAS Filho, 2003, p. 31).

³¹ Bonavides (2013, p. 19) comenta que “os juristas do Estado social, quando interpretam a Constituição, são passionais fervorosos da justiça; trazem o princípio da proporcionalidade na consciência, o princípio igualitário no coração e o princípio libertário na alma; querem a Constituição viva, a Constituição aberta, a Constituição real”.

³² Paulo Delgado (Correio Braziliense, 30 set. 2018, p. 15) afirma que “estamos certamente numa encruzilhada com mar revolto. Um abalo persistente e longo do sentido simbólico da política como vetor da organização do Estado Democrático de Direito. Com isso, a sociedade se deslocou do universo do poder legítimo, se atomizou em inúmeras minorias impondo ao país uma micro-sociologia do interesse pessoal e de grupo. Isso ampliou a crise de credibilidade das instituições, dando à insatisfação com os três poderes uma dimensão tal que rompeu a macro-lealdade constitucional essencial para impulsionar um país em direção à prosperidade. A crise política atual é este incesto entre a democracia envergonhada, o autoritarismo assanhado e a desonestidade tolerada”.

³³ Ressalte-se que o contexto social, econômico e político de grande parte da população mundial é igual ou mais severo que o do Brasil. As conclusões e proposta deste trabalho são aplicáveis a outros países, portanto.

Assim, dentre diversas causas de insucesso estatal (ineficiência, desperdício, corporativismo³⁴, patrimonialismo³⁵, clientelismo³⁶, conservadorismo, etc.), optou-se por um primeiro recorte para a investigação: a *corrupção política*.

A investigação foi multidisciplinar, mas predominantemente de Direito, pois se este baliza o que é justo e de interesse comum, sua incidência não parece estar sendo efetiva, porquanto a constituição brasileira é uma constituição dirigente³⁷, que estabelece o Estado como meio de realização de um projeto de sociedade³⁸, o qual, como dito, parece estar longe de se concretizar³⁹.

Paulo Gustavo Gonet Branco (BRANCO; MENDES, 2013, p. 53) menciona o “valor normativo supremo” da Constituição, no sentido de que suas disposições são superiores e não se subordinam “a todos os poderes por ela constituídos, garantida por procedimentos judiciais de controle de constitucionalidade”.

³⁴ Luiz Carlos Azedo (Correio Braziliense, 13 dez. 2016, p. 2) fala de “colapso de um modelo de acumulação perverso, tecido ao longo de décadas, sob o olhar cúmplice de uma alta burocracia federal acumulada em seus privilégios”.

³⁵ “No Brasil, a resistência da Administração à mudança é reforçada pelo patrimonialismo sempre presente na política do país: quando os *donos do Poder* enxergam a máquina estatal como instrumento de realização de interesses próprios e familiares, as mudanças institucionais (ou constitucionais) pouco afetam a tradição de favores e de personalismo, mantendo-se a indistinção entre público e privado” (GUEDES, 2017, p. 248).

³⁶ Antonio Machado (Correio Braziliense, 1 jul. 2018, p. 7) afirma que “criou-se a impressão de que a corrupção seria a razão de todos os males, que políticos não prestam, que empresas privadas só pensam no próprio interesse e outras mazelas assemelhadas, todas com algum grau de veracidade, mas longe de explicar a verdade. O fato é que desde sempre os interesses dos dirigentes do Estado e dos setores econômicos beneficiados por tal arranjo vieram à frente do bem coletivo, corrompendo, conforme a época e a conveniência dos donos do poder, os conceitos do desenvolvimento com bem-estar”.

³⁷ Em Coutinho (2005), Lenio Luiz Streck diz que “a Constituição é uma espécie de negativo da fotografia da sociedade: as promessas de modernidade só estão substanciadas no seu texto porque até hoje não estão concretizadas” (p. 83), mas que não tem “dúvidas [que o novo] consiste no resgate das promessas da modernidade, a partir de uma perspectiva dirigente-compromissária. A Constituição *constitui-a-ação* do Estado” (p. 84).

³⁸ Vide o preâmbulo da Constituição do Brasil: “[...] reunidos [...] para instituir 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]”.

³⁹ Canotilho (em COUTINHO, 2005, p. 24) entende que, para uma constituição, “a grande questão hoje é manter firmes os princípios, torná-los operacionais, e continuar a considerá-los diretivos de qualquer comunidade inclusiva”, e que “um texto, para ser operacional, tem que transportar dimensões materiais que se possam concretizar”. Ele também afirma (p. 30) que “a socialidade implica ainda uma positividade do poder, uma positividade do Estado, um compromisso do Estado que não pode ser facilmente substituído por esquemas difusos, por esquemas outros que podem já ser operacionais em determinados contextos culturais, mas dificilmente o são noutras formas de evolução”.

Mas, qual será o destino de uma constituição que manda, mas não faz fazer, e com um poder apenas discursivo, sem executividade? Melhor dizendo, qual será o destino de uma sociedade organizada por meio de um Estado que não segue o que a sua Constituição determina?

2.1 Caracterização do problema.

O Estado moderno democrático e social de Direito⁴⁰ é uma instituição ordenadora do poder⁴¹, para que este incida de forma justa e coletiva, dirigido conforme a vontade de uma maioria considerada legítima, por meio de processos baseados em consenso, participação e legalidade, para propiciar vida digna a todos.

Originalmente voltado à polícia e à guerra, o Estado, na medida do reconhecimento dos direitos fundamentais de gerações subseqüentes à primeira⁴², em especial os enquadrados nas segunda⁴³ e terceira⁴⁴ gerações, tornou-se também um instrumento para a re-alocação de recursos⁴⁵, que, produzidos privadamente, são destinados ao bem comum⁴⁶, a fim público

Com o aumento do campo de incidência do poder público, exacerbou-se o interesse, freqüente na história, de alguns integrantes da sociedade tentarem capturar o Estado e utilizá-lo para a satisfação de objetivos particulares⁴⁷.

⁴⁰ Justen Filho (2013, p. 101): “o Estado Democrático de Direito caracteriza-se [...] pela supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, [...] pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular”.

⁴¹ Sarlet (2017, p. 17): “evidencia-se claramente ser o poder o alicerce da estrutura estatal”.

⁴² Direitos civis e políticos relacionados à liberdade.

⁴³ Direitos sociais, econômicos e culturais ligados à igualdade, dignidade, identidade.

⁴⁴ Direitos relativos à fraternidade e à solidariedade, e à obtenção ou gozo de desenvolvimento (econômico, social, cultural), meio ambiente equilibrado, autodeterminação dos povos, patrimônio comum da humanidade, comunicação, diversidade, etc.

⁴⁵ Para Bonavides (2013, p. 12), o Estado Social emprega “meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais”.

⁴⁶ Maurizio Viroli, em diálogo com Norberto Bobbio, assevera que “o bem comum é [...] o bem daqueles que querem viver em comum, sem dominar, nem ser dominados. É um conceito retórico, no sentido de que não é um critério que possa ser demonstrado de modo incontestável” (BOBBIO; VIROLI, 2007, p. 44).

⁴⁷ Dahl (2001, p. 88) afirma que “por mais instruídos e confiáveis que sejam inicialmente os membros de uma elite governante dotada do poder de governar um Estado, em poucos anos ou em poucas gerações, é muito provável que abusem dele”.

Isso foi respondido, em certos países, com o resgate da defesa de ideais republicanos, e, em maior amplitude, com a proposição dos direitos fundamentais de quarta geração, que especificam direitos como democracia e de informação.

Inobstante esses avanços conceituais, verifica-se um expressivo diferencial entre o modelo teórico do Estado, como delineado, e a realidade das sociedades⁴⁸. Aliás, tal diferencial é que gera a inquietação mencionada anteriormente.

No caso do primeiro dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, por exemplo, que é o fim da pobreza, artigo⁴⁹ publicado por economistas na revista Nature enfatizou que, em setembro de 2017, 647 milhões de pessoas estavam em situação de extrema pobreza no mundo, recebendo menos de US\$ 1,90 por dia, sendo remota a possibilidade de se atingir a meta de levar a pobreza extrema a menos de 3% da população mundial, em 2030.

O alívio da pobreza vem do desenvolvimento econômico, mas este, para dar-se com distribuição justa das oportunidades e dos recursos disponíveis, depende da atuação de um Estado eficiente e livre de corrupção e do clientelismo⁵⁰.

Em diversos países⁵¹, a sociedade e o Estado parecem reféns de um poder político impregnado de interesses não republicanos, que interfere na definição dos modelos de atuação estatal e na gestão e funcionamento da Administração Pública, desviando recursos públicos para retroalimentar o poder político corrupto⁵², o qual se mostra disposto a cooptar qualquer ente que se apresente para enfrentá-lo.

⁴⁸ Gilberto Bercovici afirma que, “sem um Estado que promova uma efetiva política de desenvolvimento, podemos colocar o que quisermos na Constituição, e, infelizmente, estaremos condenados a ficar denunciando o fato de que a Constituição prevê algo que na realidade não se concretiza” (em COUTINHO, 2005, p. 79).

⁴⁹ Citado em ESTÁ MAIS DIFÍCIL ZERAR A POBREZA, Valor Econômico, 20 jul. 2018.

⁵⁰ Furtado (2015, p. 49) enfatiza que “não constitui tarefa fácil indicar se a pobreza é causa ou consequência da corrupção. Talvez as duas coisas”.

⁵¹ A Transparência Internacional, por meio do Índice de Percepção da Corrupção (IPC), mede níveis de percepção de corrupção no setor público em todo mundo. O IPC usa uma escala de zero (altamente corrupto) a 100 (altamente íntegro). Conforme a TI, “dos 180 países avaliados pelo índice de 2017, mais de dois terços receberam uma nota abaixo de 50. Isso significa que mais de seis bilhões de pessoas vivem em países que são corruptos” (disponível em <https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em 11 set. 2018).

⁵² A propósito do Brasil, Barroso (2018, p. 47) aponta que uma das grandes fontes de corrupção está no custo das eleições. Ela também diz que é fato “que o sistema partidário impõe ao Executivo práticas reiteradas de fisiologismo e favorecimento”.

Furtado (2015, p. 43) indaga “que medidas podem ser utilizadas para reduzir a corrupção em sociedades em que ela alcança todos os níveis ou estratos sociais, em que, de tão disseminadas, essas práticas passam a ser aceitas?”.

Daquela indagação extraiu-se o problema (“a corrupção em sociedades em que ela alcança todos os níveis ou estratos sociais, e aceita”) e a orientação (“medidas que podem ser utilizadas”) para o trabalho. Isso implicou em novo recorte na temática de estudo: *as medidas a serem utilizadas na redução da corrupção*.

2.2 Objeto de investigação, indagação, premissas e hipótese.

Rose-Ackerman e Palifka (2016) afirmam que:

Sistemas políticos que facilitam a troca de favores individualizados, sejam eles empregos, pagamentos ou contratos governamentais, são feitos sob medida para negócios corruptos⁵³ (p. 444, tradução própria).

Demasiado poder discricionário permite que os funcionários públicos inventem requisitos com o único propósito de gerar subornos, resultando em ineficiência, baixo crescimento e renda e riqueza mal distribuídas⁵⁴ (p. 525, tradução própria).

O rito previsto para solucionar desvios e ineficiências do Estado é o de redesenhar suas regras de atuação e seus modelos de organização, por meio do processo legislativo, mas até este pode estar comprometido em certos países⁵⁵.

⁵³ “Political systems that facilitate the exchange of individualized favors, be they jobs, payoffs, or government contracts, are tailor-made for corrupt deals”.

⁵⁴ “Too much discretion allows civil servants to invent requirements with the sole purpose of generating bribes, resulting in inefficiency, low growth, and poorly distributed income and wealth”.

⁵⁵ Furtado (2015, p. 414) afirma que “o combate mais efetivo à corrupção depende da vontade política [e] essa vontade jamais se mostrou suficientemente forte para superar o poder de manipulação dos grupos econômicos e políticos que se beneficiam de falhas no ordenamento jurídico brasileiro”.

Barroso (2018, p. 46), após afirmar que “o processo civilizatório existe para potencializar o bem e reprimir o mal”, registra que “o sistema político brasileiro faz exatamente o contrário”, e ressalta que “a grande dificuldade [...] é que as reformas que o país precisa dependem, para serem feitas democraticamente, como se impõe, da deliberação de pessoas cujos interesses são afetados pelas mudanças necessárias”.

Em 2016, no Brasil, “os deputados desfiguraram o pacote que reúne um conjunto de medidas de combate à corrupção propostas pelo Ministério Público Federal e avalizadas por mais de 2 milhões de assinaturas de cidadãos” (CÂMARA RETIRA SEIS PROPOSTAS DO MPF E DESFIGURA PACOTE ANTICORRUPÇÃO. G1, disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-dos-deputados-concluiu-votacao-de-medidas-contracorrupcao.html>. Acesso em 21 jul. 2018. Para mais detalhes, ver Carazza (2018, p. 263).

O texto abaixo, de Barroso (2018, p. 49) mostra como a corrupção sistêmica se apresenta no Brasil (mas não só neste):

O fenômeno vem em processo acumulativo desde muito longe e se disseminou [...] em níveis espantosos e endêmicos. Não foram falhas pontuais, individuais. Foi um fenômeno generalizado, sistêmico e plural, que envolveu empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos, agentes privados, partidos políticos, membros do Executivo e do Legislativo. Havia esquemas profissionais de arrecadação e distribuição de dinheiros desviados mediante superfaturamento e outros esquemas.

Mas, mesmo estando o processo de decisão política comprometido pela corrupção das instituições democráticas e republicanas⁵⁶, não se pode deixar de avaliar possibilidades de repensar a forma procedimental dos sistemas de poder, e, com isso, contribuir para a desestabilização de corruptores e corruptos⁵⁷.

Nos dizeres de Barroso (2018, p. 51), “é preciso desarmar os mecanismos que estimulam os comportamentos desviantes”. Talvez um mecanismo que atue naqueles mecanismos.

Nesse sentido, um *mecanismo disruptivo*⁵⁸ da corrupção poderia incidir no desenrolar dos *atos administrativos* (entendidos como “*declaração do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*”⁵⁹). Mas como seria esse “*seguro contra corrupção*”?

⁵⁶ Cardoso (2000, p. 29), afirma que o republicanismo não perdeu o papel “de balizar, para além das diferenças de posses, riquezas, influências e talentos, um espaço comum equalizador, definido pela implicação de todos os cidadãos no sistema de decisões políticas”.

⁵⁷ Carazza (2018, p. 276) ressalta que “desarmar esse sistema que concentra renda e poder nas mãos de grandes grupos econômicos e de uma elite política dinástica é o grande desafio a ser enfrentado pela sociedade brasileira”.

Furtado (2015, p. 35) afirma que “sempre haverá descompasso entre a criação de novas condutas fraudulentas e a capacidade do Estado de [...] criminalizar referidas condutas. Surge então a necessidade de se desenvolverem novas práticas para o combate e para a prevenção da corrupção, que não se esgotem no Direito Penal, que devem ser mais ágeis, no sentido de que o Estado possa [...] dar respostas efetivas e rápidas à corrupção”.

⁵⁸ Conforme o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, *Disrupção/Dirupção* tem a ver com “romper, quebrar, destruir” e “ruína, desmoronamento, rompimento, ruptura”.

⁵⁹ Mello, 2013, p. 389.

Rose-Ackerman e Palifka (2016, p. 206) afirmam que “a dissuasão do comportamento criminoso *depende da probabilidade de detecção e punição* [...]”⁶⁰, entendimento que foi “corroborado por uma grande literatura empírica”⁶¹ (tradução própria).

A utilização do termo *probabilidade*, afim com *risco* e *incerteza*, remete a práticas no passado, na Grécia Antiga e nas cidades-estado da Itália, de utilização do *sorteio* para elidir atos corruptos.

O *sorteio* é um tipo de aleatorizador, ou seja, um promotor da *aleatoriedade*, que tem a ver com *aleatório* (“dependente de fatores incertos, sujeitos ao acaso, casual, fortuito, acidental”)⁶².

Assim, tendo presente a assertiva de Rose-Ackerman e Palifka, e a indagação de Furtado, definiu-se como objeto de investigação do trabalho a possibilidade de utilização da aleatoriedade como mecanismo de mitigação da corrupção nos atos administrativos, ou seja, responder à seguinte indagação: *Em que medida o uso da aleatoriedade afetaria a decisão do corrupto ou do corruptor de desviar recursos ou finalidades do Estado?*

A hipótese suscitada é que *a utilização da aleatoriedade provocaria um aumento da incerteza do corrupto/corruptor quando à possibilidade de ser percebido, mediante incremento na percepção de risco, e inibindo a disposição à prática de atos ilegais ou à formação de alianças para tal.*

Da *desigualdade* para a *corrupção política*. Desta para *medidas a serem utilizadas na redução da corrupção*. Nestas, a *aleatoriedade* e, dela, o *sorteio*, e *aplicado em atos administrativos*.

⁶⁰ “*The deterrence of criminal behavior depends on the probability of detection and punishment [...]*.”

⁶¹ Aquelas autoras afirmam que Gary Becker “primeiro argumentou que a probabilidade de detecção era mais importante do que a punição para dissuadir o crime”. Segundo Alencar e Gico Jr (2011, p. 76), foi Becker, com o artigo *Crime and Punishment: an Economic Approach*, em 1968, que deu início ao estabelecimento da Teoria Econômica do Crime, que será muito utilizada neste trabalho.

⁶² Conforme o Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.

E o recorte final⁶³ do estudo ficou sendo o *sorteio nos atos administrativos previstos na Constituição*⁶⁴ e nas Leis 8.666, de 21 de junho de 1993, e 13.303, de 30 de junho de 2016.

A investigação teve como base as premissas a seguir discriminadas, que são marcos delimitadores do estudo:

- *Corrupção*⁶⁵ política é o abuso de poder por parte de autoridade, que manipula políticas públicas, interfere em instituições e muda regras na alocação de recursos públicos, por poder, *status* ou dinheiro, para si e/ou outros.

- Os objetivos da corrupção política (a corrupção finalística em si) são obtidos por meio da dominação do Estado (uma corrupção procedimental).

- As vítimas da corrupção política são o Estado (agente promotor do bem público); a República (a decisão com base no interesse público); a Democracia (representação e participação dos cidadãos em condições de igualdade).

⁶³ Considerando o modelo-padrão de corrupção de Barroso (2018, p. 50).

⁶⁴ Nos Artigos 37, 94, 101, 104, 107, 111-A, 115, 119, 120, 127.

⁶⁵ Para a Transparência Internacional-TI, *corrupção* é "o abuso de poder confiado a alguém para obtenção de ganho privado". Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>. Acesso em 2 jul. 2018.

2.3 Sobre a abrangência do estudo.

A predominância de exemplos fáticos, dados e citações atinentes ao Brasil decorre da contemporaneidade e da magnitude⁶⁶ dos casos⁶⁷ “Mensalão” e “Lava Jato”, e da ampla disponibilidade de informações e análises em português.

O Brasil é referência global em corrupção, tanto negativa (dimensão dos prejuízos, maciça captura do Estado, colocação no ranking da TI⁶⁸), quanto positivamente (instituições democráticas enfrentando a corrupção por meio de processos administrativos e judiciais regidos pelo devido processo legal⁶⁹).

Mas a corrupção é um problema histórico, permanente e verificável em todos os países. Dados e assertivas⁷⁰ da TI amparam essa afirmação, assim como a bibliografia especializada, que relata episódios nos mais diversos países e períodos históricos.

⁶⁶ Só equivalente à da operação “Mani Pulite” na Itália dos anos 1990, sobre a qual Moro (2004, p. 57) registrou ter sido “um momento extraordinário na história contemporânea do Judiciário”, onde a “ação judiciária revelou que a vida política e administrativa [...] estava mergulhada na corrupção, com o pagamento de propina para concessão de todo contrato público”.

⁶⁷ Vide <https://pr-rs.jusbrasil.com.br/noticias/3195234/mensalao-entenda-como-funcionava-o-nucleo-politico> e <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>.

⁶⁸ 96ª posição no IPC de 2017, com nota 37.

⁶⁹ Barroso (2018, p. 49) afirma que “é impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu no Brasil, por outro lado, poucos países no mundo tiveram a coragem de abrir as suas entranhas e enfrentar o mal atávico da corrupção com a determinação que boa parte da sociedade brasileira e uma parte do Poder Judiciário têm demonstrado”.

⁷⁰ Diz a TI que “nenhum país tem uma nota perfeita. Muitos países que são menos corruptos ainda sofrem com tomadas de decisões pouco transparentes, abrigam finanças ilícitas ou toleram inconsistências na aplicação da lei [...]”.

Na Internet podem-se encontrar exemplos recentes na África do Sul⁷¹, Argentina⁷², Coreia do Sul⁷³, Espanha⁷⁴, Estados Unidos⁷⁵, França⁷⁶, Israel⁷⁷, México⁷⁸, Peru⁷⁹, Portugal⁸⁰ e Rússia⁸¹, entre outros países.

⁷¹ Em fevereiro de 2018, o presidente Zuma renunciou, por conta de sua participação em casos de corrupção. Disponível em <https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/48884/corruptao-pessoas-e-renuncia-o-que-esta-acontecendo-na-africa-do-sul>. Acesso em 30 set. 2018.

⁷² Motorista de um alto funcionário revelou centenas de viagens com subornos de construtoras em troca de contratos com o Estado. “Os cadernos da corrupção” revelaram uma rede envolvendo funcionários, empresários poderosos e até juizes. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/17/internacional/1534532517_152355.html. Acesso em 30 set. 2018.

⁷³ Em abril de 2018, a ex-presidente Park Geun-hye foi condenada por corrupção e abuso de poder. Disponível em <https://oglobo.globo.com/mundo/ex-presidente-da-coreia-do-sul-condenada-24-anos-de-prisao-22563395>. Acesso em 30 set. 2018.

⁷⁴ Em junho de 2018, Mariano Rajoy tornou-se o primeiro chefe de governo a perder o cargo após uma moção de censura, em decorrência do escândalo que ficou conhecido como a “trama Gürtel” e uma rede de corrupção de políticos e empresários. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-44330279>. Acesso em 30 set. 2018.

⁷⁵ Em julho de 2018, ex-presidente da Assembléia de Nova York foi condenado por corrupção. Em <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2018/07/27/ex-presidente-da-assembly-de-nova-york-e-condenado-a-7-anos-por-corrupcao.htm>. Acesso em 30 set. 2018.

⁷⁶ Em março de 2018, foi anunciado que o ex-presidente Sarkozy seria processado por corrupção ativa e tráfico de influências. Em <https://www.dn.pt/mundo/interior/nicolas-sarkozy-sera-julgado-por-corrupcao-e-trafico-de-influencias---media-9223220.html>. Acesso em 30 set. 2018.

⁷⁷ Em fevereiro de 2018, o jornal “Haaretz” publicou que a polícia anunciara evidências suficientes indicando que o primeiro-ministro Benjamin Netanyahu recebera subornos e agira “contra interesses públicos”. Em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/policia-israelense-vai-recomendar-que-netanyahu-seja-acusado-por-corrupcao-diz-imprensa.ghtml>. Acesso em 30 set. 2018.

⁷⁸ Em outro relatório de Transparência Internacional, ‘As pessoas e a corrupção: América Latina e o Caribe’, o México chega ao maior índice de corrupção da América Latina e o Caribe no que concerne aos serviços públicos: 51% dos mexicanos reconheceram ter pagado um suborno para ter acesso aos serviços públicos básicos. Em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/580392-mexico-eleicoes-a-sombra-da-corrupcao>. Acesso em 30 set. 2018.

⁷⁹ Os últimos cinco presidentes foram acusados de corrupção: Alberto Fujimori, Alejandro Toledo, Alan García, Ollanta Humala e Pedro Pablo Kuczynski. Em <https://oglobo.globo.com/mundo/cinco-ex-presidentes-do-peru-acusados-de-corrupcao-22195300>. Acesso em 30 set. 2018.

⁸⁰ O ex-primeiro-ministro José Sócrates foi preso, envolvido em escândalo com banqueiros executivos de grandes empresas e outros políticos. E o primeiro-ministro anterior, Passos Coelho, está inserido no chamado caso Tecnoforma. Em <https://www.publico.pt/2018/02/03/politica/opiniao/o-poder-de-atracao-da-corrupcao-1801794>. Acesso em 30 set. 2018.

⁸¹ Um vice-governador de São Petersburgo foi detido, sob suspeita de superfaturamento nas obras de um estádio para a Copa 2018. Em <https://noticias.r7.com/prisma/coluna-do-fraga/corrupcao-e-elefantes-brancos-aproximam-russia-e-brasil-22062018>. Acesso em 30 set. 2018.

CAPÍTULO 3 JOGO DO PODER E JOGO DA CORRUPÇÃO⁸²

Nas partes precedentes, este trabalho mencionou que o mau-funcionamento do Estado brasileiro é evidenciado em índices econômicos e sociais, que demonstram o não cumprimento do projeto de sociedade previsto na Constituição.

Apontadas diversas causas para essa disfunção estatal, escolheu-se a corrupção política como parte contida nos primeiros recortes feitos no objeto de investigação, e continente nos demais recortes posteriores.

Foi ressaltado que essa situação de efeito e de causa (corrupção) não é exclusiva do Brasil, e que em diversos países, a sociedade e o Estado parece refém de interesses não republicanos, impregnados no poder político, que interferem na definição dos modelos de atuação estatal e na gestão e funcionamento da administração, desviando recursos públicos para retroalimentar o poder político corrupto.

Rose-Ackerman e Palifka (2016, p. 523) afirmam que a corrupção generalizada é “[...] um problema econômico e político, que causa ineficiência e desigualdade, sendo um sintoma de que o sistema político está operando com pouca preocupação pelo interesse público mais vasto, que indica que a estrutura do governo não canaliza interesses privados de maneira eficaz, o que prejudica as metas econômicas de crescimento, alívio da pobreza e mercados eficientes e justos e erode a legitimidade política e a proteção dos direitos⁸³” (tradução própria).

⁸² Segundo William Poundstone (apud PIMENTEL, 2007, p. 60), jogo significa “uma situação de conflito onde alguém tem que fazer uma escolha, sabendo que outros estão fazendo escolhas também, e o resultado do conflito será determinado de alguma maneira por todas as escolhas feitas”.

⁸³ “*Widespread corruption may have roots in culture and history, but it is [...] an economic and political problem [that] causes inefficiency and inequity [, being] a symptom that the political system is operating with little concern for the broader public interest [, that] indicates that the structure of government does not channel private interests effectively [, that undermines] the economic goals of growth, poverty alleviation, and efficient, fair markets [, and] erodes political legitimacy and the protection of right*”.

Neste Capítulo serão aprofundadas algumas das assertivas sobre corrupção apresentadas nas premissas, problema e orientação da investigação (Capítulo 2), em especial que:

– As vítimas da corrupção política são o Estado (agente promotor do bem público); a Democracia (representação e participação dos cidadãos em condições de igualdade); a República (a decisão com base no interesse público);

– Os objetivos da corrupção política (a corrupção finalística em si) são obtidos por meio da dominação do Estado (uma corrupção procedimental).

3.1 Vítimas da corrupção: Estado, Democracia e República⁸⁴.

Sendo o Estado o agente executor ou garantidor de satisfação das necessidades dos membros da sociedade valoradas como direitos fundamentais⁸⁵, valendo-se para tanto do poder legitimado como autoridade, e sendo gerido de forma republicana por representantes do povo escolhidos democraticamente, qualquer nódoa que descaracterize aqueles elementos prejudicará ou mesmo impedirá o cumprimento da missão estatal.

É isso que faz a corrupção política, especialmente quando atua na formação da vontade do eleitor e no direcionamento (e controle) dos recursos públicos, apossando-se de forma ilegítima do poder estatal⁸⁶.

⁸⁴ Os conceitos de Democracia e República são variáveis, havendo autores que dizem que a primeira é o que os outros dizem que é a segunda. Há quem diga que são a mesma forma de organizar o Estado, com denominações diferentes. De qualquer modo, “há uma ligação interna entre Democracia e República (MÜLLER, 2006, p.3)”.

⁸⁵ Mello (2013, p. 1090) assevera que “a Constituição brasileira de 1988, a toda evidência, inclui-se na linha do Estado Providência, do Estado Social de Direito, que pressupõe uma presença ativa do Poder Público para promover o bem-estar dos administrados, notadamente dos que se encontram na base da pirâmide social”.

⁸⁶ No Acórdão TCU 2604/2018 consta que, “segundo estimativas da [FIESP], publicadas no ano 2010, o país perde, a cada ano, entre 1,38 a 2,3% do seu [PIB] para a corrupção. Se toda essa quantia fosse aplicada corretamente, seria possível melhorar consideravelmente o fornecimento de saúde, segurança e educação para toda a sociedade. Além das perdas internas, a corrupção também traz sérios prejuízos à imagem do país, afastando investimentos e, conseqüentemente, oportunidades de crescimento econômico, geração de emprego e renda” (Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2604/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em 26 nov. 2018).

Barroso (2018, p. 50) descreve como funciona no Brasil⁸⁷ o “modelo padrão” para “fazer política e [...] negócios”:

O agente político relevante indica o dirigente do órgão ou da empresa estatal, com metas de desvio de dinheiro. O dirigente indicado fraudava a licitação para contratar empresa que seja parte do esquema. A empresa contratada superfatura o contrato para gerar o excedente de dinheiro que vai ser destinado ao agente político que faz a indicação, ao partido e aos correligionários⁸⁸.

Nos próximos tópicos, procurou-se decompor esse modelo-padrão, para melhor entendimento.

3.1.1 Estado como vítima da corrupção: desvio de finalidade (realização do projeto da sociedade).

O Estado moderno democrático e social de Direito é essencial à realização dos projetos e expectativas da sociedade e de seus componentes⁸⁹.

Isso porque, modernamente, o Estado não é somente um provedor de segurança (polícia e guerra), mas é também garantidor de direitos civis, sociais, econômicos relacionados a liberdade, igualdade, dignidade, identidade, fraternidade, solidariedade. É agente para o desenvolvimento econômico, social e cultural, em um ambiente equilibrado. É um instrumento de re-alocação ao bem comum de recursos produzidos privadamente⁹⁰.

⁸⁷ Carazza (2018, p. 11): “Do esquema PC Farias à Operação Lava Jato – passando pelo escândalo dos Anões do Orçamento, as suspeitas sobre o processo de privatizações no governo Fernando Henrique Cardoso e os mensalões petista, tucano e do Democratas (DEM), para ficar só nos mais rumorosos – nossa história recente é uma sucessão de crises que expõem políticos poderosos ligados a empresários interessados em benesses estatais”.

⁸⁸ Segundo Barroso (2018, p. 51): ao modelo padrão se somam “a cobrança de propinas em empréstimos públicos, a venda de dispositivos em medidas provisórias, leis ou decretos; e os achaques em comissões parlamentares de inquérito, para citar alguns exemplos mais visíveis”.

⁸⁹ Diz Barroso (2018, p. 37) que “o constitucionalismo democrático [...] traduz não apenas um modo de ver o Estado e o Direito, mas de desejar o mundo, em busca de um tempo de justiça, fraternidade e delicadeza”.

⁹⁰ Chevallier (2013, p. 80): “um Estado investido da missão de satisfazer as necessidades de toda as ordens, dos indivíduos e dos grupos”.

Segundo Wieacker (2015, p. 718), “o *pathos* da sociedade de hoje [...] é o da solidariedade, ou seja, da responsabilidade, não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um de seus membros individuais, pela existência social (e mesmo cada vez mais pelo bem-estar) de cada um dos outros membros da sociedade”.

Funcionalmente, atua como uma instituição ordenadora do poder⁹¹, para que este incida de forma justa e coletiva, dirigido por regras estabelecidas conforme a vontade de uma maioria considerada legítima, por meio de processos baseados em consenso, participação e legalidade.

Canotilho (1990, p. 81) diz que o Estado constitui a “forma de racionalização e generalização do político nas sociedades modernas”, mas, em contraposição, na corrupção, é o político (num contexto de indivíduo ou grupo de aliados), que inocula no Estado uma razão voltada aos benefícios próprios⁹².

Isso se dá, como visto no modelo-padrão, mediante a inserção de cúmplices da corrupção no papel de agente público, para que possam desviar recursos e finalidades, e também fragilizar os sistemas de fiscalização e controle.

Essa situação é clara no Brasil. No Acórdão 2604/2018, do Tribunal de Contas da União, por exemplo, é feita menção a “acontecimentos que permearam os últimos 10 anos de história do país [quando] ocorreram dezenas de escândalos de corrupção, [que], além de lesarem os cofres públicos, minaram a confiança da sociedade nas instituições do Estado, [e] evidenciaram a existência de fragilidades nos órgãos públicos, seja nas estruturas ou no arcabouço legal ao qual estão submetidos⁹³”.

É por isso que se afirma que o Estado é uma das vítimas da corrupção, pois deixa de realizar a sua finalidade, que é a realização dos projetos da sociedade.

⁹¹ Chevallier (2013, p. 55): “o Estado de Direito traz em si um *simbolismo do poder* que constitui um possante vetor de legitimação do seu exercício”.

Dahl (2001, p. 53) entende que “Estado é um tipo muito especial de associação que se distingue pelo tanto que pode garantir a obediência às regras sobre as quais reivindica jurisdição, por seus meios superiores de coerção”.

⁹² Diz Barroso (2018, p. 50) que, “assim como não se deve criminalizar a política, não se deve politizar o crime”.

⁹³ “São essas fendas no sistema que permitem, na maioria dos casos, a realização de práticas nocivas, que envolvem o uso de patrimônio público – ou violação de um dever público – em favor da concretização de interesses privados” (Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2604/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em 26 nov. 2018).

3.1.2 Democracia⁹⁴ como vítima da corrupção: perda de legitimidade (representação e participação dos cidadãos em igualdade).

No Estado moderno, a Democracia⁹⁵ é essencial, e o exercício desta ocorre por meio do sistema representativo. Ou seja, tem a ver com a participação dos cidadãos na formação das decisões públicas, em condições de igualdade potencial.

Mas, como dito, a corrupção atua na nomeação de cúmplices como agentes públicos, assim como na definição de regras. E, para sobrevivência, depende da eleição de atores políticos. E faz isso desnivelando a competição eleitoral.

Assim, parte dos recursos desviados⁹⁶ do Estado são utilizados para a manipulação da vontade do eleitor⁹⁷. Isso acarreta perda de legitimidade nas atividades do Estado, e a Democracia se torna assim mais uma vítima da corrupção.

⁹⁴ Ressalta Lindblom (1981, p. 51) que, “em alguns sistemas políticos um conjunto especial de regras prescreve que certas autoridades essenciais devem ser escolhidas pelo critério da preferência dos cidadãos. Essas regras dependem de outras [livre manifestação de idéias, faculdade de reunião, elegibilidade, nomeações e exonerações]. Quando todas essas regras funcionam conjuntamente num sistema, dizemos que há nessa sociedade uma democracia”.

Para Müller (2006, p. 2), um sistema democrático deverá funcionar: “com base na soberania nacional e autodeterminação do povo; com base no desenvolvimento juridicamente livre e na igualdade dos direitos de todos os cidadãos; com liberdade de constituição e de tratamento dos partidos políticos, de sua igualdade de oportunidades diante da Constituição e da lei, bem como de seu direito à oposição leal; sob o domínio do princípio majoritário e simultaneamente com proteção constitucional suficiente das minorias”.

⁹⁵ Assevera Dahl (2001, p. 66-67) que “nenhum ser humano normal pode gozar uma vida satisfatória a não ser em associação com outras pessoas. Contudo, isso tem um preço – nem sempre se pode fazer o que se gostaria de fazer”. Disso surge a necessidade de se encontrar um “meio de resolver pacificamente as diferenças” e a questão de escolher as “regras de obediência”. A solução encontrada foi a Democracia, “um processo para chegar a decisões em relação a regras e leis que satisfaçam determinados critérios razoáveis” (Dahl, 2001, p. 67).

⁹⁶ “As amplas evidências apresentadas até aqui demonstram que os incentivos presentes na legislação eleitoral e nas relações entre os poderes Executivo e Legislativo seguem o modelo extrativista proposto por Daron Acemoglu e James Robinson. Nele, grupos políticos se valem de maciças doações eleitorais e propinas provenientes de importantes setores econômicos para se eleger e se manter no poder e, em troca, aprovam leis e políticas públicas que atendam aos interesses dessa elite econômica” (CARAZZA, 2018, p. 272).

⁹⁷ Em Bobbio e Viroli (2007, p. 96), Viroli afirma que uma ameaça séria à democracia “é o papel cada vez mais decisivo do dinheiro na política. O dinheiro transformou-se de fato em um dos fatores essenciais para vencer as eleições e, numa perspectiva mais geral, para obter consensos”. E reforça Bobbio: “os votos, como qualquer outra mercadoria, podem ser comprados. Esta é a razão fundamental pela qual o dinheiro pode corromper a república. Quem tem mais dinheiro tem mais votos. Há um contínuo paralelo, entre o mercado real e o mercado dos votos”.

3.1.3 República como vítima da corrupção: decisão com base no interesse privado, não no público.

Sendo a democracia um meio de se manifestar desejos, foi necessário desenvolver, para a gestão do Estado, institutos retardadores dos efeitos de paixões e vontades agudas (Constituição, tripartição de poderes, sistema legislativo bicameral), de forma a preservar a sua condição de atuar para o bem comum⁹⁸.

Aqueles mecanismo estão inseridos no conceito de República, que neste trabalho, é considerada como a forma de gerir⁹⁹, o Estado visando o bem comum e pensando em sua sustentabilidade¹⁰⁰ em sua preservação para atender às necessidades imediatas e futuras, previsíveis ou não¹⁰¹.

A partir do conceito do que é a *res publica*, são estabelecidos no Estado um conjunto de normas, regras e procedimentos administrativos e judiciais, que disciplinam como deve ser feito o direcionamento e o controle¹⁰² do uso dos recursos públicos.

Mas a corrupção altera esses padrões decisórios, tanto na normatização quanto no caso concreto, pois seu objetivo é apossar-se dos recursos públicos.

⁹⁸ Destaca Ribeiro (2000, p. 21) que, “se na democracia só pensarmos em satisfação dos desejos [...], esquecemos o cerne constitutivo dela, que é o poder do povo, [...] o fato de que há democracia, essencialmente, não porque se sacie a fome ou se respeitem os direitos, mas porque o povo detém o poder” e que “só há democracia quando ocorre uma responsabilização [...] do povo nas suas decisões [e] a questão republicana está [...] no autogoverno, na autonomia, na responsabilidade ampliada daquele que, ao mesmo tempo decreta a lei e deve obedecer a ela”.

⁹⁹ Bignotto (2000, p. 8.) consigna que “o Estado deve ser gerido com base nos princípios republicanos” para ter sucesso no equacionamento da “relação entre a prática das virtudes ligadas à vida na cidade e os interesses privados, que povoam o mundo das relações humanas”.

¹⁰⁰ Para Carvalho e Vianna (2002, p. 133), “o Estado democrático de direito é republicano, na medida em que se apresenta como o resultado das ações virtuosas das gerações precedentes e das suas criações institucionais”.

¹⁰¹ Pinto (1998, p. 193) menciona “uma democracia organizada segundo princípios republicanos. E isto implica uma dimensão organizatória e uma dimensão substantiva (um *ethos*). A dimensão organizatória pode ser vista como um rearranjo do modelo misto polibiano-aristotélico e compreende a representação nacional, a separação dos poderes, os *checks and balances*, o *rotation in office*, a não vitaliciedade dos cargos públicos, a responsabilização dos titulares de cargos públicos e um motivo explicitamente antimonárquico (anti-hereditário e anti-aristocrático). A dimensão substantiva compreende a abertura constitucional com base na teoria da soberania popular, o *ridurre ai principii* maquiavélico, o compromisso conversacional e um motivo igualitário – igualdade de participação, acesso e condições na arena pública”.

¹⁰² A democracia prevê, no processo decisório, a especialização mediante a divisão de autoridade (“separação de poderes”), e a ocorrência de interferências mútuas mediante sobreposições de autoridades (“pesos e contrapesos”), com o objetivo de controlar eventual arbitrariedade das elites governantes (LINDBLUM, 1981, p. 53).

Têm-se, pois, que o Estado passa a buscar a realização dos interesses privados, e não públicos, e assim se corrompe a República. Isso faz com que o cidadão se afaste da vida pública e não se sinta obrigado a cumprir com seus deveres¹⁰³.

3.2 Corrupção: descumprindo as regras do jogo do poder.

Historicamente, Estado, Democracia, República, sociedade e indivíduos envolvem-se em um *jogo do poder*¹⁰⁴, numa disputa interativa sobre o sentido e a direção da atuação estatal.

Nessa “arena do poder”¹⁰⁵, indivíduos e grupos buscam moldar o Direito e a interpretação das leis de acordo com seus interesses. Eles pretendem¹⁰⁶ “produzir mudanças [...] por meio do sistema econômico, jurídico, religioso, familiar e de institutos afins” (FUGA, 2016, p. 8).

Isso faz parte do modo de organização da sociedade humana, e visa reduzir os conflitos, sem acabar com a competição¹⁰⁷ natural¹⁰⁸ que pode ocorrer, mas de forma ordenada e dentro de regras¹⁰⁹.

¹⁰³ Barroso (2018, p. 52): “sem terem o nível de respeito e incentivos adequados, os cidadãos desenvolvem uma relação de desconfiança com o Estado e tornam-se menos seguros, [...] solidários e [...] ousados. [...] Não desenvolvem a plenitude de seu talento, ambição e inventividade”.

¹⁰⁴ Lindblom (1981, p. 39) enfatiza que no mundo real, para definir as políticas a seguir, “as pessoas interagem, exercendo influências, controle ou poder umas das outras”, numa interação política que é por ele chamada de “*Jogo do Poder*”, o qual é “estritamente regulado” (p. 41).

¹⁰⁵ “*Arena do poder* é a situação que abrange aqueles que reivindicam poder ou que estão dentro do domínio do poder” (LASSWELL; KAPLAN, 1979, p. 113).

¹⁰⁶ Ter poder é “a participação no processo decisório” (LASSWELL; KAPLAN, 1979, p. 110). Para Fuga (2016, p. 8), poder é “a possibilidade de alguém ou alguma instituição impor dentro da sociedade, ou determinado grupo, a vontade própria, independente dos demais interesses”.

¹⁰⁷ Para Ribeiro (2000, p. 18-19), “o que [mobiliza as massas] é a privação do que é essencial para a vida. [...], mas, se é no desejo que eclode o caráter social da luta política, ele é insuficiente para dar-lhe vazão e solução. E isso porque a luta pelo excedente, pelo que constitui a desigualdade, só na aparência é um combate pelo que sobra, pelo resto, pelo excesso: ela é na verdade a batalha pelo centro, pelo mando, pelo poder”.

¹⁰⁸ Para Fuga (2016, p. 7), “a vida do homem é a busca pelo poder, é ele a motivadora básica da sociedade na natureza”, sendo que “o poder é um diferencial entre os seres humanos, [...], elemento essencial na relação comando/obediência, como energia inter-relacional que move os indivíduos e as coletividades para a realização de suas respectivas finalidades”.

¹⁰⁹ Lindblom (1981, p. 42), enfatiza que “os participantes do jogo do poder obedecem a diferentes regras, por razões diversas. A explicação mais comum é a de que os participantes seguem regras que consideram legítimas”.

Essa luta pelo poder, dentro de regras, faz parte da dinâmica renovadora da atuação estatal (que é normatizada pelo Direito vigente e interpretado) e constitui mecanismo estabilizador da sociedade.

As regras¹¹⁰ principais são as democráticas e as republicanas. Quando estas são descumpridas, o Estado se corrompe, ocorre a depravação das instituições. O equilíbrio social fica em risco e o conflito entre os cidadãos pode explodir, para o bem ou para o mal, sempre com danos e seqüelas.

Com isso, o *jogo do poder* passa a hospedar um parasita, o *jogo da corrupção*, só conhecido por alguns, que descumprem as regras para obter benefícios em seu proveito, por meio da dominação e captura do Estado.

3.3. Domínio e captura do Estado.

Dahl (2001, p. 128) menciona um “lado sombrio” do governo representativo, que é a delegação de “imensa autoridade arbitrária para decisões de importância extraordinária”, para representantes eleitos, “mas também a burocratas”¹¹¹.

Quem decide nos atos administrativos¹¹² tem *poder delegado*, na forma de *autoridade*¹¹³ (se age de forma legal), ou *domínio do poder estatal*, se descumpre as regras (para desviar recursos, utilizar a máquina estatal para obter mais poder, ou ainda desativar os mecanismos de controle de desvios).

¹¹⁰ Norberto Bobbio, em diálogo com Maurizio Viroli, assevera que “em qualquer sociedade e, portanto, também em uma sociedade democrática, a função fundamental do direito é aquela de estabelecer as regras do uso da força” (BOBBIO; VIROLI, 2007, p. 60).

¹¹¹ Maurizio Viroli: “maior a arbitrariedade dos funcionários e dos políticos, maior o seu poder de tomar decisões arbitrárias, tanto mais fácil corrompê-los” (BOBBIO; VIROLI, 2007, p. 110).

¹¹² Para alocar ou cancelar verbas, pessoas e recursos materiais; para validar ou punir comportamentos ou prestações de contas; para definir estrutura, jurisdição e competência de áreas de controle ou operacionais; para editar leis, normas, regras e estabelecer critérios, procedimentos de conduta, fiscalização e punição; para constituir ou desconstituir agentes administrativos e judiciários; para regular as eleições.

¹¹³ Lindblom (1981, p. 45) diz que “as decisões no Estado são fundamentadas no uso da *autoridade*, que por sua vez é instituída pela regra da obediência, praticada no jogo do poder”. Ele (p. 46) define *autoridade*: “X tem autoridade sobre Y se Y segue a regra de obedecer a X. Se X controla Y mediante a aplicação, em cada caso específico, de prêmio, ameaça ou força física, X tem controle (ou poder) sobre Y, mas não autoridade. Se X controla Y persuadindo-o do mérito de um comando particular, X exerce controle sobre Y, mas não autoridade. Mas se X controla Y porque Y aceita a regra permanente de obedecer as suas ordens, então estaremos diante dessa forma especial de controle que conhecemos como ‘autoridade’. A autoridade, voluntária ou forçada, é uma concessão dos que concordam em obedecer [...]”.

Controlar o Estado com fins particulares é descumprir as regras, é abuso do poder confiado¹¹⁴, logo é um procedimento que seria enfrentado pelo próprio Estado, pela opinião pública e pelos cidadãos atuantes, se verificado.

Assim, o sucesso de uma estratégia voltada à corrupção depende do sigilo¹¹⁵, do desconhecimento de que uma regra está sendo descumprida.

Daí se tem que, em um Estado minado pela corrupção, os corruptos/corruptores atuam para colher benefícios ilegais (corrupção finalística), mas também para que os sistemas de controle do Estado sejam deficientes e ineficazes (corrupção procedimental, numa atitude premeditada de mascarar os atos indevidos ou prejudicar a sua detecção/punição).

Nessa situação, há que se indagar, como fez Furtado (2015, p. 43), “que medidas podem ser utilizadas para reduzir a corrupção em sociedades em que ela alcança todos os níveis ou estratos sociais, em que, de tão disseminadas, essas práticas passam a ser aceitas¹¹⁶?”.

É o que se começará a analisar a partir do próximo tópico.

¹¹⁴ Enfatizam Rose-Ackerman e Palifka (2016, p. 9) que o abuso de um poder confiado está “na raiz de todos os tipos de corrupção econômica e política”, e que “a definição de corrupção da Transparência Internacional [o abuso de um poder confiado para ganhos privados], captura o [seu] principal agente-causador” (“*TI’s definition [the abuse of an entrusted power for private gain] captures the principal-agent problem at the root of all types of economic and political corruption*”). Elas também afirmam que, se alguém abusar do poder confiado, “as regras são quebradas, e os principais objetivos estabelecidos são subvertidos” (“*if one abuses entrusted power, the rules are broken, and the principal’s stated goals are subverted*”). Traduções próprias.

¹¹⁵ Furtado (2015, p. 41): “a identificação da corrupção [...] requer a presença [de]: um abuso de posição; a violação de um dever previsto em um sistema normativo que sirva de referência; a expectativa de obtenção de um benefício extra-posicional; o sigilo”.

“Crimes contra a Administração Pública são cometidos às ocultas” (MORO, 2004, p. 58). Norberto Bobbio: “o máximo da corrupção corresponde ao máximo do segredo” (BOBBIO; VIROLI, 2007, p. 111).

¹¹⁶ Sarmiento (2018, p. 264) diz que “o brasileiro médio até fica indignado diante de malfeitos anti-republicanos praticados pelos governantes e autoridades. Mas pratica desvios no seu cotidiano, e nem chega a enxergá-los como problemas éticos”.

3.4 Contenção da corrupção.

Com o aumento do campo de incidência do poder público, exacerbou-se o interesse, freqüente na história, de alguns integrantes da sociedade tentarem capturar o Estado e utilizá-lo para a satisfação de objetivos particulares.

Isso foi respondido, em certos países, com o resgate dos ideais republicanos, e, em maior amplitude, com a proposição dos direitos fundamentais de quarta geração, como de democracia e de informação.

Naquele contexto, o rito previsto para solucionar desvios e ineficiências do Estado é o de redesenhar suas regras de atuação e seus modelos de organização, por meio do processo legislativo.

Mas, a julgar pelos casos do “Mensalão” e da “Lava Jato”, o rito legislativo pode estar comprometido (não só no Brasil, mas em outros países, como já mostrado anteriormente).

Aqueles escândalos desnudaram a *corrupção sindrômica*¹¹⁷ estabelecida no País, criada e mantida por um esquema de controle do poder político, por meio de partidos de todos os matizes ideológicos, e de nomeações em cargo de confiança, visando à perpetuação de uma elite expropriadora, desviando o Estado de suas finalidades e esterilizando sua capacidade de auto-proteção¹¹⁸.

Como aludido no Capítulo 2, foi da indagação de Furtado (reproduzida no tópico anterior), que se extraiu o problema (“a corrupção em sociedades em que ela alcança todos os níveis ou estratos sociais, e aceita”) e a orientação (“medidas que podem ser utilizadas”) para o presente trabalho.

Para delimitação das possíveis medidas, foi necessário tentar entender o que motiva o corruptor ou corruptor a descumprir as regras.

¹¹⁷ Hanns (2017) define como *corrupção sindrômica* aquela que faz “parte da síndrome típica do subdesenvolvimento, que entrelaça má gestão, burocracia e corrupção”.

¹¹⁸ Afirma Barroso (2018, p. 49) que a corrupção no Brasil provém de um “pacto oligárquico celebrado entre parte da classe política, do empresariado e da burocracia estatal para saque do Estado”, e que “tornou-se o modo natural de se fazerem negócios e de se fazer política”.

3.4.1 Motivação da corrupção.

Padrões éticos e morais.

Até os anos 1990, predominava no Brasil a percepção da corrupção como consequência dos aspectos culturais da sociedade, sendo até mesmo justificável em certas situações. A teoria da corrupção mais aceita era baseada na Teoria da Modernização¹¹⁹ e centrada no conceito do patrimonialismo¹²⁰.

O combate à corrupção utilizaria códigos de conduta, treinamentos de condicionamento ético e recompensas com base em princípios meritórios, ou seja, regramentos ético-morais.

É daquele tempo que remontam percepções, ainda muito mencionadas em estudos sobre corrupção no Brasil, de que o caráter nacional tem, quase de forma estigmatizada, algumas características típicas, como, por exemplo, a *cordialidade*¹²¹ e o *jeitinho*¹²². Há ainda a assertiva de que o brasileiro não sabe votar¹²³.

¹¹⁹ Segundo Oliveira Júnior, Costa e Mendes (2014, p. 2), “essa teoria tinha como base estudos de Weber relacionados aos tipos de dominação legítima, às formas de orientação da ação, bem como aos conceitos a elas relacionados, principalmente do patrimonialismo, da burocracia e do estamento, partindo de uma epistemologia centrada na construção da compreensão dos fatos sociais a partir da concepção de modelos ideais”.

¹²⁰ “Tal conceito se refere à representação de um arranjo institucional pré-moderno, em que predominam relações de dominação legitimadas pela tradição (arcaicas), em contraposição ao moderno, em que predominaria o tipo de legitimação ideal, orientada pelo racional-legal ocidental” (OLIVEIRA JÚNIOR; COSTA; MENDES, 2014, p. 2).

¹²¹ Sarmiento (2018, p. 263) salienta que a *cordialidade* “não reside na propalada simpatia do brasileiro, mas na conhecida dificuldade em orientar comportamentos por normas impessoais de conduta, com a tendência à priorização das relações pessoais e afetivas em detrimento das razões objetivas, inclusive no trata da coisa pública”.

Silva e Freitas Filho (2017, p. 344) consignam que a cordialidade “é marcada pela frouxidão das estruturas sociais e pela falta de hierarquias organizadas” e também “indicia o desvalor da regra, cujo universalismo formal critica, mas também a capacidade para a aplicação da regra em situações concretas em sentido eletivo, na apropriação de direitos por grupos específicos”.

¹²² Para Sarmiento (2018, p. 264), “trata-se de buscar a solução para problemas com esperteza e ‘malemolência’, o que normalmente significa a burla ao direito vigente”. Ele afirma que o *jeitinho* corresponde, “no campo jurídico, à patológica propensão ao excesso de flexibilidade na aplicação de normas jurídicas”. Quanto a isso, entende-se neste trabalho que o *jeitinho* abrange também as normas administrativas e até contratos privados.

¹²³ Carazza (2018, p. 279-280), diz que “precisamos encarar de maneira mais técnica e menos passional o mistério dos grandes corruptos que não largam o osso do poder e das empresas que têm na propina seu principal investimento. Não são as pessoas, é o sistema. Não é o brasileiro que não sabe votar; são as instituições que garantem a eleição dos corruptos e a impunidade dos corruptores”.

Essas percepções são afins com a “falácia da composição” aludida por Klitgaard (1994, p. 12):

Com demasiada freqüência, admite-se que organizações ou governos inteiros são corruptos, simplesmente pelo fato de as pessoas serem imorais; e, conclui-se, nada pode ser feito para refrear a corrupção, a não ser sucessivas gerações de educação moral.

O entendimento de Klitgaard (1994, p. 12) é que, ao invés daquele comportamento passivo, seja analisado como se pode reduzir a corrupção por meio de alterações nos “*sistemas de informação*”, nas “*regras de decisão*” e nos “*incentivos à corrupção*”.

Aquele entendimento está em sintonia com a visão¹²⁴ predominante a partir da última década do século XX¹²⁵, de um corrupto/corruptor amoral e oportunista, tomado pelo *rent-seeking*.

Rent-seeking. Incentivos.

Oliveira Júnior, Costa e Mendes (2014, p. 5) dizem que o conceito de *rent-seeking* compreende:

A corrupção como um comportamento oportunista de agentes amoraais, que se manifesta por meio de ações ilegais voltadas a propiciar transferências de renda que atendam a seus interesses particulares em detrimento do interesse público, sendo resultante de incentivos propiciados por redes de privilégios decorrentes de arranjos institucionais falhos, que permitem a existência de monopólios estatais, de excesso de discricionariedades na condução dos negócios públicos e de mecanismos inadequados ou insuficientes de *accountability*.

¹²⁴ Para Furtado (2015, p. 414), “o combate mais efetivo à corrupção depende da vontade política [e] essa vontade jamais se mostrou suficientemente forte para superar o poder de manipulação dos grupos econômicos e políticos que se beneficiam de falhas no ordenamento jurídico brasileiro”, pelo que “o diagnóstico da corrupção e das medidas necessárias à sua superação deve ater-se mais ao exame dos elementos estruturais e normativos do que a culturais ou morais”.

¹²⁵ Quando intensificou o uso da Teoria da Escolha Racional, por outras áreas fora da economia.

Essa visão de amoralidade e cobiça também é embasada por estudos de psiquiatras/psicólogos¹²⁶. E, segundo pesquisas¹²⁷ feitas por neurocientistas, parece que o cérebro do corrupto apresenta alterações físicas que reduzem sua capacidade de aceitação de limites morais.

Ou seja, regras e sanções morais não atingem o raciocínio do corrupto/corruptor, por uma questão estrutural, e não são sequer recebidas e consideradas pelo cérebro.

A virtude¹²⁸ não conseguirá vencer o desejo (e isso foi considerado no desenho de um mecanismo para tornar a corrupção temerária, no Capítulo 4).

¹²⁶ Informa Zanini (2014, p. 51 e 56-57), que, para Laura da Rosa, “os traços anti-sociais são resultantes de um déficit na estruturação do superego, ocorrendo nos indivíduos nos quais a consciência moral e a ética não se instalam adequadamente”, e que, no estudo de Hilda Morana, o típico corrupto é “o indivíduo que busca driblar regras em benefício próprio, sem levar em consideração outras coisas que não o próprio benefício”, sendo tal tipo de comportamento “causado por um transtorno de personalidade, que pode ser definido de forma mais clara como sendo um defeito do caráter”. E que Mona Sobhani e Antoine Bechara “dizem que os indivíduos que se envolvem em comportamento corrupto e imoral são, em alguns aspectos, semelhantes aos indivíduos com psicopatia primária”.

¹²⁷ Correio Brasiliense (CÉREBRO CORROMPIDO, 1 jul. 2018, p. 12.): ressonâncias magnéticas mostraram que a corrupção vai moldando áreas cerebrais de um indivíduo ao ponto de ele deixar de se constranger quando age de forma desonesta: “O cérebro se adapta à desonestidade”, disse Pedro Schmidt, citando trabalho [científico] que identificou alterações na amígdala (estrutura cerebral associada ao medo e à resposta de fuga/luta), “à medida que os atos desleais vão sendo repetidos”. A neurocientista Tali Sharot disse que havia suspeita de “que deveria haver um princípio biológico básico que contribui para esse fenômeno, chamado de adaptação emocional”. A hipótese dos pesquisadores era a de que a adaptação emocional também poderia ocorrer na tomada de decisões, e ela explicou que “normalmente, quando mentimos para obter alguma vantagem, a nossa amígdala produz um sentimento negativo, limitando até onde podemos ir com a mentira. Mas, conforme trapaceamos, essa reação vai reduzindo até se tornar muito fraca. Nesse momento, mentir já não causa constrangimento ao desonesto. Daí a importância de frear o comportamento desonesto”. O professor de psicologia Antoine Bechara afirmou que, “quando os corruptos começam a roubar, podem sentir-se culpados, mas, se acostumam com isso e não se importam mais. Se não forem punidos, esse comportamento ficará cada vez mais normal”. Ele comparou o cérebro do corrupto sistêmico, incluindo políticos desonestos, ao de um psicopata, cuja amígdala funciona de maneira diferente do restante da população: “o psicopata verdadeiro tem uma patologia real no córtex pré-frontal. Ele não se sente obrigado a seguir regras”, diz Bechara. “A raiz do comportamento corrupto está na recompensa. Nós não agimos dessa forma porque conseguimos controlar nosso comportamento, e fazemos esse comportamento por causa da punição. Se o corrupto não é condenado pela Justiça, não há razão para deixar de se comportar de maneira desonesta”.

¹²⁸ Para Ribeiro (2000, p. 16), “virtude e interesse têm o condão de moralizar a política [...]. O interesse rompe decisivamente com a virtude, porque esta passa pela recusa de si, pela abnegação, enquanto ele é o sinal mais claro da afirmação pelo menos de um certo si, o si econômico medido racionalmente. Mas [...] virtude e interesse têm ambos por função reprimir algo que passa por horrível, o desejo”.

A contenção da corrupção é mais efetiva quando considera os efeitos dos incentivos positivos e negativos¹²⁹.

Alencar e Gico Jr. (2011, p. 79) aplicaram a Teoria Econômica do Crime a casos de corrupção, concluindo que “o grau de corrupção é ligado à estrutura de incentivos dos agentes envolvidos de forma a ser possível haver vários níveis diferentes de corrupção”¹³⁰.

A partir daquela Teoria, é possível discorrer sobre possíveis medidas de contenção da corrupção.

3.4.2 Medidas de contenção da corrupção.

Duas medidas¹³¹ se apresentam com relação aos incentivos à corrupção: aumentar as sanções e aumentar a possibilidade de a irregularidade ser descoberta e punida.

Alencar e Gico Jr. (2011, p. 80) destacaram que:

A teoria nos informa que a probabilidade de punição é a variável chave na luta contra a corrupção, [mas] o custo associado ao aumento da probabilidade de punição (p.ex., melhores instrumentos de monitoração, promotores e juízes especializados) é normalmente muito superior ao custo associado apenas ao aumento da magnitude da punição (basicamente o processo legislativo), [pelo que] é de se esperar que essa última estratégia seja mais comumente empregada do que a primeira.

¹²⁹ Zanini (2014, p. 58): “a análise da psique humana pode [servir para] tentar resolver o problema da corrupção, vista por muitos como doença social, para melhor análise dessa perda da capacidade humana de distinguir entre o certo e o errado, de perceber, em atitudes simples, o mal provocado a outros. O desafio não seria acabar com a corrupção, mas saber lidar com a susceptibilidade a ela e identificar os mecanismos para torná-la difícil e pouco atrativa como opção humana”.

¹³⁰ Eles fazem menção (p. 77) a “pesquisas empíricas” em que se encontraram evidências indicando “uma relação estatisticamente relevante entre probabilidade de punição e ocorrência de todos os tipos de crime” sendo que o mesmo estudo “encontrou uma relação semelhante entre a magnitude da punição e a taxa de criminalidade, mas com significância estatística apenas para metade dos casos”.

¹³¹ Conforme no Acórdão 2604/2018, do TCU, “o enfrentamento das instituições contra a corrupção deve ser empreendido por meio de [...] mecanismos [de] prevenção, detecção, investigação, correção e monitoramento” (Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#!/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2604/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em 26 nov. 2018).

Furtado (2015, p. 19), opina que a certeza da impunidade contribui para a “manutenção dos elevados níveis de corrupção”. Ele dá grande importância ao combate à corrupção política por meio de “controles”¹³².

Essa visão de aumento das estruturas do controle não parece ser a solução mais exequível para países que têm carências de recursos. E, além disso, parte da crença de que o agente público controlador terá uma resistência ética-moral superior à dos demais agentes públicos. Possivelmente, alocar mais poder para controle levará apenas à transferência do ponto de incidência da corrupção. Aí teria que se criar o controle do controle¹³³.

3.5 Um possível tratamento contra alguns tipos de corrupção.

Das dificuldades para aumentar o controle aludidas acima, mais a lembrança de que o sorteio foi utilizado para elidir atos corruptos, emergiu a motivação para analisar se o uso da aleatoriedade nos processos de preenchimentos de cargo ou função e de contratações, e em outras atividades da Administração Pública, atenderia ao objetivo de aumentar a probabilidade de insucesso do corrupto/corruptor, sem exigir muito dispêndio de recursos públicos.

No Capítulo 4, será mostrado como este trabalho orientou-se por meio da Teoria Econômica do Crime para validar a hipótese formulada e propor um modelo de contenção da corrupção, que incida nas fases de um ato administrativo, com base no sorteio.

Antes, porém, será lembrado como o sorteio foi praticado no passado.

¹³² Controles, fiscalizações e estruturação da administração pública, correção de falhas em leis administrativas, orçamentárias, penais e processuais, e obter maior efetividade do Poder Judiciário no combate à corrupção. Ele explicita (p. 59), como causas da corrupção, aspectos como: deficiências estruturais, carência de pessoal qualificado, remuneração inadequada dos servidores públicos, mecanismos de recrutamento de pessoal que não observam critérios objetivos, legislação administrativa e penal falha, inexistência de mecanismos adequados de controle administrativo e judicial, deficiências que impedem a aplicação de sanções aos servidores que praticam atos ilícitos, falta de transparência, contratações diretas sem licitação.

¹³³ Sarmiento (2018, p. 274) adverte que “a hipertrofia do controle pode gerar problemas, como o excesso de burocratização na Administração Pública. Ou mesmo a inibição da inovação no setor público, pelo temor dos gestores à punição. Esse último problema se agrava, quando existe multiplicidade de órgãos controladores, com competências redundantes e entendimentos não necessariamente convergentes sobre a mesma matéria”.

3.6 O sorteio no passado e nas democracias modernas.

O sorteio foi largamente utilizado nas *polis* gregas e em cidades-estado republicanas da Itália¹³⁴, especialmente em Florença e em Veneza. Mas, após as grandes revoluções modernas, foi relegado apenas à escolha do júri popular.

A dificuldade logística de realizar reuniões em Estados que passaram a ter grande população e vasto território¹³⁵ pode ser apontada como uma razão para a desativação dos sorteios. O sorteio foi derogado também por estar por demais vinculado à forma democrática¹³⁶. Sintomer (2010, p. 183) aponta mais outra causa de desprestígio do sorteio: a ausência da noção de amostra representativa¹³⁷.

O uso político do sorteio ressurgiu somente nos anos 1970, para a formação de “júris de cidadãos”. Desde então, variadas experiências vêm sendo postas em prática¹³⁸, no âmbito de discussão da chamada “democracia deliberativa”, que não é tema de estudo neste trabalho.

¹³⁴ Diz Reybrouck (2017, p. 130), que: “o sorteio foi utilizado desde a Antiguidade como instrumento político eficaz em diversos Estados; foi aplicado em áreas geográficas pequenas, centros urbanos [...] onde apenas uma parte limitada da população tinha acesso ao poder; o sorteio era feito de diversas formas e com diferentes procedimentos, mas seu objetivo principal era reduzir os conflitos e aumentar a participação dos cidadãos”.

¹³⁵ Dahl (2001, p. 32) aponta que “[...] a lógica da igualdade estimulou a criação de assembleias locais, em que os homens livres pudessem participar do governo [...] até certo ponto. A idéia de que os governos precisavam do consenso dos governados, que no início era uma reivindicação sobre o aumento dos impostos, aos poucos se tornou uma reivindicação a respeito das leis em geral. Numa área grande demais para assembleias diretas, como acontece numa cidade, numa região ou num país muito grande, o consenso exigia representação no corpo que aumentava os impostos e fazia as leis. Diferente de Atenas, a representação devia ser garantida pela eleição – em vez de sorteio ou alguma outra forma de seleção pelo acaso. Para garantir o consenso dos cidadãos livres [...] seriam necessários legislativos [...] representativos eleitos em diversos níveis: local, nacional e talvez até provinciano, regional ou ainda outros níveis intermediários”.

¹³⁶ Sintomer (2010, p. 182) alude e concorda com as explicações de Bernard Manin, de que “os pais fundadores das repúblicas modernas não queriam a democracia, mas sim uma aristocracia eletiva [e que], a teoria do consentimento [...] tinha-se difundido a tal ponto que parecia difícil legitimar uma autoridade política que não fosse formalmente apresentada pelos cidadãos”.

¹³⁷ Ele enfatizou que “a ausência [dessa noção de amostra representativa] no tempo das revoluções [foi] um elemento decisivo para compreender por que [o] sorteio na política, agora diante de grandes populações, foi condenado nas democracias modernas – e, também, por que aqueles que defendiam uma representação espelho [...] escolheram outras ferramentas”.

¹³⁸ Miguel (p. 77) cita três objeções básicas para a reintrodução da loteria como forma de escolher governantes (ressalte-se que não é esta a proposta deste trabalho): descrença na premissa democrática da igualdade entre todos; a aquiescência dada pelos eleitores a que sejam representados pelos eleitos; a necessidade de manter a responsabilidade dos eleitos perante seus eleitores e a possibilidade de não-recondução ao cargo. Mas ele cita (p. 79) duas vantagens: melhor representatividade da população, com base na lei dos grandes números; e independência do escolhido com relação a grupos poderosos.

CAPÍTULO 4 UTILIZANDO A ALEATORIEDADE NO JOGO DO PODER

No Capítulo anterior, relatou-se que, pesquisadas teorias sobre a corrupção, constatou-se que a sua contenção por meio de regramentos éticos perdeu aceitação, predominando atualmente as teorias de teor racionalista, voltadas aos incentivos positivos e negativos, como por exemplo: probabilidade de detecção, sanção, impunidade e sigilo.

Também se destacou que a corrupção finalística, no sentido de subtrair ou gozar de bem público, depende de que o corrupto e/ou o corruptor estejam em uma situação de domínio do Estado (corrupção procedimental).

Isso direcionou a investigação para a procura de um mecanismo que incidisse nos momentos cruciais dos atos administrativos e desestabilizasse a incidência do esquema de depravação estatal.

Neste Capítulo, por meio de abordagens econômicas e matemáticas, será explicado por que se entendeu por utilizar a aleatoriedade como mecanismo de mitigação da corrupção nos atos administrativos, com base na Teoria Econômica do Crime:

A chave para a compreensão do comportamento criminoso está em assumir que a maioria das pessoas cometerá um ilícito apenas se a utilidade esperada percebida pelo agente excedesse a utilidade esperada do emprego de seu tempo e recursos em outras atividades, como um trabalho tradicional.

Nessa linha, algumas pessoas tornam-se criminosas não porque suas motivações básicas diferem das motivações das demais pessoas, mas por seus benefícios e custos diferirem.
(ALENCAR; GICO JR., 2011, p. 76).

Também será apresentado o desenho do mecanismo, acompanhados de considerações jurídicas a respeito. E no Apêndice constam alguns exercícios de como poderia ser utilizado em atos administrativos.

4.1. Análise da hipótese.

Adiantando a idéia de como será o mecanismo desenhado, informa-se que se trata de utilizar o sorteio, já praticado para elidir corrupção e autoritarismo em decisões políticas no passado¹³⁹, para causar um aumento da percepção de incerteza, por parte do corrupto ou corruptor, quando à possibilidade de ser percebido e responsabilizado.

A contenção que se pretende adotar, por meio da aleatoriedade, é feita na *ocorrência de um ato administrativo*, mas ela atua sobre a *decisão de corromper ou de aceitar ser corrompido*. Está-se tratando, frise-se, da *decisão de corromper ou de aceitar ser corrompido*, e não da *decisão do ato administrativo*.

4.1.1 Tomada de decisão e aleatoriedade.

Quanto à tomada de decisão pelo corruptor/corrupto, tem-se que:

A corrupção começa a partir do momento em que o agente toma a decisão, [sendo que] um agente livre toma uma decisão [...] que o leva a um resultado mais ou menos pré-determinado de se corromper, [sendo] os aspectos conjunturais [...] ignorados, ou seja, eles não podem ser responsáveis por desencadear causas. (OLIVEIRA JÚNIOR; COSTA; MENDES, 2014, p. 7).

[A decisão do agente] parte do que é chamado de *esperança matemática*. Isto quer dizer que, se p é uma proposição sobre a qual ele tem dúvidas, quaisquer bens para cuja realização, na visão dele, p é uma condição necessária e suficiente, entram em seu cálculo multiplicados pela mesma fração, que é chamada de “*grau de sua crença em p*”. (F. P. RAMSEY, apud PIMENTEL, 2007, p. 32).

¹³⁹ Aristóteles registra em sua “Constituição de Atenas”, que, “desde que os demos aderiram à prática de *vender seus cargos*, também esses últimos são escolhidos por sorteio da tribo como um todo” (2012, p. 119).

Para validar a hipótese do trabalho, tornou-se necessário pesquisar sobre a aleatoriedade, que é um conceito matemático e estatístico, sendo portanto conveniente trazer algumas considerações, a respeito, de Deborah J. Bennett¹⁴⁰:

Se não há incerteza, não há aleatoriedade (p. 99).

Qualquer resultado é possível quando a seleção é aleatória (p. 16).

Quando o acaso determina o resultado, nenhuma quantidade de inteligência, habilidade, força, conhecimento ou experiência pode dar vantagem a um único jogador, e a *sorte* surge como força equalizadora (p. 16).

Um evento composto é um evento que envolve dois ou mais eventos simples. Calcular as probabilidades de tais eventos é muito mais difícil (p. 58).

Sem uma grande experiência ou uma intuição extremamente aguçada, é muito difícil identificar os resultados equiprováveis de um evento composto [...]. Para computar as probabilidades corretamente, a pessoa precisa ser capaz de avaliar ou contar todas as probabilidades equiprováveis favoráveis e desfavoráveis. Mas muitas situações são complexas demais para que se possam visualizar essas probabilidades (p. 71).

4.1.2 Validação.

Rememorando: Neste trabalho pretende-se avaliar *em que medida o uso da aleatoriedade afetaria a decisão do corrupto ou do corruptor de desviar recursos ou finalidades do Estado*, sendo que a hipótese suscitada é que *a utilização da aleatoriedade provocaria um aumento da incerteza do corrupto/corruptor quando à possibilidade de ser percebido, mediante incremento na percepção de risco, e inibindo a disposição à prática de atos ilegais ou à formação de alianças para tal.*

¹⁴⁰ PhD em Matemática, professora do Jersey City State College, Nova Jersey, EUA, autora de *Aleatoriedade (Randomness)* e outros livros. Ela também registrou que: “os mecanismos de acaso são usados desde a Antiguidade: para dividir propriedades, delegar privilégios ou responsabilidades civis, resolver disputas entre vizinhos, escolher a estratégia a adotar durante a batalha e determinar o lance em jogos de azar (p. 20); quando as sociedades primitivas precisavam fazer algum tipo de escolha, recorriam freqüentemente a aleatorizadores, por três razões básicas: garantir a justiça, evitar a discórdia e obter orientação divina; as idéias modernas sobre o uso do acaso na tomada de decisões também invocam questões de justiça, resolução de disputas e até mesmo intervenção sobrenatural, embora atualmente costumemos pensar a respeito desses conceitos de forma um pouco diferente (p. 14); a finalidade do uso de aleatorizadores, como bilhetes de sorteio ou dados, era eliminar a possibilidade de manipulação humana (p. 34); desde os primórdios da civilização, as pessoas inventam mecanismos simples com o objetivo de excluir de suas brincadeiras e de suas decisões mais sérias a habilidade, a inteligência e a vontade humanas [sendo que] as medidas tomadas para assegurar a aleatoriedade tinham o mero intuito de eliminar a possibilidade da interferência humana, para que ficasse clara a vontade da divindade (p. 31)”.

Para validar a hipótese colocada, recorreu-se à equação apresentada por Alencar e Gico Jr. (2011, p. 77), a qual, elaborada com base na Teoria Econômica do Crime, representa os “efeitos retributivos e dissuasivos das penalidades”.

A equação apresentada por Alencar e Gico Jr. (2011, p. 76-80) é:

$$E[U] = (1 - p) \times U(R) - p \times U(R - c)$$

Onde:

E[U]: é a utilidade esperada individual decorrente do cometimento do ilícito.

p é a probabilidade de punição.

U é a função utilidade individual do agente.

R é o ganho ou renda obtida com a atividade ilícita.

c é o custo de ser punido.

Alencar e Gico Jr. (2011, p. 76-80) explicam que:

O primeiro termo da equação “ $(1 - p) U(R)$ ” indica a possibilidade de não ser punido. Note que “ $(1 - p)$ ” é a probabilidade que pondera a utilidade individual considerando apenas os ganhos potenciais da ofensa “ $U(R)$ ”.

O segundo termo “ $p \times U(R - c)$ ” pondera a probabilidade de ser punido, “ p ”, com a “desutilidade” decorrente acrescida dos custos incorridos.

De acordo com esse modelo, quando a expectativa “ $E[U]$ ” é positiva, o agente tem incentivos para cometer o ilícito, do contrário, ele não tem incentivos.

A probabilidade e a magnitude da punição são os elementos-chave para a análise jus-econômica do comportamento criminoso.

Eles asseveram parecer razoável assumir que “*a variável mais importante para reduzir a corrupção é a probabilidade de punição (p), seguida da magnitude das sanções judiciais (J) para ambos os agentes, corruptor e servidor corrupto, e, por fim, a magnitude das sanções administrativas (A) aplicáveis apenas ao servidor*”.

Sendo o sorteio incontrolável, e seu resultado imprevisível, ainda mais num contexto de eventos compostos, seu uso implicará num incremento da incerteza do corruptor/corrupto quanto a não ser descoberto e/ou punido

Ou seja, na equação de Alencar e Gico Júnior, aumenta “ p ” (“probabilidade de punição” e reduz “ $(1 - p)$ ” (que é a probabilidade esperada de não ser punido), ou seja, reduz “ $E(U)$ ”, que é a utilidade esperada individual decorrente do cometimento do ilícito, o prêmio da corrupção, seu benefício, seu incentivo.

Considera-se então estar *validada a hipótese* de que *a utilização da aleatoriedade provocaria um aumento da incerteza do corrupto ou corruptor quando à possibilidade de ser percebido, mediante incremento na percepção de risco, e, com isso, inibindo a disposição à prática da corrupção.*

Em consequência, *o uso da aleatoriedade afeta a decisão do corrupto ou do corruptor de desviar recursos ou finalidades do Estado* na medida do aumento da incerteza agregada pela conjugação de procedimentos (eventos compostos).

4.2 Uso do sorteio em atos administrativos.

Com a validação da hipótese suscitada, conforme demonstrado neste Capítulo, assumiu-se como efetivo o aumento da incerteza do corrupto ou corruptor quando à possibilidade de ser percebido, quando exposto à aleatoriedade.

A percepção de maior risco inibirá a disposição para tomada do poder, captura de processos procedimentos ilícitos singulares (o ato corrupto em si, a corrupção finalística), e dominação de sistemas de decisão e de controle (corrupção procedimental).

O mecanismo aleatório selecionado foi o sorteio. Lembrando do “modelo padrão” que Barroso (2018, p. 50) elaborou para descrever o *modus operandi* da corrupção no Brasil, pensou-se em utilizar a medida nas indicações para provimento de cargos e funções, bem como nas compras e contratações de serviços, desde que aplicada a um grupo homogêneo quanto a determinadas características, habilitados mediante pré-qualificação. Mas não haveria impedimento a que fosse utilizado na produção de normas¹⁴¹.

¹⁴¹ “Os laços que unem o empresariado a um Estado grande e propenso à captura não se limitam a empréstimos subsidiados, benefícios fiscais ou a grandes obras de infra-estrutura. Normas regulatórias, quando utilizadas para barrar a concorrência ou constituir reservas de mercado, também são muito apreciadas [...]” (CARAZZA, 2018, p. 270).

Instrumentalmente, a idéia aproxima-se da experiência de Florença¹⁴², pois não se pretende substituir procedimentos como eleição, concurso, licitação pelo sorteio, e sim a sua utilização conjugada, configurando um “evento composto”.

Procedimentos administrativos como as nomeações para determinados cargos e as licitações envolvem diversas etapas ou fases¹⁴³, que necessariamente não precisam ser atribuídos ao mesmo agente, mas que na legislação atual normalmente são (o que vai inclusive contra as teorias de gestão de riscos).

Aplicando a mesma base lógica do princípio da segregação do poder que embasa institutos como a separação dos poderes em razão de sua função (executivo, legislativo e judiciário), pretende-se utilizar o sorteio para aumentar a dificuldade do corrupto/corruptor identificar (para tentar capturar) um agente do processo, ou indicar/alocar como agente alguém já capturado (como está subentendido que ocorre no modelo-padrão de Barroso (2018, p. 50).

Então, na definição de alguma destas etapas ou funções, poderia ser estabelecida¹⁴⁴ a utilização de mecanismos aleatórios (sorteio) dentro de um universo pré-qualificado (sendo que na pré-qualificação seriam também promovidos eventos compostos com o sorteio).

Ressalte-se que o sorteio não seria o único¹⁴⁵ instrumento anti-corrupção passível de aplicação aos atos administrativos, mas é o objeto desta investigação.

¹⁴² Em Florença, “o método aleatório era apenas a etapa de um processo mais amplo e, ao contrário de Atenas, onde os cargos públicos eram designados por sorteio ou por eleições, os florentinos *combinavam os dois métodos* para a designação do mesmo posto” (SINTOMER, 2010, p. 61).

¹⁴³ Mello (2013, p. 452): procedimento administrativo é “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo”. Conforme a função que desempenham, os atos dentro do procedimento administrativo podem ser propulsivos, instrutórios, decisórios, controladores ou de comunicação (p. 453-454).

¹⁴⁴ Conforme Oliveira Júnior, Costa e Mendes (2014, p. 6-7), “as propostas de enfrentamento da corrupção baseadas no neo-institucionalismo econômico se centram na busca de reformas nas instituições, já que as falhas destas são as principais causas para este fenômeno indesejado”.

¹⁴⁵ Klitgaard (1994, p. 215-2), analisando as políticas anticorrupção passíveis de serem aplicadas, ressaltando que “situações diferentes exigiriam diferentes mesclas de políticas”, sugere a adoção de cinco categorias: seleção de agentes; mudar recompensas e punições; mudar a estrutura de relacionamento administrador-agente-cidadão (p.e.: simplificação de regras, rodízio periódico de agentes; mudar os processos e critérios das regras; potencializar os cidadãos para que possam denunciar o agente); mudar atitudes de agentes e cidadãos com relação à corrupção, por meio de ações de comunicação, capacitação e motivação; incrementar a coleta e análise de informações (p.e.: utilizar sistemas de coleta de informações e de controle, avaliações de vulnerabilidade e agentes secretos).

Como visto em Bennet (2003, p. 58), calcular as probabilidades de um evento composto “é muito mais difícil”, pois, “para computar as probabilidades corretamente, a pessoa precisa ser capaz de avaliar ou contar todas as probabilidades eqüiprováveis favoráveis e desfavoráveis. Mas muitas situações são complexas demais para que se possam visualizar essas probabilidades”¹⁴⁶.

O sorteio será utilizado na prática de atos administrativos procedimentais¹⁴⁷, que, por imposição normativa, antecedem um determinado ato terminativo, sendo este, por exemplo, a homologação de uma licitação, ou a nomeação de um candidato em processo seletivo. A escolha aleatória seria aplicada sobre quem pratica o ato e/ou sobre quem incide o ato administrativo.

Pelo modelo, o controle por meio da aleatoriedade é feito na *dinâmica de realização do ato administrativo*, acreditando-se que seus efeitos incidirão sobre a *decisão de corromper ou de aceitar ser corrompido*.

Com isso espera-se que, como demonstrado no trabalho, a utilização do sorteio provoque um aumento da incerteza do potencial corrupto ou corruptor quanto à possibilidade de ser percebido¹⁴⁸.

Aumentará também a insegurança daqueles que se omitem ou evadem da responsabilidade de conferir, controlar ou mesmo denunciar um comportamento duvidoso por parte de outro.

¹⁴⁶ Bennett (2003, p. 183) destaca que: “Richard Von Mises definiu a aleatoriedade numa seqüência de observações em termos da incapacidade de criar um sistema que possa prever em que ponto de uma seqüência uma observação específica irá ocorrer sem prévio conhecimento da seqüência. Essa definição é semelhante à impossibilidade de um esquema desleal de apostas. Apesar de ser possível a um jogador seguir uma regra de quando e como apostar, não existe nenhum esquema de previsão que pode capacitar um jogador a apostar de forma a mudar sua freqüência relativa de sucesso a longo prazo. A incapacidade de ter sucesso nos jogos de azar representa um traço intuitivamente desejável de uma seqüência aleatória – precisamente sua aleatoriedade. Essa incapacidade de prever foi chamada por Von Mises de ‘impossibilidade de um sistema de jogo’”.

¹⁴⁷ Com base em Mello (2013, p. 427), indica-se que seriam precipuamente atos administrativos “de controle” e “verificadores”, e, no caso dos recursos, “contenciosos”.

¹⁴⁸ “A aleatoriedade garante que não existe nenhum esquema de jogo, nenhuma fórmula, nenhuma regra capaz de identificar determinados elementos na seqüência” (BENNETT, 2003, p. 183).

De fato, valendo-nos novamente do “modelo padrão” de Barroso (2018, p. 50), é possível comentar que, se “*um agente político indica dirigente de órgão ou de empresa estatal, com metas de desvio de dinheiro*”, haverá cumplicidade de quem faz a nomeação, ou no mínimo omissão.

Da mesma forma, se o dirigente indicado “*contrata empresa que é parte do esquema e que superfatura o contrato*”, há co-participação ou omissão da área de compras e/ou da comissão de licitação; dos responsáveis pelo uso dos bens ou serviços contratados e dos responsáveis pelos pagamentos; do controle interno, da auditoria e/ou da CGU, do TCU e/ou do comitê de auditoria independente, do conselho fiscal e do conselho de administração.

4.3 Eficácia¹⁴⁹, eficiência¹⁵⁰ e efetividade¹⁵¹ operativas.

Duas medidas se apresentam com relação aos incentivos à corrupção: aumentar as sanções e aumentar a possibilidade de a irregularidade ser descoberta e punida, sendo que esta última é a que tem melhor contribuição e eficácia (redução da utilidade esperada individual decorrente do cometimento do ilícito (“E[U]”).

Como Alencar e Gico Jr. (2011, p. 80) destacaram, “o custo associado ao aumento da probabilidade de punição (p.ex., melhores instrumentos de monitoração, promotores e juízes especializados) é [...] superior ao custo associado apenas ao aumento da magnitude da punição (basicamente o processo legislativo)”, ou seja, aumentar o controle é mais eficaz e menos eficiente do que o aumento da sanção.

Na sistemática com o sorteio, a eficácia é similar à do aumento dos controles, mas os custos serão menores. É mais eficiente que o aumento de controle e menos eficiente que o incremento da pena (porque neste não há aumento de custo). Assim, a efetividade do sorteio será maior que as das duas medidas tradicionalmente utilizadas.

¹⁴⁹ Vista a eficácia como *concretização do objetivo, sem considerar os esforços.*

¹⁵⁰ Vista a eficiência como *concretização do objetivo, considerando os esforços.*

¹⁵¹ Vista a efetividade como *melhor relação entre eficácia e eficiência.*

4.4 Aspectos jurídicos quanto ao uso do sorteio em atos administrativos.

Por meio de abordagem multidisciplinar, utilizou-se a economia, a psicologia e a neurociência para determinar que os incentivos são mais importantes que o regramento moral (para o controle da corrupção), e para a validação da hipótese suscitada (nesta utilizando ainda conceitos de análise de probabilidade e aleatoriedade). E também para demonstrar que a efetividade do sorteio será maior que as das duas formas tradicionais de contenção de desvios de comportamento.

Neste tópico serão feitos comentários quanto à adequabilidade jurídica do uso do sorteio em atos administrativos. Pois se não houver amparo na Constituição ou na lei, não será possível utilizar o sorteio como pretendido, mesmo com todas as vantagens operativas enfatizadas.

Preliminarmente, explica-se que os atos administrativos a serem conjugados com o sorteio (e respectivos dispositivos legais), foram selecionados com base no modelo-padrão de Barroso (2018, p. 50)¹⁵².

Verificou-se que as práticas ali descritas referem-se predominantemente aos atos administrativos atinentes:

– Às licitações para contratação junto a terceiros de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, ao amparo da Lei nº 8.666/1993.

– À nomeação de membro do Conselho de Administração ou diretor de empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, conforme a Lei nº 13.303/2016¹⁵³;

¹⁵² Como já dito, Barroso (p. 50) descreve como funciona no Brasil o “modelo padrão para “fazer política e [...] negócios”: *O agente político relevante indica o dirigente do órgão ou da empresa estatal, com metas de desvio de dinheiro. O dirigente indicado fraudula a licitação para contratar empresa que seja parte do esquema. A empresa contratada superfatura o contrato para gerar o excedente de dinheiro que vai ser destinado ao agente político que faz a indicação, ao partido e aos correligionários.* Segundo Barroso (p. 51), ao modelo-padrão se somam “a cobrança de propinas em empréstimos públicos, a venda de dispositivos em medidas provisórias, leis ou decretos; e os achaques em comissões parlamentares de inquérito, para citar alguns exemplos mais visíveis”.

¹⁵³ Em verdade, aquela lei foi editada posteriormente à eclosão dos graves escândalos do Mensalão e da Lava-Jato.

– Ao preenchimento de funções de confiança e cargos em comissão com atribuição de direção ou chefia (artigo 37 da CF)¹⁵⁴;

Aqueles dispositivos foram destacados, então. E, face à importância do Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União para o combate à corrupção, decidiu-se utilizar o modelo disruptivo também nas nomeações mencionadas nos artigos 94, 101, 104, 107, 111-A, 115, 119, 120 e 127 da Constituição.

4.4.1 Previsão ou vedação na Constituição.

No que se refere a haver previsão ou vedação na Constituição, verifica-se que não há menção a sorteio no texto constitucional, porém existe uma aceitação implícita no inciso XXXVIII do artigo 5º (“é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei [...]”). E o artigo 433 do Código de Processo Penal¹⁵⁵ estabelece a prática do sorteio dos jurados.

Como foi aludido neste trabalho, o júri foi a única instituição em que remanesceu o uso do sorteio ao longo da história. Não se pode pensar em júri, sem pensar em sorteio, vez que se pretende configurar uma amostra representativa do pensamento da comunidade em que ocorreu o crime sob julgamento.

¹⁵⁴ Mello (2013) tem uma visão bastante crítica dos cargos em comissão e das funções de confiança. Ele afirma (p. 447) que, “como bem o sabe quem tem algum conhecimento das mazelas estatais, a praga do serviço público, a fonte de boa parte da corrupção administrativa, reside justamente nessa espécie de cargos ou de funções [*cargo em comissão ou função de confiança*], que [...] deveriam ser reduzidos a um mínimo possível e, para diminuir os escândalos na Administração, excluídos da possibilidade de exercício de inúmeras atividades que hoje desempenham”. Ele reforça (p. 310) que “esses cargos [*em comissão*] e as chamadas funções comissionadas são as grandes fontes dos escândalos encontrados no serviço públicos” e “[que tais cargos possibilitam] instrumentalizar a Administração Pública para servir a interesses oportunistas, a troca de favores, [ou mesmo para que] partidos políticos ameacem perturbar [...] a atividade administrativa do governo se este não ceder a um clientelismo, aquinhoando seus próceres ou apaniguados”. No Acórdão 2604/2018, o TCU registrou ter constatado que “que ainda não foi regulamentado o art. 5º da Lei 13.346/2016, o qual determina que o Poder Executivo Federal defina os critérios, perfil profissional, bem como procedimentos gerais para a ocupação de cargos e funções comissionadas. Esse vácuo normativo repercute na nomeação de ocupantes de cargos e funções comissionados sem que possuam, em regra, critérios específicos de provimento a ser observados, o que aumenta a exposição das instituições do Poder Executivo ao risco de fraude e corrupção” (Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252A%253A2604/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em 26 nov. 2018).

¹⁵⁵ Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Outrossim, também o inciso XXI do artigo 37 da CF, ao estabelecer a obrigatoriedade de licitação pública, “nos termos da lei”, parece dar respaldo indireto ao sorteio, pois o parágrafo 2º, do artigo 45 da Lei nº 8.666/1993, prevê a utilização do sorteio “no caso de empate entre duas ou mais propostas”.

E o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 66, estabelece que “a distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado¹⁵⁶, acionado automaticamente, em cada classe de processo”.

Então, pode-se dizer que não há previsão nem vedação do uso do sorteio, e também que não falta suporte constitucional para a eficácia e validade jurídicas de leis que incluam o sorteio entre as cautelas passíveis de utilização no controle da atividade administrativa, por conta da sua compatibilidade com os princípios da Moralidade, da Impessoalidade e da Eficiência na Administração Pública.

Admitida essa compatibilidade principiológica, então é cabível entender que não haverá óbice constitucional na interpretação da adoção de uma medida que pretenda dar mais eficiência ao Estado, fazendo com que ele possa assegurar maior âmbito de proteção no contexto da efetivação dos direitos fundamentais, em especial os sociais¹⁵⁷.

Gilmar Ferreira Mendes (em Branco e Mendes, 2013, p. 821) destaca que, nada obstante a “dificuldade de se dizer em que consiste o princípio da moralidade”, a atuação da Administração Pública “deve ser capaz de distinguir o justo do injusto, o conveniente do inconveniente, o oportuno do inoportuno, além do legal do ilegal”.

Assim, “o reconhecimento da moralidade como princípio jurídico [atribui] a determinado ato [...] uma dimensão ética”, sendo que, assim, “uma determinada forma jurídica pode ser questionada em razão de sua desconformidade com determinado critério de correção”.

¹⁵⁶ “§ 1º O sistema informatizado de distribuição automática e aleatória de processos é público, e seus dados são acessíveis aos interessados” (Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf).

¹⁵⁷ Canotilho (2013, p. 1435) afirma que “o futuro é uma tarefa indeclinável da constituição, devendo, por isso, a lei constitucional fornecer aberturas para captar a dinamicidade da vida política e social”.

Ou, no entendimento deste trabalho, *uma determinada forma jurídica pode ser ratificada em razão de sua conformidade com determinado critério de correção.*

Não se vê problemas com relação ao uso do sorteio para escolher entes pré-qualificados, pois será um critério de redistribuição automática de competência. O mesmo não ocorre com relação à escolha dos candidatos a serem submetidos ao crivo da autoridade competente para a nomeação, pois se reconhece ali um ponto passível de polêmica interpretativa. Alternativamente, pode-se pensar em não sortear quem vai ser nomeado, mas sim quem vai nomear.

Para Gilmar Ferreira Mendes (BRANCO; MENDES, 2013, p. 821), o princípio da Impessoalidade é “corolário do princípio Republicano” e realiza, “no âmbito da Administração Pública, o princípio da Igualdade”. Com base em Reybrouck (2017, p. 135), pode-se afirmar que o sorteio foi considerado meio de universalização de tratamentos por Aristóteles, Montesquieu e Rousseau, e demasiado democrático pelos mentores das revoluções modernas¹⁵⁸.

Com relação ao princípio da Eficiência, afirma Gilmar Mendes (BRANCO; MENDES, 2013, p. 825) que, “com o advento do princípio da Eficiência, é correto dizer que Administração Pública deixou de se legitimar apenas pelos meios empregados e passou a legitimar-se também em razão do resultado obtido”.

Para Cyrino (2018, p. 585), o *comando de eficiência* do art. 37, *caput* da CF é “um princípio indicativo de [que o Estado] deverá atender às finalidades constitucionais de maneira apropriada, rápida e menos custosa [...] e um postulado aplicativo de princípios e regras que demandam escolhas que envolvam custos”.

¹⁵⁸ Reybrouck (2017, p. 140-141) também comentou que os *federalistas* preferiam o termo “república” ao termo “democracia”. Ele assinalou que “Francis Dupuis-Déri fez uma pesquisa sobre o uso do termo *democracia* e constatou que os Pais Fundadores da Revolução Norte-Americana e da Revolução Francesa evitavam utilizá-lo: *Para a maioria deles, democracia significava caos, extremismo, e por isso não queriam nenhuma associação com ela. Não se tratava apenas de uma questão lingüística. Não apreciavam a idéia de democracia [...]. Eram social e tradicionalmente ligados ao sistema que combatiam. Essa elite buscava destruir a legitimidade do rei e da aristocracia. Ao mesmo tempo, mostrava a incompetência do povo em governar a si mesmo. Nesse contexto, o termo ‘república’ soava mais nobre do que ‘democracia’, e as eleições tornaram mais importantes que o sorteio. Os líderes revolucionários na França e nos Estados Unidos não se interessavam pelo sorteio, porque não tinham nenhum interesse na democracia*”.

No contexto deste trabalho, foi considerado que o princípio da eficiência orienta o Estado a buscar o melhor resultado, mediante um juízo ponderativo, que recepcionaria o sorteio nos atos administrativos, por ser medida de controle de menor custo, boa eficácia e melhor efetividade que os ritos atuais, como foi antes demonstrado.

4.4.2 Necessidade de alterar a Constituição ou editar lei.

Mas, embora entendendo que há sustentação implícita na Constituição para o sorteio, não se pode deixar de reconhecer que, por conta do princípio da legalidade, haverá necessidade de incluir a possibilidade de uso do sorteio nos dispositivos que tratam dos atos administrativos a que ele for acoplado.

Assim, para o *preenchimento de funções de confiança e cargos em comissão com atribuição de direção ou chefia* (atinente ao artigo 37 da CF), um decreto poderia estabelecer o uso do sorteio nas seleções intermediárias, ante o disposto no artigo 5º da Lei nº 13.346, de 10 de outubro de 2016¹⁵⁹.

Já para a *nomeação de membro do Conselho de Administração ou diretor de empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias*, basta ajustar a redação da Lei nº 13.303/2016.

Assim como, para o uso do leilão em *licitação para contratação junto a terceiros de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, ao amparo da Lei nº 8.666/1993*, basta ajustar a redação do referido dispositivo legal.

Já no caso das *nomeações tratadas nos artigos 94, 101, 104, 107, 111-A, 115, 119, 120 e 127 da Constituição*, somente se poderá usar o sorteio nos moldes exercitados mediante emenda redacional.

¹⁵⁹ “Art. 5º Ato do Poder Executivo federal definirá os critérios, perfil profissional e procedimentos gerais a serem observados para a ocupação das FCPE e dos cargos em comissão do Grupo-DAS.”

4.4.3 Observância do princípio da Igualdade e das regras da Democracia.

Certamente será suscitada, pelos avaliadores do desenho, a questão da observância ou não do princípio da Igualdade, no caso na relação entre os beneficiados e ou não-beneficiados pelo sorteio.

A interpretação com base no princípio da Igualdade sempre envolve a realização de uma ponderação entre valores.

Mello (1984, p. 24) assevera que as discriminações, como poderia ser entendido o uso do sorteio, em especial no caso das escolhas para cargos e funções, “são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”.

Nos exercícios formulados neste trabalho, tomou-se o cuidado de que sempre ocorra uma pré-seleção meritória, com uso dos procedimentos tradicionais para tal, para definição do grupo de pessoas de onde será selecionado alguém por meio do sorteio.

E mantém-se, no caso das nomeações, a possibilidade da autoridade decidir entre um número de candidatos pré-selecionados (com o uso do sorteio), valendo-se do exercício da sua competência discricionária para efetuar uma avaliação subjetiva sobre o candidato que melhor atenda às finalidades da função a ser suprida.

Pareceu que, com isso, dá-se razoável segurança de que será escolhido alguém competente, dentre os melhores, pois a afirmação do que é “o melhor” não é de fácil comprovação. Ademais, a Constituição consagra a renovação de dirigentes (ao dispor sobre reeleição e ao adotar a forma republicana de constituição, e não a monárquica), e assim, portanto, ninguém é absolutamente indisponível ou insubstituível.

Canotilho (2012, p. 351) diz que o princípio da Igualdade estipula uma garantia de *justiça de oportunidades*, e não de *igualdade de oportunidades*. No sorteio, há justiça e igualdade em termos de oportunidades.

Assim, entende-se que, ponderados os princípios da Moralidade, da Impessoalidade e da Eficiência na Administração Pública, consagrados na Constituição, e tendo presente as diversas considerações feitas neste trabalho quanto a abuso de poder confiado e captura do Estado, mais a utilização da mencionada pré-seleção, o uso do sorteio, como aqui aventado, não afronta o princípio da Igualdade.

Há, valendo-se de novo de Mello (1984), “pertinência lógica” na diferenciação (p. 25) e correlações lógicas abstrata e concreta (p. 28) com a Constituição.

Mello (1984, p. 28) fala em “traço diferencial” residente na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, o que, eventualmente, poderia levar à apresentação de um questionamento quanto à aleatoriedade atender a esse requisito, como forma de invalidar o mecanismo.

Mas, em contraponto, colocam-se as assertivas de Barbara Goodwin¹⁶⁰ de que o uso do sorteio como meio de alocação de recursos escassos (“a começar pelas posições de poder e prestígio”), seria mais imparcial e justo, pois os pobres e mais fracos estariam em pior situação na “loteria do nascimento, que determina a posição inicial de cada indivíduo, e assim, em grande medida, suas chances na sociedade”.

Quanto à observância das regras da Democracia, e sem querer com isso valer-se de “argumentos de autoridade”, cabe acompanhar e usar de novo as considerações de Aristóteles (“o sufrágio por sorteio pertence à natureza da democracia; por escolha, à da aristocracia”), Montesquieu (“o sorteio é um modo de eleger que não prejudica ninguém e que permite a qualquer cidadão ter a esperança de um dia servir à pátria”) e Rousseau (pelo sorteio, “privilegia-se o bom senso, a justiça, a integralidade”) a respeito¹⁶¹.

¹⁶⁰ Citada por Miguel (2000, p. 79).

¹⁶¹ Conforme Reybrouck (2017, p. 135).

4.4.4 Afinidade com os princípios republicanos.

Mesmo já se tendo lastreado o desenho nos princípios da Moralidade, da Igualdade, da Impessoalidade, da Eficiência Administrativa, todos considerados como “princípios republicanos”, entendeu-se conveniente reforçar a argumentação de que tais princípios republicanos constituam a principal base valorativa de fundamento à medida.

Quando, neste trabalho, fez-se menção a valores ou comportamentos republicanos, estava-se fazendo referência à necessidade/dever de participação de todos os cidadãos no trato adequado das questões públicas¹⁶².

Para Sarmiento (2018, p. 264-265), o princípio republicano trata da organização do Estado, sendo também “fonte de direitos e deveres para cidadãos e autoridades”, apresentando “forte dimensão aspiracional” e desenhando “um *horizonte de sentido* a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade”.

Segundo ele (p. 272):

A república exige clara separação entre a coisa pública e o domínio do privado, com a garantia da impessoalidade¹⁶³, transparência¹⁶⁴ e controle na gestão.

O texto constitucional [do Brasil] é pródigo em normas voltadas a essas idéias: os princípios de impessoalidade, moralidade e publicidade administrativas (art. 37, *caput*); a obrigatoriedade de realização de concursos públicos para investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II), e de licitações para a celebração de contratos administrativos (art. 37, XXI); o dever de prestação de contas de todos os que utilizem, guardem, gerenciem ou administrem bens e recursos públicos (art. 70, parágrafo único).

¹⁶² Pinto (1998, p. 22) menciona que Jean-Fabien Spitz argumenta que a “realização dos nossos deveres públicos” é fundamental para “a manutenção da liberdade”, sendo que somos “forçados por vezes a lembrar esses deveres e a atuar em conformidade”.

Ele (p. 192) destaca que “os princípios constitutivos do Direito Político moderno organizam-se em torno de um ideal republicano como compromisso dialógico ou conversacional. A regulação do mundo político torna-se assim possível pela *constituição republicana*, fundação última e transcendental da coexistência pacífica dos homens e povos. Daí que a ordem pública dependa da coexistência de seres responsáveis – cidadãos – e nestes de virtude cívica, que torne cada um, Autor e destinatário do Direito e da Lei”.

¹⁶³ “A impessoalidade envolve o dever estatal de atuar de forma imparcial na gestão da coisa pública, sem que as autoridades favoreçam seus asseclas ou os poderosos, ou prejudiquem desafortunados ou grupos vulneráveis” (SARMENTO, 2018, p. 272).

¹⁶⁴ Para Sarmiento (2018, p. 272), “a transparência proporcionada pelo acesso à informação talvez seja o melhor antídoto para a corrupção, para as violações de direitos humanos e para a ineficiência governamental”.

Cardoso (2000, p. 29), afirma que o republicanismo não perdeu o papel “de balizar, para além das diferenças de posses, riquezas, influências e talentos, um espaço comum equalizador, definido pela implicação de todos os cidadãos no sistema de decisões políticas”.

4.5 Sobre os exercícios.

Furtado (2015, p. 37), exortou os estudiosos a “apontar as modificações necessárias na legislação de modo a impedir que ocorra a fraude ou o desvio de recursos públicos”.

Nesse sentido, o trabalho contempla a apresentação de alguns exercícios¹⁶⁵ ilustrativos das possibilidades de utilização do sorteio como aleatorizador, nos atos administrativos, como poderá ser visto no Apêndice.

O entendimento é que os procedimentos propostos naqueles exercícios contribuirão para a redução de fraudes e corrupção, especialmente quanto as instituições públicas possuem fragilidades significativas nos controles, como é o caso do Brasil.

A propósito do Brasil, cabe apontar que, em sessão em 14 nov. 2018, os ministros do TCU apreciaram relatório de auditoria¹⁶⁶ realizada com o objetivo[de “avaliar se os controles de prevenção e detecção relacionados a fraude e a corrupção das instituições federais do Poder Executivo estavam compatíveis com seus poderes econômicos e de regulação”.

¹⁶⁵ Klitgaard (1994, p. 44) critica os cientistas sociais que “praticamente não prestaram atenção a questões práticas acerca de como combater a corrupção”

¹⁶⁶ A auditoria contemplou amostra de 287 órgãos e entidades do Poder Executivo Federal, para os quais foram calculados os respectivos valores dos poderes econômico e de regulação (calculados para 72 instituições), bem como os índices representativos da robustez dos controles contra fraude e corrupção, a partir do Índice Integrado de Governança e Gestão - IGG 2018 (Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2604/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false> Acesso em 26 nov. 2018).

Conforme pode ser visto no Acórdão 2604/2018¹⁶⁷, foram identificados os seguintes potenciais riscos pelo TCU:

- 38 unidades com alto poder econômico (que controlam orçamento de mais de R\$ 216 bilhões) possuem fragilidades nos controles nas classificações “alta” e “muito alta” de exposição ao risco de fraude e corrupção;

- 80% das instituições com alto poder econômico e de regulação estão em níveis iniciais de estabelecimento de gestão de riscos e controles internos, e 86% daquelas instituições não passaram do estágio inicial de implantação de controles para detecção de fraude e corrupção;

- 69% dos órgãos pesquisados com alto poder econômico, à exclusão das estatais, indicaram que se encontram com seus programas de integridade em estágio inexpressivo de implantação;

- Das 102 instituições com maiores poderes econômico e de regulação, em 70% não estão implementadas medidas de monitoramento da gestão da ética;

- As auditorias internas das instituições com alto poder econômico e de regulação não possuem ações sistemáticas, consolidadas e institucionalizadas voltadas à análise de riscos de fraude e corrupção;

- As estatais de maior poder econômico não apresentaram modelos institucionalizados amplos e consistentes de dados abertos, transparência e *accountability*;

- Foi verificada ausência de critérios mínimos e objetivos para indicação de dirigentes nas instituições federais, com elevado risco potencial de exposição a casos de fraude e corrupção.

¹⁶⁷ Os controles de prevenção e detecção de fraude e corrupção utilizados naquela auditoria originaram-se das práticas descritas no Rerencial de Combate à Fraude e Corrupção (RDCF) do TCU. Para a coleta dos dados foi utilizado o Índice Integrado de Governança e Gestão - IGG 2018. Definiram-se 22 questões do IGG 2018 como instrumento de coleta de dados sobre o modelo e a implementação dos controles, segmentado nos seguintes tópicos: Designação de Dirigentes, Gestão de Riscos e Controles Internos, Gestão da Ética e Programa de Integridade, Auditoria Interna e Transparência e Accountability. Esses cinco tópicos abrangem práticas que representam controles essenciais às instituições públicas, pois cobrem áreas primordiais como conscientização e monitoramento do código de ética, cumprimento de compromissos firmados quando da investidura em cargo público, mapeamento e tratamento de riscos para a integridade, normas sobre canais de comunicação e qualidade da informação prestada, além de diretrizes e critérios para segregação de funções vinculadas a decisões críticas e mapeamento de riscos (Disponível em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2604/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false> Acesso em 26 nov. 2018).

CONCLUSÃO

Quando, em 1891, foi publicada a primeira grande obra sobre o sorteio na antiga Atenas, seu autor, James Wycliffe Headlam escreveu que:

De todos os costumes que a história antiga nos revela, nenhum deles é mais difícil de compreender do que o uso do sorteio para a escolha dos funcionários públicos. Não temos nenhuma experiência com esse sistema; qualquer proposta de introduzi-la parecerá tão sem cabimento que temos dificuldade em crer que ele fosse tão difundido em uma sociedade tão civilizada¹⁶⁸.

Neste trabalho, a evocação do sorteio ficou restrita à análise da possibilidade de sua utilização procedimental como mitigador da corrupção em atos administrativos, nada tendo a ver com debates sobre como a democracia pode ser melhor praticada ou providos os cargos atualmente submetidos à eleição.

Espera-se com essa ressalva afastar reações mais agressivas e radicais quanto à medida desenhada¹⁶⁹, mas é bem provável que, à mera menção da idéia de usar o sorteio em atos administrativos, ocorra significativo volume de reprovações imediatas e sem reflexão¹⁷⁰.

Assim, para ensejar a necessária reflexão por parte do analista deste trabalho, ressaltou-se a importância de que o Estado cumpra seus objetivos. Não só para assegurar a liberdade, mas a igualdade, a dignidade e o senso de justiça e legitimidade, e, com isso, reduzir conflitos e perdas deles decorrentes.

Daí porque a necessidade de se combater a corrupção política generalizada, disseminada, dominadora dos processos eleitorais e decisórios¹⁷¹, e aceita.

¹⁶⁸ Reproduzido de Reybrouck (2017, p. 170).

¹⁶⁹ Sintomer (2010, p. 23), registrar que, em 2006 “numa intervenção pública na Sorbonne, Ségolene Royal, que disputava a investidura do Partido Socialista Francês para as eleições presidenciais de 2007, evocou a perspectiva de uma ‘vigilância popular’ da ação dos políticos, pedindo para que estes ‘prestem contas, em intervalos regulares, a júris de cidadãos sorteados’. Essa declaração desencadeou reações de excepcional violência por parte de políticos que [normalmente] se opunham totalmente uns aos outros”.

¹⁷⁰ Sintomer (2010, p. 193): “Os leitores céticos devem estar questionando em que medida o sorteio realmente constitui um objeto relevante”.

¹⁷¹ Müller (2006, p. 5) comentou que “sem os processos democráticos, um estado de direito se solidifica em fachada formalística podendo servir aos regimes autoritários”. Talvez essa assertiva possa ser completada: “e aos regimes corruptos”.

No trabalho foi enfatizado que o Estado, a democracia e a forma republicana são as principais vítimas diretas da corrupção política (a indireta e final sendo a sociedade).

Sendo o predomínio e persistência da corrupção “desalentadores”¹⁷², pareceu conveniente buscar medidas fora dos modelos tradicionais para seu combate. Ou seja, no âmbito do Direito, “*inventar uma possibilidade no mundo a partir de argumentos jurídicos*”¹⁷³.

Verificou-se que o sorteio será eficaz e efetivo no combate à corrupção nos atos administrativos. Acredita-se, inclusive, que ele contribuirá para reduzir o “nível ótimo de corrupção”¹⁷⁴ citado por Klitgaard (1994).

Entendeu-se que o mecanismo tem amparo nos princípios previstos na Constituição e pouco demandaria em termos de ajustes na legislação.

Mas, como dito, a idéia de usar o sorteio certamente enfrentará a descrença de alguns, como mencionaram Headlam e outros¹⁷⁵.

¹⁷² “[...] pois dão a entender que muitos políticos e formuladores de políticas públicas não desejam controlá-la. Podem utilizar atividades ilícitas para se manterem no poder, mesmo à custa do desenvolvimento” (KLITGAARD, 1994, p. 18).

¹⁷³ Mendonça, 2018, p. 559.

¹⁷⁴ Klitgaard (1994, p. 41) diz que “o nível ótimo de corrupção não é zero”, uma idéia que, segundo ele, “tem certo valor de choque”, mas não quer dizer que, “num mundo ideal haveria corrupção”. Ele explica: “Suponhamos que certo tipo de corrupção cause mal à sociedade; ele cria ‘custos sociais’. Suponhamos [...] serem caros os esforços para combater a corrupção. A fim de minimizar os custos [...] para a sociedade, temos que equilibrar os dois. Devemos considerar, em termos de custos sociais, a redução que obtemos ao diminuir os atos de corrupção, mas também precisamos levar em conta o acréscimo de custos sociais acarretado por nossos [...] esforços [...]. E isso leva à conclusão de que [...] a solução do custo mínimo global não terá a corrupção igual a zero, nem os esforços anticorrupção iguais ao máximo do ponto de vista de volume”.

¹⁷⁵ Sintomer (2010, p. 189) enfatizou que “a seleção aleatória pode ser pensada como um método imparcial para resolver uma pergunta controversa, e de modo especial, para decidir sobre o acesso aos postos de responsabilidade política. Ainda pode ser concebido como um procedimento que favorece o autogoverno de todos por todos, cada um exercendo, alternadamente, o papel de governante e de governado. Pode ser visto como uma forma de assegurar que o poder sobre todos seja assumido por qualquer um, ou seja, por indivíduos intercambiáveis uns com os outros, já que possuem a capacidade de recorrer ao “bom senso”. [Pode servir] para selecionar uma amostra representativa da população [...], que pode opinar, avaliar, julgar e, eventualmente, decidir em nome da coletividade”.

Miguel (2000, p. 93) escreveu que “as propostas de reintrodução do sorteio também podem ser encaradas, como irrealistas e utópicas, quando não bizarras e insensatas”. Mas registrou (p. 96) que, nas diversas modalidades de uso do sorteio [contemporâneas], “a loteria é apresentada como uma maneira vigorosa e econômica de afirmar a igualdade entre os cidadãos, de promover a rotação [nos] cargos públicos, de dar voz às pessoas comuns, de equilibrar a presença dos diferentes grupos sociais nas esferas de poder e de reduzir a influência política do dinheiro”.

E haverá o combate por parte daqueles beneficiados pelas ilegalidades (ver BARROSO, 2018, p. 49¹⁷⁶).

E também se enfrentará a resistência dos operadores jurídicos¹⁷⁷, por ser discutível a capacidade do Direito¹⁷⁸ contribuir para a mudança de um *status* jurídico, visto que, por ter uma função estabilizadora, ele tende a observar as regras e os padrões¹⁷⁹ vigentes, só se ajustando mediante decisões judiciais ou ajustes legislativos, na medida das pressões políticas ou sociais.

Nesse sentido, Faria (2010, p. 100) consigna que, nos meios jurídicos, predomina uma cultura formalista, que “insiste em associar o direito a um sistema fechado e racional de normas produzido por um legislador idealizado”, e que não costuma indagar “se os sujeitos de direito cumprem ou não as normas, o motivo pelo qual o fazem e se dessa conduta resultam efeitos desejados sobre a realidade”¹⁸⁰.

¹⁷⁶ “[...] o enfrentamento à corrupção [encontra] resistências diversas, ostensivas e dissimuladas [e vem atingindo] pessoas que sempre se imaginaram impunes e imunes [sendo que], entre os representantes da velha ordem, há [os] que não querem ser punidos pelos malfeitos cometidos ao longo de muitos anos [e os] que não querem ficar honestos nem daqui para frente. Gente que tem aliados em toda parte: nos altos escalões, nos poderes da República, na imprensa [e até] no Judiciário”.

¹⁷⁷ Alerta Eros Grau que “uma das pautas que [...] concorre para limitar o elenco de soluções corretas a que pode chegar o intérprete da Constituição é a da ideologia constitucional. O direito – e muito especialmente a Constituição – é não apenas ideologia, mas também nível no qual se opera a cristalização de mensagens ideológicas” (em COUTINHO, 2005, p. 24).

¹⁷⁸ O Direito, e em especial o Judiciário e o Direito Administrativo, são essencialmente positivistas, no sentido de proteção à cultura dominante. Registrou Wieacker (2015, p. 502), que “o próprio Estado de direito burguês respondia à relação entre Estado e sociedade com uma restrição de poder político no domínio da ordem jurídica civil [que] significou necessariamente uma recusa de poder ao juiz [...]. Ao vincular o juiz a princípios científicos estabelecidos, comprováveis e aprovados pela opinião pública, o Estado de Direito desviava também do domínio da jurisprudência os interesses sociais e econômicos contraditórios da sociedade liberal, sociedade cujo princípio de funcionamento é a contraposição regulada de interesses”.

¹⁷⁹ “O substrato político, econômico e social conformador de uma coletividade produz uma certa ‘cultura’, ou seja, uma dada maneira de ver, compreender e valorar o conjunto de relações sociais que ali se processa, de maneira que é neste contexto que residem os ideais presidentes de sua coesão. Dessarte, assim se dita sua fisionomia axiológica, a qual determina [...] o que é prezável e o que não é, o que merece acolhida e o que convém seja repellido, de tal sorte que, tanto no plano das idéias, quanto no plano das ações, fica definido o que é ‘do bem’ e o que é ‘do mal’” (MELLO, 2013, p. 1084).

¹⁸⁰ Bonavides (2013, p. 19) menciona “os juristas do Estado liberal, cuja preocupação suprema é a norma, a juridicidade, a forma, a pureza do mandamento legal com indiferença aos valores e portanto à legitimidade do ordenamento, do qual, não obstante, são também órgãos interpretativos”.

Mendonça (2018, p. 561) diz que “em regra a lei está atrasada em relação às demandas da sociedade”, por conta das características próprias do processo legislativo. Ele também menciona “leis que não mudam porque não conseguem ser mudadas”.

Faria também destacou¹⁸¹ que “há momentos em que os paradigmas entram em crise, quando eles não conseguem mais fornecer orientações, diretrizes e normas capazes de nortear o trabalho científico”.

Então, se o Brasil real¹⁸² não se aproxima do seu ideal, há uma crise paradigmática: Do modelo? Da realidade? Em ambos, parece.

Também parece que a corrupção tem, nesse contexto de faticidade/paradigma estatal em choque, o perfil de uma anomalia¹⁸³, e isso precisa ser reconhecido pelos operadores do Direito, pelos formadores de opinião, pela sociedade como um todo.

Assim, este trabalho está afinado com o entendimento de que “o *Brasil precisa ser reinventado. Hoje ele é prisioneiro do passado*”¹⁸⁴.

E, portanto, para reinventar as formas do Estado, os operadores do direito precisarão abandonar antigas noções¹⁸⁵ sobre como este deve ser organizado e gerido¹⁸⁶.

¹⁸¹ A crise do Direito numa Sociedade em Mudança, Ed. UnB, 1988, p. 22 (apud FREITAS FILHO, 2003, p. 37).

¹⁸² Nas pesquisas sobre o jeito de ser do Brasil, pode-se encontrar fundamentações sociológicas e econômicas das mais diversas para a situação de sua sociedade, algumas inclusive justificando ou minimizando os desvios da ação estatal, com argumentos de que isso faz parte do caráter do povo brasileiro (o “jeitinho”), ou que seria uma forma dos despossuídos de poder compensarem o domínio do Estado pelas elites, ou que seria decorrência da pobreza e falta de educação.

¹⁸³ Aquele contexto parece afim com as considerações de Freitas Filho (2003, p. 45) sobre o que seria uma “crise do Direito”: “[...] é um conjunto de condições que apontam para a possibilidade de mudança e que se revela em disfunções, ou para usar os dizeres de Khun, anomalias (segundo o paradigma vigente) reveladoras da incapacidade do modelo de saber hegemônico de dar respostas satisfatórias a determinados problemas contemporâneos apresentados na concretude fática”.

¹⁸⁴ “São velhas instituições, valores, cultura, e idéias que nos acorrentam. Sem a chamada *destruição criadora* que Schumpeter desenvolveu, não vamos para lugar nenhum. É uma nau encalhada, enferrujando, enquanto o mundo avança” (Yoshiaki Nakano, 2017, Valor Econômico, 10 jan. 2017).

¹⁸⁵ Mendonça (2018, p. 562) diz que a lei é “o ponto focal do legalismo de direito administrativo, ou seja, da cultura jurídico-burocrática que fetichiza o texto normativo como único espaço possível de juridicidade administrativa”, e que, “nas trincheiras da Administração”, triunfa o direito legalista, “que é o direito administrativo do medo”, seja “porque é o que se conhece, seja porque é o que conforta”.

¹⁸⁶ Freitas Filho (2003, p. 45): “É certo que o Direito somente se realiza na prática, como o resultado do embate dialético entre a norma com seu caráter de abstração e a realidade na qual se aplica a mesma. A realidade para a qual se preparam os autores jurídicos e para a qual teoricamente se produziu o juspositivismo parece não existir. A natureza dos conflitos se alterou, as características do sujeito de direito se modificaram, e, portanto, os conhecimentos do ator jurídico devem ser outros”.

Há que se buscar pragmatismo¹⁸⁷ e objetividade, sem descuidar da fundamentação¹⁸⁸. Isso implica, para os juristas, sair da cômoda alternância de discurso neoconstitucional abrangente e de justificativas formalistas escolhidas de acordo com as conveniências¹⁸⁹ e com base em interpretações brilhantes¹⁹⁰, mas vazias, e seguir no rumo da criatividade transformadora e afirmativa, efetiva e não só retórica¹⁹¹.

Foi no rumo da inovação pragmática que este trabalho foi orientado, vislumbrando-se no sorteio uma possibilidade de dar algum tratamento para quando o processo de decisão política está comprometido pela depravação das instituições democráticas e republicanas, quando o arcabouço jurídico e institucional dá suporte formal¹⁹² ao regime de corrupção, por não estar adequadamente atualizado, diretamente ou por meio de interpretação.

¹⁸⁷ Para Barroso (2018, p. 24), pragmatismo significa, “que o mérito de uma idéia, de uma política pública ou das ações em geral se mede pelos resultados práticos que são capazes de produzir. O significado das coisas e a verdade de qualquer proposição são determinados pela experiência e pelas conseqüências sobre o mundo real e a vida das pessoas, e não por dogmas ou teorias”.

¹⁸⁸ Para Vargas (2014), “a criatividade social é o elemento característico da atuação do jurista criativo. É a capacidade de redesenhar as instituições que organizam a vida em sociedade, para construir novas formas de colaboração que facilitem a solução de problemas sociais, assim ampliando os horizontes de nossa liberdade. Quando a razão nos trai, devemos aprender com as lições da ciência. E experimentar. A sociedade avança com mais instituições, mais juristas criativos, mais experimentação e mais criatividade social”.

¹⁸⁹ Mendonça (2018, p. 563) faz menção a “momentos em que a lei muda, mas a doutrina continua interpretando-a como se nada houvesse ocorrido (enxerga o presente com os olhos do passado)”.

¹⁹⁰ Para Justen Filho (2013, p. 105-106), “cabe ao jurista conviver com o seu tempo e estar à altura dele. Isso não equivale a aceitar passivamente os aspectos negativos da realidade circundante” e “o estudioso do direito tem o dever de tomar posição em face da realidade em que vive, defendendo os valores positivos e combatendo os negativos”.

¹⁹¹ “É pela prática das ações justas que o homem se torna justo, e pela prática das ações temperantes que se torna temperante, enquanto que, por não praticá-las de maneira alguma, jamais estaria em condições de tornar-se bom. Mas a maioria dos homens não pratica estas ações; eles se refugiam no domínio da discussão, e pensam que agem assim como se fossem filósofos e que isso bastará para se tornarem bons, e, desse modo, eles assemelham-se aos doentes que escutam seus médicos atentamente, mas não seguem nenhuma das suas prescrições. Assim como esses doentes não assegurarão a saúde de seus corpos cuidando-se dessa maneira, a alma não se tornará melhor por tal filosofia” (ARISTÓTELES, 2016, p. 44-45).

¹⁹² “Formal significa pertinente à fórmula política. Uma forma política é um padrão de práticas formais. O regime é a estrutura de formas políticas. O termo formal aplicado a uma prática ou instituição transmite duas idéias, que derivam ambas da fórmula política: a idéia de legitimidade (legalidade, autoridade, etc.) e a idéia de um status simbólico. Uma prática formal é aquela que foi legitimada por sua relação com a fórmula política; e as operações das quais consiste têm um significado que lhes é atribuído pela fórmula, independentemente de terem ou não as características que lhes são atribuídas” (LASSWELL; KAPLAN, 1979, p. 167).

A idéia foi que, embora o Brasil (com base nos dados fáticos deste trabalho) esteja passando pelo que seria um pré-“*momento maquiavélico*”¹⁹³, não seria aqui, com esta dissertação, que se poderia postular por uma *renovação paradigmática*¹⁹⁴.

Mas, sem colidir com o arcabouço jurídico e institucional existente, o sorteio, como aventado, poderá constituir-se em uma *inovação disruptiva*¹⁹⁵, contribuindo de alguma forma para a desestabilização do sistema de poder corrompido e corruptor.

Tal mecanismo disruptivo não seria um impulsionador único e exclusivo para um determinado ato administrativo, mas complementar aos demais ritos estabelecidos para aquele procedimento.

O desenho mantém a particularidade mencionada por Sintomer (2010, p. 192) de que o sorteio, “independentemente da lógica ou do campo aos quais estiver associado, coloca em pé de igualdade radical as pessoas (ou as soluções), entre as quais se procede a uma escolha aleatória”.

¹⁹³ Momento maquiavélico “é uma designação para o momento num tempo conceptualizado, no qual a república, vista em confronto com a sua finitude temporal, procura tornar-se política e moralmente estável numa torrente de acontecimentos vistos como essencialmente destrutivos de todos os sistemas de estabilidade secular” (J.G.A. POCOOCK, apud PINTO, 1998, p. 32).

¹⁹⁴ Para Freitas Filho (2003, p. 32-33), “a renovação paradigmática somente se dá com a articulação entre a experiência e a teoria experimental. A nova teoria, assim, converte-se em paradigma”. Para aquele autor, “a mudança segue três movimentos identificáveis: a consciência prévia da anomalia, a emergência gradual e simultânea de um reconhecimento tanto no plano conceitual como no plano da observação e consequente mudança das categorias e procedimentos paradigmáticos, sendo ainda que tais mudanças são na maioria das vezes acompanhadas por resistência”.

¹⁹⁵ “Inovação disruptiva” é um conceito criado por Clay Christensen, da Harvard Business School, que afirmou que a inovação pode assumir três formas distintas: A primeira e mais comum é a *inovação incremental*, na qual produtos e serviços são feitos de maneira melhor, mas aproveitam o atual estoque de conhecimentos. Uma segunda forma é a *inovação descontínua*, em que as melhorias são feitas a partir de um avanço tecnológico destruidor das características atuais. A inovação também pode ocorrer por meio de melhorias aparentemente menores, nas quais tecnologias ou componentes existentes são integrados para melhorar profundamente o desempenho de produtos ou serviços existentes. Essas *inovações arquitetônicas*, como são chamadas, mesmo que não se baseiem em avanços tecnológicos significativos, muitas vezes interrompem sistemas negociais existentes, pelo que Christensen se refere a elas como *inovações disruptivas*. Adaptando essas definições para o contexto jurídico, poderia ser dito que as leis decorrentes do processo legislativo e a própria produção de decisões judiciais poderiam ser vistas como *inovações incrementais*; uma nova constituição poderia ser classificada como *inovação descontínua*, na medida em que muda a realidade jurídica e institucional; uma nova lei que somente mostra sua dimensão na medida em que vai sendo usada (ou seja, na sua gestação não foi percebida a sua amplitude e efeitos sobre o jogo do poder vigente), como o Código de Defesa do Consumidor e a lei da delação premiada, por exemplo, seria uma inovação disruptiva. (Esta nota foi elaborada com base no artigo “Disrupção e fluxos de inovação”, da Revista HSM de abril /2018. Disponível em: <http://www.revistahsm.com.br/lideranca-e-pessoas/disrupcao-e-fluxos-de-inovacao>. Acesso em 2 jul. 2018).

Com base na Teoria Econômica do Crime e nas propriedades e efeitos da aleatoriedade, a resposta à indagação “*em que medida o uso da aleatoriedade afetaria a decisão do corrupto ou do corruptor de desviar recursos ou finalidades do Estado?*” é, em síntese, que:

sendo a interação política um “jogo do poder” (LINDBLÖM);

sendo a corrupção um segundo jogo dentro do “jogo do poder”, desconhecido pela maior parte dos intervenientes;

sendo o comportamento das pessoas guiados pela “esperança matemática” (RAMSEY);

sendo a aleatoriedade geradora de uma “impossibilidade de um sistema de jogo” (VON MISES), pois “qualquer resultado é possível quando a seleção é aleatória” (BENNETT);

sendo o sorteio incontrolável e imprevisível, implicando com isso num aumento da incerteza de não ser descoberto e/ou punido, e da “probabilidade de punição”;

sendo um aumento na probabilidade de punição a variável mais importante no estabelecimento da “utilidade esperada individual decorrente do ilícito”;

o uso da aleatoriedade afeta a decisão do corrupto ou do corruptor de desviar recursos ou finalidades do Estado na medida do aumento da incerteza agregada pela conjugação de procedimentos (eventos compostos).

Seguindo para o término desta longa Conclusão, lembram-se os dizeres de um comentarista desta dissertação, de que o autor teria forte viés *hobbesiano*.

Isso talvez por conta deste trabalho ter índole utilitarista. Considera as razões econômicas de um comportamento social e propõe encaminhamentos de Direito.

Mas indica-se que é mais decorrência de um idealismo¹⁹⁶ prático, do que algo influenciado diretamente pelo autor de *Leviatã*.

No entendimento do autor, seguramente é um trabalho *neorepublicanista*¹⁹⁷: “não basta o Estado, nem basta a lei: a república tem de ser uma realidade cívica”¹⁹⁸.

Viés, tendência e idealismo não prejudicam o caráter científico do estudo, porquanto se está dando clara demonstração do roteiro seguido, dos conceitos assumidos como premissas, de forma que se possa reconstituir as etapas perseguidas para a formação dos entendimentos e das proposições.

O trabalho tem características¹⁹⁹ de *antifundacionalismo*, *contextualismo* e *consequencialismo*, pois não se baseia em questões de ordem moral, mas no paradoxo entre realidade e norma/valor que orienta a regra que prejudica a efetividade das decisões administrativas.

¹⁹⁶ Barroso (2018, p. 23) aponta que o processo de transformação envolve um “choque de iluminismo, idealismo e pragmatismo”. Ele explica que idealismo significa a capacidade de imaginar uma realidade diferente, maior e melhor, estabelecendo objetivos que estejam além do interesse imediato e dos projetos próprios de cada um. Pensar o mundo como deve ser. Segundo ele (p. 49), “há uma imensa demanda por integridade, idealismo e patriotismo na sociedade brasileira, e esta é a energia que muda paradigmas e empurra a história”.

¹⁹⁷ Segundo Pinto (2001, p. 480), “historicamente, o *neo-republicanismo* significou e significa a crítica a uma história escrita com base no paradigma jurídico – consentimento, legalidade, legitimidade, direitos fundamentais [...] e veio acrescentar outra dimensão, esquecida durante muitos anos: o espírito cívico, a virtude face à corrupção, o regresso aos princípios, a educação para a cidadania”, mas, do ponto de vista político e jurídico, o moderno republicanismo “interroga-se sobre a possibilidade de os homens e mulheres continuarem a ser livres e senhores do seu destino num mundo em que os mecanismos de representação, os partidos políticos, os grupos de interesses e a profissionalização da política põem em causa justamente essa liberdade”.

¹⁹⁸ Philip Pettit (apud PINTO, 2001, p. 471).

¹⁹⁹ Com base em Barroso (2018, p. 24), que, por sua vez, valeu-se de *Pragmatism and Democracy* e de *How Judges Think*, ambos de Richard A. Posner.

No contexto que se vive, de globalização nas mais diversas facetas da vida, de rompimento de limites espaço-temporais da humanidade via tecnologia, de quebra de paradigmas, dogmas, conceitos e institutos, talvez a estabilização da sociedade requeira do Direito um perfil paradoxalmente mais dinâmico²⁰⁰.

Citando Unger (2011), encerra-se com a expectativa de que se tenha conseguido dar alguma contribuição em termos de “descoberta e aprendizagem”:

Devemos conceber a democracia hoje como, antes de qualquer coisa, processo de descoberta e de aprendizagem coletivas. Ao direito, a começar pelo direito constitucional, cabe organizar este processo e tomar como suas as aspirações do projeto democrático. O aprofundamento do experimentalismo democrático é, ao mesmo tempo, para o direito, assim como para a democracia, método e alvo.

²⁰⁰ Norberto Bobbio: “você fala de caridade para descrever a exigência de combater as causas do sofrimento, mas seria mais correto falar de senso de justiça, que se expressa na exigência de se modificar o estado das coisas através do direito” (BOBBIO; VIROLI, 2007, p. 65).

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de; GICO Jr., Ivo. Corrupção e Judiciário: A (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 1, p. 75-97, 2011. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322011000100005&script=sciabstrac t&lng=pt>>. Acesso em 11 jul. 2018.
- ARISTÓTELES. **Constituição de Atenas**. São Paulo: EDIPRO, 2012.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Apresentação e Trinta anos da Constituição: A República que ainda não foi. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERFJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BIERREMBACH, Flávio Flores da Cunha. **Separação de Poderes e Efetividade Democrática**. In: Revista do Advogado, nº 135. AASP: São Paulo, 2017.
- BIGNOTTO, Newton. Apresentação. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2.000.
- BENNETT, Deborah J. **Aleatoriedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Direitos e Deveres na República**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional entre o Moderno e o Pós-Moderno. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. V, n. 9, p. 76-90. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1990. Disponível em<[http://www.idclb.com.br/revistas/09/revista9%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/09/revista9%20(10).pdf)>. Acesso em 30 set. 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Sustentabilidade – Um Romance de Cultura e de Ciência para Reforçar a Sustentabilidade Democrática**. In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, V. 88, 1 p. 1-11. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CARAZZA, Bruno. **Dinheiro, Eleições e Poder: As engrenagens do sistema político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

CARDOSO, Sérgio. Que República: Notas sobre a Tradição do “Governo Misto”. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2.000.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania na Encruzilhada. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2.000.

CARVALHO, Maria Alice Rezende de; VIANNA, Luiz Werneck. República e Civilização Brasileira. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2.000.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CYRINO, André. O Princípio Constitucional da Eficiência: Interdisciplinaridade, Análise Econômica e Método no Direito Administrativo Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERFJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DAHL, Robert A.. **Sobre a Democracia**. Brasília: Editora UnB, 2001.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia Jurídica: Direito e Conjuntura**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010 (Série GVlaw).

FREITAS Filho, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo: A Exaustão de um Paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **O Ordenamento Jurídico, o Poder e a Economia**. Birigui, SP: Boreal, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **As Raízes da Corrupção do Brasil: Estudos de Caso e Lições para o Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUEDES, Demian. A Presunção de Veracidade e o Estado Democrático de Direito: Uma reavaliação que se impõe. In: ARAGÃO, Alexandre Santos, MARQUES Neto, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos Paradigmas**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HANNS, Luiz. **QUAL DAS TRÊS CORRUPÇÕES DECIDIREMOS COMBATER?**. O Estado de S. Paulo, 27 mai. 2017. Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,qual-das-tres-corrupcoes-decidiremos-combater,70001816141>>. Acesso em 12 ago. 2018.

JUSTEN Filho, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KLITGAARD, Robert. **A Corrupção sob Controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

LASSWELL, Harold Dwight; KAPLAN, Abrahan. **Poder e Sociedade**. Brasília: Editora UnB, 1979.

LASSWELL, Harold Dwight. **Política: Quem ganha o que, quando, como**. Brasília: Editora UnB, 1984.

LINDBLOM, Charles E. **O Processo de Decisão Política**. Brasília: Editora UnB, 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito Administrativo e Inovação: Limites e Possibilidades. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERFJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MIGUEL, Luis Felipe. Sorteios e representação democrática. **Lua Nova** [online]. 2000, n.50, pp.69-96. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452000000200005&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em 4 out.2018.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. In: **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul/set. 2004. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>. Acesso em 4 out. 2018.

MÜLLER, Friederich. Democracia e República. In: **Revista Jurídica da Presidência**, v. 7, n. 77. Brasília: 2006. Disponível em <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14939-14940-1-PB.pdf>>. Acesso em 5 out. 2018.

OLIVEIRA Júnior, Temístocles Murilo de; COSTA, Frederico José Lustosa da; MENDES, Arnaldo Paulo. Perspectivas Teóricas da Corrupção no Brasil: Características, Limites e Alternativas. **Revista do Serviço Público**, 67 (especial), p. 111-137. Brasília: 2016. Disponível em < <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/881>>. Acesso em 3 ago. 2018.

PIMENTEL, Elson L.A. **Dilema do Prisioneiro: da teoria dos jogos à ética**. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2007.

PINTO, Ricardo Leite. **O “Momento Maquiavélico” na Teoria Constitucional Norte-Americana**. Lisboa: Edições da Universidade Lusíada, 1998.

PINTO, Ricardo Leite. Uma Introdução ao Neo-Republicanism. **Análise Social**, Vol. 36, No. 158/159 (Primavera-Verão de 2001), pp. 461-485. Lisboa: Instituto Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2001. Disponível em https://www.jstor.org/stable/41011512?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em 16 jul. 2018.

REYBROUCK, David Van. **Contra as Eleições**. Belo Horizonte: Âyiné, 2017.

RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República: A questão do Desejo nas Lutas Sociais. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J.. **Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform**. 2 Ed., New York: Cambridge University Press, 2016.

RUBIÃO, André. Apresentação. In: SINTOMER, Yves. **O poder ao povo: júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Maquiavel, “O Príncipe” e a formação do Estado Moderno. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SARMENTO, Daniel. O Princípio Republicano nos 30 da Constituição de 1988: Por uma República inclusiva. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (Coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERFJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa de; FREITAS Filho, Roberto. O Judiciário Cordial, A Violência e a Corrupção na América Latina. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor - REPATS**, v. 4, n. 1, p. 342-368, Jan-Jun, 2017. Disponível em <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/8210>. Acesso em 2 set. 2018.

SINTOMER, Yves. **O poder ao povo: júris de cidadãos, sorteio e democracia participativa**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

UNGER, Roberto Mangabeira. A Constituição do Experimentalismo Democrático. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, v. 257, p. 57-72, maio/ago 2011. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8584>. Acesso em 2 set. 2018.

VARGAS, Daniel. Jurista Criativo. **Cadernos FGV Direito Rio – Educação e Direito**, v. 09, p. 83-104. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12036/Cadernos%20FGV%20DIREITO%20RIO%20-%20Vol.%209.pdf;sequence=2>. Acesso em 25 jun. 2017.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 5. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2015.

XIMENES, Julia Maurmann. O Processo de Produção Científico-Jurídica – O Problema é o Problema. Trabalho publicado nos **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de nov. 2008. Disponível em http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1990/Grandes_Temas_da_P%C3%B3s_Gradua%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 21 ago. 2017.

ZANINI, Juliano Cesar. **Corrupção Administrativa e mecanismos de controle externo: Discussão doutrinária principiológica**. Dissertação no mestrado acadêmico em Ciência Jurídica da Univali. Itajaí-SC, 2014. Disponível em <<https://docplayer.com.br/2002590-Corruptao-administrativa-e-mecanismos-de-contro-le-externo-discussao-doutrinaria-principio-logica.html>>. Acesso em 31 jul. 2018.

APÊNDICE EXERCÍCIOS DE UTILIZAÇÃO DO SORTEIO EM ATOS ADMINISTRATIVOS.

Apresenta-se a seguir alguns exercícios ilustrativos da idéia, que são apenas exemplificativos de algumas possibilidades que poderiam ser examinadas pelos legisladores, sem prejuízo da adoção de outras formas e destinações.

1. Preenchimento de funções de confiança e cargos em comissão com atribuição de direção ou chefia.

A Constituição, no Art. 37, entre outras disposições, remete a lei o estabelecimento de requisitos para o preenchimento de cargos, empregos e funções públicas, e estabelece a obrigatoriedade de aprovação em concurso para a investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Não parece razoável efetuar a substituição do concurso pelo sorteio, mas este poderia ser utilizado na composição do quadro de pessoas aptos a prover, nos termos de lei a ser elaborada, as funções de confiança e os cargos em comissão com atribuição de direção ou chefia.

Exercício:

Decreto ou lei poderia incumbir a Secretaria de Gestão de Pessoas, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a pré-definir competências específicas e gerais a serem consideradas no provimento das funções e cargos previstas na estrutura oficial, bem como de gerir um cadastro de potenciais pretendentes às vagas que viessem a ocorrer.

Ao ser aberta uma vaga, e depois que os interessados tivessem manifestado interesse em participar de processo seletivo, seriam escolhidos, de acordo com critérios classificatórios objetivos, pré-estabelecidos, uma determinada quantidade de pretendentes por vaga, os quais passariam pelos procedimentos de avaliação e classificação (prova, entrevista, análise curricular, etc.) que viessem a ser entendidos como mais indicados.

O sorteio seria utilizado para a escolha (sorteio dentro de um conjunto de avaliadores pré-selecionados) de quem faria a entrevista ou a análise curricular, e de quem seria entrevistado ou analisado.

Depois, dos cinco melhor classificados para cada vaga, seriam sorteados três nomes, que seriam levados à apreciação do responsável pela escolha final.

2. Nomeação de membro do Conselho de Administração ou diretor de empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, estabeleceu requisitos para a nomeação de membro do Conselho de Administração ou diretor de empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, os quais poderão ser restringidos por disposições da lei de criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

O regulamento, Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016, dispôs sobre um comitê de exigibilidade, para “opinar, de modo a auxiliar os acionistas na indicação de administradores e Conselheiros Fiscais sobre o preenchimento dos requisitos e a ausência de vedações para as respectivas eleições”.

Em três processos seletivos observados, para composição da diretoria da Embrapa²⁰¹, e para o preenchimento de vagas de vice-presidentes da Caixa Econômica Federal²⁰², verificou-se que coube ao Conselho de Administração não só escolher o melhor classificado, mas também definir os critérios adicionais específicos para cada cargo, sem necessidade de explicitação ou fundamentação.

Isso pode ser visto como uma fragilidade, pois, em tese, permitiria a escolha de candidatos pré-indicados por razões políticas ou outras, bastando a arguição e defesa, no conselho, da prevalência de atributos com base no perfil do indicado.

²⁰¹ Vide em <https://www.embrapa.br/selecao-para-diretor-executivo> e <https://www.embrapa.br/selecao-para-presidente>.

²⁰² Vide em http://www.caixa.gov.br/Downloads/caixa-governanca/Informe_Selecao_Vice_Presidentes.pdf.

No caso da Caixa, houve a escolha de uma empresa²⁰³ para coordenar o processo seletivo, mas, mesmo assim, o sorteio poderia ter sido usado para a escolha dessa empresa e para a seleção dentre os candidatos.

Exercício:

A Lei nº 13.303/2016 poderia ser alterada, estabelecendo sistemática de seleção similar à mencionada para o preenchimento de funções de confiança e cargos em comissão com atribuição de direção ou chefia.

Assim, aquela Lei passaria a incumbir a Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, a pré-definir competências específicas e gerais a serem consideradas no provimento das funções e cargos previstos na estrutura oficial, bem como de gerir um cadastro de potenciais pretendentes às vagas que viessem a ocorrer.

Ao ser aberta uma vaga, e depois que os interessados tivessem manifestado interesse em participar de processo seletivo, seriam escolhidos, de acordo com critérios classificatórios objetivos, pré-estabelecidos, uma determinada quantidade de pretendentes por vaga, os quais passariam pelos procedimentos de avaliação e classificação (entrevista e/ou análise curricular) que viessem a ser entendidos como mais indicados.

O sorteio seria utilizado para a escolha de quem faria a entrevista ou a análise curricular, e quem seria entrevistado ou analisado.

Depois, dos cinco melhor classificados para cada vaga serem validados pelo Comitê de Exigibilidade, seriam sorteados três nomes, que seriam levados à apreciação do Conselho de Administração, para escolha final.

²⁰³ CAIXA ESCOLHE QUATRO NOVOS VICE-PRESIDENTES. Valor Econômico, 7 nov. 2018.

3. Nomeação para um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, conforme o Artigo 94 da Constituição.

Exercício: desdobrar o parágrafo único, do Artigo 94 da CF, conforme abaixo:

“§ 1º O presidente do tribunal nomeará um dos indicados mediante sorteio,

§ 2º O tribunal somente poderá recusar o sorteado pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se o sorteio até nomear-se um indicado.”

4. Nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Exercício: desdobrar o parágrafo único, do Artigo 101 da CF, conforme abaixo:

“§ 1º O presidente do tribunal nomeará, mediante sorteio, um dos constantes em lista sêxtupla composta por indicados pelo Presidente da República, pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministério Público Federal e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º O tribunal somente poderá recusar o sorteado pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se o sorteio até nomear-se um indicado.”

5. Nomeação de Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

Exercício: desdobrar o parágrafo único, do Artigo 104 da CF:

“§ 1º O presidente do tribunal nomeará, mediante sorteio, um dos indicados em lista quádrupla composta por um juiz dos Tribunais Regionais Federais, um desembargador dos Tribunais de Justiça, um membro do Ministério Público Federal por ele indicado e um membro da Ordem dos Advogados do Brasil por ela indicado.

§ 2º A escolha do juiz dos Tribunais Regionais Federais e do desembargador dos Tribunais de Justiça também dar-se-á mediante sorteio entre os cinco mais antigos e os cinco primeiros em lista de merecimento, alternadamente.

§ 2º O tribunal somente poderá recusar o sorteado pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se o sorteio até nomear-se um indicado.”

6. Nomeação de Juiz de Tribunal Regional Federal.

Exercício: alterar a redação do Artigo 107 da CF, conforme abaixo:

“Art. 107. Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, sendo brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, e:

I - um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil, e membros do Ministério Público Federal por ele indicados e com mais de dez anos de carreira;

II - os demais, mediante promoção de juízes federais com mais de cinco anos de exercício, mediante sorteio entre os cinco mais antigos e os cinco primeiros em lista de merecimento, alternadamente.

Parágrafo único. O tribunal somente poderá recusar o sorteado pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se o sorteio até nomear-se um indicado.”

7. Nomeação de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

Exercício: alterar a redação do Artigo 111-A da CF, conforme abaixo:

“Art. 111-A. O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros, escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo:

I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil, e membros do Ministério Público do Trabalho por ele indicados e com mais de dez anos de carreira;

II – os demais, escolhidos dentre juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, oriundos da magistratura da carreira, mediante sorteio entre os cinco mais antigos e os cinco primeiros em lista de merecimento, alternadamente.

Parágrafo único. O tribunal somente poderá recusar o sorteado pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se o sorteio até nomear-se um indicado.”

8. Nomeação de Juiz de Tribunal Regional do Trabalho.

Exercício: alterar a redação do Artigo 115 da CF, conforme abaixo:

“Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juízes, recrutados, quando possível, na respectiva região, sendo brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, e:

I – um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil, e membros do Ministério Público do Trabalho por ele indicados e com mais de dez anos de efetivo exercício;

II – os demais, mediante promoção de juízes do trabalho com mais de cinco anos de exercício, mediante sorteio entre os cinco mais antigos e os cinco primeiros em lista de merecimento, alternadamente.

Parágrafo único. O tribunal somente poderá recusar o sorteado pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se o sorteio até nomear-se um indicado.”

9. Nomeação de advogado para Ministro do TSE.

Exercício: alterar a redação do inciso II do Artigo 119 da CF:

“II - por nomeação do presidente do tribunal, dois juízes sorteados dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil.”

10. Nomeação de advogado para Juiz do TRE.

Exercício: alterar a redação do inciso III do Artigo 120 da CF:

“III - por nomeação do presidente do tribunal, dois juízes sorteados dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil.”

11. Nomeação do Procurador-Geral da República e dos Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios.

Exercício: alterar a redação dos parágrafos 1º e 3º do Artigo 127 da CF:

“§ 1º O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, para mandato de dois anos, permitida a recondução, mediante sorteio em lista tripla elaborada mediante votação dos integrantes da carreira.

§ 3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado mediante sorteio pelo Presidente do Tribunal do Estado ou do Distrito Federal e Territórios, para mandato de dois anos, permitida a recondução.”

12. Licitação para contratação junto a terceiros de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, ao amparo da Lei nº 8.666/1993.

Nas licitações do Governo Federal, compete a cada órgão elaborar o edital e conduzir o processo licitatório.

Apresenta-se a seguir um exercício de utilização do sorteio conjugado com os procedimentos licitatórios, mas que considera que os trabalhos atinentes às licitações seriam realizados por equipes permanentes, especializadas²⁰⁴ e vinculadas ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que celebraria um acordo de prestação de serviços com o interessado na realização da licitação.

Exercício:

Caberá ao órgão interessado, caracterizando adequadamente sua demanda, solicitar a uma equipe de licitação, selecionada por sorteio dentre as disponíveis, que elabore o edital licitatório, o qual deverá ser validado pelo demandante.

Caberá ao Ministério do Planejamento divulgar o edital e receber as eventuais impugnações, as quais deverão ser analisadas por outra equipe de licitação, também escolhida por sorteio.

Equipe de licitação diferente da que atuou na etapa anterior, escolhida por sorteio, efetuará a abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação, e sua apreciação. Também fará a devolução das propostas aos inabilitados, desde que não tenha havido recurso. Ocorrendo recurso, outra equipe (sorteio) efetuará o julgamento.

²⁰⁴ Diz Furtado (2015, p. 425) que “o maior problema na área de contratação pública não reside na legislação. Não obstante modificações se façam necessárias [...], a falta de pessoal qualificado para fiscalizar e acompanhar a execução de contratos e convênios públicos pode ser certamente elencada como um dos principais problemas no combate à fraude e aos desvios dos recursos públicos”.

A abertura dos envelopes contendo as propostas dos habilitados ficará a cargo de uma equipe (outro sorteio) que não tenha atuado na etapa anterior, assim como a verificação da conformidade de cada proposta e a desclassificação das propostas desconformes. Não havendo recurso, a mesma equipe efetuará o julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios do edital.

Tendo ocorrido recurso, outra equipe (sorteio) efetuará o seu julgamento. Após julgado o recurso, equipe de licitação diferente da que atuou na etapa anterior, escolhida por sorteio, efetuará julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital.

A homologação e adjudicação do objeto da licitação será incumbência do órgão demandante da licitação.

Para outras modalidades licitatórias, a Lei seria ajustada para recepcionar os critérios do exercício: atividades licitatórias a cargo de equipes especializadas vinculadas ao Ministério do Planejamento, cabendo a especificação, a homologação e a execução do contrato ao demandante. Ocorrendo incidente no processo, trocar e equipe especializada, tanto para a solução do incidente quanto para a continuidade do processo. Escolha das equipes especializadas sempre por sorteio.