

UNIVERSIDADE SANTA CRUZ DO SUL
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO DE MESTRADO INTER INSTITUCIONAL
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL

JORGE EMICLES PINHEIRO PAES BARRETO

**A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTITUTO JURÍDICO POLÍTICO DE COMBATE
À CORRUPÇÃO E A MATIZ DECISIONAL DOS JUÍZOS DE DIREITO DA COMARCA DE CRATO-
CE NOS CASOS DE COMBATE ÀS PATOLOGIAS CORRUPTIVAS: A CONSTRUÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE EFETIVO À CORRUPÇÃO**

Santa Cruz do Sul
2017

JORGE EMICLES PINHEIRO PAES BARRETO

**A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTITUTO JURÍDICO POLÍTICO DE COMBATE
À CORRUPÇÃO E A MATIZ DECISIONAL DOS JUÍZOS DE DIREITO DA COMARCA DE CRATO-
CE NOS CASOS DE COMBATE ÀS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS: A CONSTRUÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE EFETIVO À CORRUPÇÃO**

Dissertação de conclusão Programa Inter Intistucional de Pós Graduação stricto sensu– Mestrado promovido pela UNISC/URCA, área de concentração em Políticas Públicas de Inclusão Social, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

ORIENTADOR: Dr. Rogério Gesta Leal.

Santa Cruz do Sul
2017

JORGE EMICLES PINHEIRO PAES BARRETO

**A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO INSTITUTO JURÍDICO POLÍTICO DE COMBATE
À CORRUPÇÃO E A MATIZ DECISIONAL DOS JUÍZOS DE DIREITO DA COMARCA DE CRATO-
CE NOS CASOS DE COMBATE ÀS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS: A CONSTRUÇÃO DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE EFETIVO À CORRUPÇÃO**

Esta dissertação foi submetida ao programa de Mestrado Inter Institucional UNISC/URCA, área de concentração em Políticas Públicas de Inclusão Social, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Dr. Rogério Gesta Leal
Professor Orientador - UNISC

Janriê Rodrigues Reck
Professor membro da banca - UNISC

Vinícius Almada Mozetic
Professor membro da banca - UNOESC

Santa Cruz do Sul
2017

A Deus, pela luz da sabedoria, que ensina a calar e a falar. Há o tempo para tudo.

A Ana Luíza, pelo aprendizado da paciência e vivência da compreensão, tão necessários ao companheirismo.

A meus filhos, na companhia de quem foi mais fácil suportar as tempestades de hoje e de sempre.

RESUMO

A presente dissertação se propõe a investigar a ação de improbidade administrativa enquanto instrumento de combate às patologias corruptivas, investigando especificamente sua efetividade em um campo de estudo previamente delimitado no tempo e no espaço: o da Comarca de Crato-CE, nos últimos cinco anos. O problema que se pretende enfrentar com a investigação proposta é de analisar em que medida o instrumento jurídico da Improbidade Administrativa poder servir como mecanismo de enfrentamento da corrupção. Para tal desiderato, primeiramente serão investigadas as origens da corrupção, buscando sua gênese a partir da formação do próprio Estado moderno. Por isso se jogaram luzes sobre diferentes visões a respeito da formação desse ente. Primeiro se abordará as teorias bélicas, que compreendem o Estado como fruto de seguidas guerras. Em seguida se abordará as clássicas teorias do contrato social, claramente preferidas pelos juristas, no mesmo passo em que também se estuda as origens do direito administrativo e suas estreitas relações com os direitos fundamentais. Desse cotejo será observado que a corrupção tem suas mais estreitas raízes na própria formação do Estado, relacionando o grau com que se apresenta em cada sociedade à constituição de um sistema paralelo de direito, chamado de administração paralela. Em seguida se fará uma abordagem teórica do instituto da improbidade administrativa, dissecando suas origens no direito brasileiro, até a atual Constituição e seu respectivo regulamento; a sua natureza jurídica múltipla; os requisitos necessários à sua configuração: sujeito passivo, sujeito ativo, dano e elemento subjetivo; os tipos instituídos pela lei; as principais características de direito processual referentes à ação de improbidade administrativa, com o respectivo procedimento. Nesse passo, será investigada a possibilidade teórica de compreender a ação de improbidade administrativa enquanto uma política pública de controle das patologias corruptivas. Para tanto, serão apresentados os elementos essenciais para a compreensão de o que seja política pública, focando-se principalmente na possibilidade teórica da admissão da atuação do Poder Judiciário na formação e execução das políticas públicas, onde se exporá a compreensão firme da academia no sentido de não admitir. No máximo, segundo as autorizadas opiniões citadas no trabalho, será possível o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, mas não sua execução. Deixaremos em aberto, contudo, a possibilidade de se estabelecerem políticas públicas de controle da eficácia da atuação do Poder Judiciário. Para tanto, será necessário analisar os dados colhidos em campo. O resultado dessa análise estabelecerá a comprovação de que, pelo menos no âmbito do objeto investigado, é elevadíssimo o índice de ineficácia da ação do Poder Judiciário por intermédio da ação de improbidade administrativa no combate à corrupção. Dessa análise concluiremos pela urgente necessidade de criação de políticas públicas de controle da atuação do Poder Judiciário no combate à corrupção, principalmente por intermédio da ampliação da participação popular no âmbito da ação. Para tanto propomos a possibilidade de ampliação do rol de legitimados ativos para propor dita ação, bem como a criação de controle externo do Poder Judiciário, por meios que obriguem seus membros a prestar conta de suas atuações, justificando sempre que houver demora irrazoável na entrega da prestação jurisdicional a que está obrigado. Se trata de importante meio de democratizar-se o processo.

PALAVRAS CHAVE: Corrupção; Improbidade Administrativa; Políticas Públicas de Controle das Patologias Corruptivas.

ABSTRACT

The present thesis it is proposed to investigate the action of administrative dishonesty as instrument of combat to the corruptive pathologies, analyzing specifically its effectiveness in a field of study previously delimited in time and space at the Juridical District of Crato – Ceará, in the past five years. For such purpose, firstly will be investigated the origins of dishonesty, searching its genesis since the shaping of the Modern State itself. That is why it threw lights over different visions about the shaping of it. At first will be approach the Belic theories that comprehend the State as fruit of followed wars. Then it will be approach the classical theories of the social contract, clearly preferred by jurists, at the same time that study the beginning of the Administrative Law and its strict relation with the fundamental rights. Of this comparison will be observed that the dishonesty has more roots in the shaping of the State, related to the level that presents in each society to the constitution of a parallel system of rights, called Parallel Administration. Then will be made a theoretical approach at the institute of administrative dishonesty, dissecting its origins in the Brazilian Law, until the actual Constitution and its respective regulation; the multiple juridical nature; the necessary requirement to its configuration: passive subject, active subject, damage and subjective element; the types instituted by law; the main characteristics of the Process Law reference to the action of administrative dishonesty, with the respective procedure. At this step, will be investigated the theoretical of comprehend the action of administrative dishonesty as a public politic of control of the corruptive pathologies. Therefore, will be presented the essential elements to the understanding of what it is public politics, focusing primarily at the theoretical possibility of the actuation admission of the Juridical Power at the shaping and execution of the public politics, where it will be exposed the firm comprehension from the academy in the meaning of not admitting. Maximum, according to the authorized opinions cited at the work, will be possible the control of the public politics by the Juridical Power, but no in its execution. Will be left open, however, the possibility of establishing public politics of efficacy control in the Juridical Power acts. However, will be necessary analyze the collected dates in field The result of this analyzes will establish the proof that, at least, in the field of the studied object, its high the level of inefficacy actuation of the Juridical Power, intermediating the action of the Juridical Power in the dishonesty combat. From this analyzes we will conclude by the urgent necessity of the creation of public politics that controls the actuation of the Juridical Power in the dishonesty combat, mainly intermediated by the enlargement of the popular participation at the role of the actives legitimated to purpose this action, well as the creation of the external control of Juridical Power, by ways that obligate his members to render accounts of his actions, justifying always, what takes unreasonable time to deliver the juridical provision who is obligated at. It is an important way of democratize the process.

Key words: Corruption; Administrative Dishonesty; Public Politic of Control of the Corruptive Pathologies.

RESUMEN

La presente disertación se propone a investigar la acción de improbidad administrativa como un instrumento detentor de las patologías corruptivas, analizando específicamente su efectividad en un área de estudio previamente delimitada en el tiempo y en espacio: El distrito de Crato – Ceará, en los últimos cinco años. El problema que se hara frente es analizar en que medida el instrumento jurídico de la improbidad administrativa es un medio de hacer frente a la corrupción. Para tal deseo, primeramente serán investigados los orígenes de la corrupción, buscando desde su génesis a partir de la formación del propio Estado moderno. Por eso, fueron jugadas luces acerca de distintas visiones a respecto de la formación de ese ente. Primero, será abordada las teorías bélicas, que cobren el Estado como fruto de seguidas guerras. En seguida se abordará las clásicas teorías del contrato social, preferidas por los juristas, al mismo paso que también se estudia los orígenes del derecho administrativo y su estrecha relación con los derechos fundamentales. Así será observado que la corrupción tiene sus más estrechas raíces en la propia formación del Estado, relacionando el grado con lo que se presenta en cada sociedad a la constitución de un sistema paralelo de derecho llamado de administración paralela. Seguidamente, se hará un abordaje teórico del instituto de la improbidad administrativa, disecando sus orígenes en el derecho brasileño, hasta la actual Constitución y su respectivo reglamento la naturaleza jurídica múltiple; los requisitos necesarios a su configuración: sujeto pasivo, sujeto activo, daño y elemento subjetivo; los tipos instituidos en ley; las principales características del derecho procesal referentes a la acción de improbidad administrativa, con el respectivo procedimiento. En ese paso, se investigará la posibilidad teórica de comprender la acción de improbidad administrativa como una política pública de control de patologías corruptivas. Para tanto, serán presentados los elementos esenciales para la comprensión de lo que sea política pública, teniendo el foco principalmente en la posibilidad teórica de la admisión de la actuación del poder judicial en la formación y ejecución de las políticas públicas, donde se expondrá la firme comprensión de la academia en el sentido de no admitirlo. Como máximo, según las autorizadas opiniones citadas en el trabajo, será posible el control de las políticas públicas por el poder Judicial, pero no su ejecución. Dejaremos en abierto, sin embargo, la posibilidad de establecerse la comprobación de que, por lo menos en el ámbito del objeto investigado, es elevadísimo el índice de ineficacia de la actuación del Poder Judicial por intermedio de la acción de improbidad administrativa en el combate de la corrupción. De ese análisis, concluyese por la urgente necesidad de creación de políticas públicas de control de la actuación del poder judicial en el combate a la corrupción, principalmente por intermedio de la ampliación de la participación popular en el ámbito de la acción. Para tanto propondremos la posibilidad de ampliación de ese rol de legitimados activos para proponer dicha acción, como la creación de control externo del Poder judicial, por medios que obliguen sus miembros a prestar cuentas de sus acciones justificando siempre que exista un tardo irrazonable en la entrega de la prestación jurisdiccional de la que está obligado. Tratase de importante medio de democratizarse el proceso.

Palabras- llave: Corrupción; Improbidad Administrativa; Políticas Públicas de Control de las Patologías Corruptivas.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	09
2.	A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO, DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS	14
2.1.	A Gênese do Estado	14
2.1.1	O Estado e o Direito	14
2.1.2	A origem histórica do estado	15
2.1.3.	O contrato social	18
2.2.	A formação do direito administrativo e sua relação com os direitos fundamentais	22
2.2.1.	As origens do direito administrativo	22
2.2.2.	A função administrativa e os direitos fundamentais	27
2.3.	Novos paradigmas da administração públicas	33
2.3.1.	A legitimidade do poder político e a atuação da administração pública	33
2.3.2.	A Administração Pública e a Constituição brasileira de 1988	35
2.4.	Os vícios da atividade administrativa e as patologias corruptivas (a administração paralela)	41
2.5.	As patologias corruptivas	47
3.	A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS RELAÇÕES COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE ÀS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS	52
3.1.	O princípio da moralidade e sua importância para a compreensão das patologias corruptivas	52
3.2.	A improbidade administrativa	56
3.2.1.	Antecedentes históricos	56
3.2.2.	A natureza jurídica da improbidade administrativa	59
3.2.3.	Elementos constitutivos dos atos de improbidade administrativa	61
3.2.3.1	Sujeito passivo	61
3.2.3.2	Sujeito ativo	65
3.2.3.3	Dano	72
3.2.3.4.	Elemento subjetivo	74
3.2.4.	Tipos de improbidade administrativa	76
3.2.5.	Ação de improbidade administrativa	82
3.3.	A ação de improbidade administrativa como política pública de combate às patologias corruptivas – algumas reflexões teóricas	85
3.3.1.	O que são políticas públicas	86
3.3.2	A atuação do poder judiciário no combate das patologias corruptivas como elemento para a construção de novas políticas públicas	89
4.	APRESENTAÇÃO E CRÍTICA DOS DADOS COLETADOS NA PESQUISA DE CAMPO	93
4.1.	Considerações iniciais	93
4.2.	Breves notas históricas sobre a cidade e Comarca de Crato – CE	94
4.3.	Levantamento e principais dados das ações de improbidade administrativa que tramitam na Comarca de Crato ao longo dos últimos cinco anos	96
4.3.1.	Dados coletados na 1ª Vara Cível da Comarca de Crato – CE	98
4.3.2.	Dados coletados na 2ª Vara Cível da Comarca de Crato – CE	109
4.4.	Crítica aos dados coletados	117

4.5.	Políticas públicas de controle -----	131
5.	CONCLUSÕES -----	137
	REFERÊNCIAS -----	143

1. INTRODUÇÃO

A corrupção é sem dúvidas um dos males mais nefastos que assola a sociedade contemporânea, cujas consequências comprometem não somente a atuação estatal em todos os níveis, como também a própria credibilidade de todas as instituições. O resultado prático dela o vemos todos os dias na imprensa em geral, como também no sentimento dos cidadãos, a cada dia mais desacreditados dos valores inerentes à organização social. Não é somente o erário que é severamente desgastado pelos males da corrupção, mas igualmente é questionada a convicção de que os caminhos da democracia realmente conduzem à liberdade. Se há uma unanimidade a respeito do tema, é a certeza de que é preciso dar valente e imediato combate a este mal.

Muito embora não seja objeto de estudo exclusivo do direito, mas fenômeno do interesse de diversas outras ciências sociais, é importante o tratamento que o ordenamento jurídico nacional dá à questão. No bojo da própria Constituição Federal são estabelecidas as bases para um sistema de controle dos atos da administração pública, sendo sem dúvidas, uma das suas principais preocupações exatamente a de dar combate à corrupção. Também o legislador constituinte denotou seu zelo pelo tema ao estabelecer entre o conjunto de princípios alicerçadores da estrutura administrativa pátria o princípio da moralidade, por intermédio do qual se reafirma o valor da honestidade da conduta da atividade administrativa como essencial à sua regularidade.

Dentre os instrumentos de controle propriamente que visam enfrentar as mazelas da corrupção, encontramos a ação de improbidade administrativa, a qual mereceu referência e contornos centrais tratados diretamente na própria Carta Política. Em si mesmo, isso não representa exatamente novidade em face do ordenamento revogado, pois em outras constituições também havia reprovação aos atos praticados pelos agentes públicos que importassem em enriquecimento ilícito. A inovação encontramos na ampliação das sanções e na regulação construída pela lei ordinária, que estabelece até renovação na técnica de tipificação dos atos de improbidade administrativa.

A investigação a que nos propomos por intermédio do presente trabalho busca desvelar a importância e efetividade da ação de improbidade administrativa no combate aos atos de corrupção, jogando luzes tanto teóricas quanto práticas sobre a questão. Teoricamente se investigará a adequação técnica do instituto enquanto instrumento jurídico apto ao resultado proposto; no plano prática buscaremos investigar a sua eficácia na produção de resultados concretos para o propósito teórico.

O problema que se pretende enfrentar com a investigação proposta é de analisar em que medida o instrumento jurídico da Improbidade Administrativa pode servir como mecanismo de enfrentamento da corrupção, fazendo-se a aferição exemplificativa disto junto a ações de Improbidade Administrativa interpostas num determinado período de tempo junto à Comarca de Crato-CE.

A hipótese a ser demonstrada é a de que é possível constituir políticas públicas inovadoras, tendentes a qualificar o combate das patologias corruptivas, a partir dos casos e experiências demarcadas pelos conteúdos das ações de Improbidade Administrativas analisadas.

A investigação abarcará tanto questões pertinentes ao direito constitucional, quanto à formatação de políticas públicas, o que se coaduna com o projeto de mestrado da UNISC – Universidade Santa Cruz do Sul.

O objeto da presente pesquisa vai ao encontro da Linha de Pesquisa de Políticas Públicas de Inclusão Social, e também está relacionada às pesquisas de meu orientador, Prof. Titular Dr. Rogério Gesta Leal.

A metodologia de pesquisa utilizada, considerando que o trabalho é de natureza bibliográfica, será o hipotético-dedutivo. Já como *método de procedimento*, trabalhar-se-á com o histórico-crítico - que, procurando dar tratamento localizado no tempo à matéria objeto do estudo, pretende investigar os acontecimentos, processos e instituições do passado para verificar a sua influência na realidade de hoje.

Em termos de *técnica da pesquisa*, utilizar-se-á documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias, tais como: publicações avulsas, jornais, revistas especializadas na área da pesquisa, livros, periódicos de jurisprudência, etc., tanto nacionais como internacionais, especializados na matéria investigada.

Tendo em vista a necessidade de se estabelecer uma profunda pesquisa de campo, verificando casos práticos enquanto elementos de estudo a fim de se chegar aos resultados pretendidos, compreendemos ser necessário limitar a área de estudo, sob pena de tornar impossível a empreitada. Assim, elegemos a Comarca de Crato, localizada na região sul do Estado do Ceará, como campo de pesquisa, e as ações de improbidade administrativa em curso nos últimos cinco anos, como o tempo da análise. A escolha da área geográfica do estudo se justifica tanto pela proximidade do pesquisador com o lugar da investigação, o que é fator relevante para questões de ordem econômica, como também pela importância do lugar na história do Poder Judiciário do Ceará, pois se trata da segunda Comarca mais antiga de todo o Estado, mais moderna somente que a própria Comarca da Capital. A escolha do tempo

de estudo muito menos foi aleatória, pois levamos em conta o tempo de prescrição elegido pela Lei de Improbidade Administrativa em vigor para o estabelecimento do lapso temporal do estudo.

Para alcançarmos os resultados pretendidos, antes de nos aprofundarmos mais no estudo do instituto da improbidade administrativa, compreendemos que é relevante jogarmos luzes a respeito do próprio fenômeno da corrupção, inclusive para a finalidade de alargarmos sua compreensão para além dos limitados parâmetros produzidos pelo direito criminal, tanto que vamos preferir tratar o fenômeno com a nomenclatura de patologias corruptivas, cujo conceito ampliado será apresentado ainda no capítulo primeiro do estudo.

Para firmar a adequada compreensão a respeito dessas patologias corruptivas, entretanto, foi necessário ir ainda mais longe na investigação, razão pela qual enveredamos sobre as noções preliminares da teoria do Estado, estudo que nos revelou que as origens dessas patologias são próprias do Estado como instituição jurídica e política que é. Nesse sentido, primeiro embrenhamos nos saberes da sociologia e história, estabelecendo as bases da compreensão do Estado como fruto do processo bélico e repressivo, para depois analisarmos as premissas centrais do pensamento das teorias contratualistas, estas últimas francamente preferidas pelos teóricos do direito, sejam os mais antigos, sejam os mais modernas.

Paralelo à formação do Estado moderno, acontecido desde o declínio da idade média e formação do absolutismo, foi necessário o estabelecimento de uma cada vez mais complexa burocracia. Propriamente com a instituição do liberalismo, cujo marco central é a revolução francesa, ocorreu também a fundação tanto do direito constitucional (e com ele a primeira geração dos direitos fundamentais) quanto administrativo. Assim é que encontramos uma relação intrínseca entre a formação do Estado moderno com a fundação dos direitos constitucional e administrativo. São essas, então, as razões que nos conduziram a buscar investigar e com isso também compreender a formação de todos eles, procurando, ao final, correlaciona-los às patologias corruptivas, notadamente em que aspectos o Estado e sua superestrutura jurídica influenciou ou deu combate às mazelas da corrupção.

Nesse estudo nos deteremos por todo o primeiro capítulo do trabalho, razão porque o nominamos como A Formação do Estado Moderno, do Direito Administrativo e as Patologias Corruptivas. Ali, analisaremos cada um dos itens que compõe o título assim como as relações mútuas existente entre eles.

Somente após estabelecermos estes alicerces é que nos debruçaremos sobre o instituto da improbidade administrativa propriamente, a começar por suas origens e diversos

tratamentos que recebeu ao longo da história, momento em que exporemos as principais normas erigidas a seu respeito nas diferentes constituições nacionais, bem como o conteúdo essencial da legislação revogada a seu propósito. Tudo, para ao final chegarmos até as disposições contidas na vigente Constituição Federal, bem assim como seu regulamento em vigor.

Para o cumprimento dos objetivos traçados, buscaremos deslindar a natureza jurídica do instituto e as sanções aplicáveis a seus infratores. No âmbito da legislação ordinária, investigaremos as normas da legislação regulamentadora, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, de onde investigaremos quais seriam os elementos necessários à sua configuração, quais são as sanções previstas nessa legislação e quais são os sujeitos legitimados para propor sua aplicação. No plano processual, investigaremos em linhas centrais a natureza do procedimento e suas principais características. Após esse estudo é que pretendemos concluir a respeito da análise teórica do instituto da improbidade administrativa, basicamente para tentarmos compreender ser ou não eficaz enquanto instrumento de combate às patologias corruptivas.

Esse estudo necessariamente nos conduzirá à verificação teórica a respeito da possibilidade de compreender-se a ação de improbidade administrativa como uma política pública de combate às patologias corruptivas. Nesse sentido, jogaremos luzes sobre os conceitos básicos de políticas públicas e sua correlação com os direitos fundamentais, inclusive para buscar saber se as políticas públicas são ou não os meios hábeis de efetivação dos direitos fundamentais, ou pelo menos em que grau são necessárias a tal desiderato. Questão importante, que necessariamente terá de ser investigada no presente estudo diz respeito a se é ou não possível ao Poder Judiciário a execução de políticas públicas, ou senão, em que grau o sistema jurídico em vigor permite sua participação.

A estas questões, dedicaremos todo o segundo capítulo do estudo desenvolvido, tendo nominado o mencionado capítulo como A Ação de Improbidade Administrativa e Sua Relação com as Políticas Públicas de Combate às Patologias Corruptivas.

Enfim, estabelecidos os parâmetros teóricos indispensáveis à consecução dos objetivos traçados, nos debruçaremos sobre os casos práticos que foram objeto de nossa análise. Nesse passo dos trabalhos, a pretensão é a de verificar no âmbito do espaço e tempo investigados, se as ações de improbidade administrativa propostas respondem ou não com eficácia às pretensões traçadas no plano teórico.

Para chegarmos às conclusões almejadas, será então necessário nos debruçarmos sobre os autos das respectivas ações, de onde retiraremos as informações mais detalhadas possível,

notadamente buscando conhecer quem foram os autores das ações, em que base probatória se fundamentaram, o tempo que demoraram entre o conhecimento dos fatos e o ajuizamento da ação. No plano do Poder Judiciário, o trabalho de investigação tentará desvendar também o tempo desenvolvido em cada uma das fases do processo, as razões de eventuais atrasos, os principais óbices verificados, os índices de procedência e improcedência das demandas, bem como o de reforma das decisões de primeiro grau pela segunda instância ou mesmo pela instância especial.

Tudo isso para buscar compreender se as ações propostas foram ou não eficazes, é dizer, em que grau redundaram em punição efetiva dos infratores, se contaram com uma instrução adequadamente feita ou mesmo se desenvolveram-se em tempo razoável.

Este método, acreditamos, será capaz de trazer uma visão comparativa do instituto da improbidade administrativa, bem como da respectiva ação necessária à sua tutela, no plano teórico e prático, de onde sacaremos as críticas atinentes a respeito de sua adequação em um e outro planos. Para além disso, a comparação entre a teoria e a prática também nos revelará em que medida será necessário a implementação de medidas inovadoras a respeito da improbidade administrativa, capazes de torna-la mais efetiva, e em que grau a lei já é bem-sucedida e merecedora do reconhecimento da sociedade e da academia.

É neste passo que acreditamos será possível aferir a possibilidade ou não da hipótese levantada ao tempo do projeto de pesquisa: a da criação e implementação de políticas públicas inovadoras de controle das patologias corruptivas a partir da ação de improbidade administrativa, ou mesmo, em caso de resposta negativa, que caminhos teóricos poderão surgir desse trabalho, no sentido de verificar a possibilidade de construção de outras políticas públicas de combate à corrupção, especificando quais seriam.

A isto dedicaremos todo o terceiro capítulo do estudo, razão porque o nominaremos de Apresentação e Crítica dos Dados Coletados. Mas também já traremos um pequeno vislumbre das conclusões, trazendo algo sobre a construção de políticas públicas de controle dos atos da administração pública, e em que medida o Poder Judiciário, especialmente por intermédio da atuação nas ações de improbidade administrativa, poderá ser agente dinamizador dessa atuação, especialmente tendo em vista o novo papel conferido ao Judiciário por meio do ativismo judicial, que por sua vez é fruto da visão mais moderna a respeito da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Portanto, são sendo essas as razões que justificam e fundamentam a importância do estudo efetivado, o apresentamos à academia, na esperança de que possa de fato ser útil à construção de políticas de combate efetivo às patologias corruptivas.

2. A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO, DO DIREITO ADMINISTRATIVO E AS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS

2.1. A gênese do Estado

Muito embora a pretensão do presente estudo seja a de compreender as patologias corruptivas, seu significado, suas origens e causas, para tal desiderato será necessário se adentrar às origens do próprio Estado.

Assim é que, a partir da intrincada relação existente entre o Estado e o direito, buscaremos desvelar suas origens históricas e as relações sociais maquiadas no âmago dessa instituição, para em seguida analisarmos os diversos discursos construídos para a sua justificação, elaborados através das teorias do contrato social.

A seguir, estabeleceremos as relações entre o processo de estruturação do Estado, o surgimento do direito administrativo como ciência autônoma e sua relação com os direitos fundamentais, para somente então enfrentarmos a questão das patologias corruptivas.

2.1.1. O Estado e o direito

Quando se propôs, em seu *Arte do Direito* a trazer o conceito de direito, CARNELUTTI (2003) já no âmago de sua maturidade traduz a dificuldade de conceituar esta densa ciência. Naquela ocasião, afirmou que não faria como o jovem afoito que foi, metralhando algum conceito apreendido da academia, mas enquanto um velho, preferia conceituar a sua ciência por meio de uma comparação. Faz uso então da analogia entre o Estado e o arco, para dizer que o Estado seria como um arco, capaz de se sustentar sozinho, porém somente depois de pronto, carecendo de uma armação até este momento. Em suas palavras (CARNELUTTI, 2003, p. 14), aduz:

O povo, enquanto alcança uma certa firmeza, converte-se em Estado. Entre o povo e o Estado encontra-se a mesma diferença que entre os tijolos e o arco de uma ponte. O Estado é verdadeiramente um arco (...)

Há, sem dúvida, uma força que mantém os tijolos unidos no arco. Mas essa força não opera até que o arco termine. E como se faz para findá-lo? Eis aqui o problema. Os engenheiros sabem que o arco, enquanto constrói-se, necessita da armação. Sem armação o arco pode resistir depois de terminado; mas, antes, sem a armação não se sustentará, o arco seria lançado à terra.

Dessa comparação CARNELUTTI (2003) lança a ideia de que o arco seria o Estado e a armação o direito que o sustenta, o torna possível como projeto de obra de engenharia. Daí saca não somente a imprescindibilidade do direito para com o Estado, bem como sua provisoriedade, afirmando que em um futuro incerto, quando os homens galgarem tal condição de maturidade, será sim possível a existência de um Estado sem o direito. Até lá, contudo, tal qual o arco inacabado que precisa da armação para lhe manter erguido, enquanto ainda um projeto do que será, não.

Para o presente momento, o que nos interessa é evidenciar a intrincada relação existente entre o direito e o Estado, existindo o direito mesmo enquanto um fundamento teórico, mas também político de justificação do Estado. Conhecer a gênese do direito e do Estado conduz o investigador necessariamente a uma mesma origem comum. É essa propriamente a questão que nos parece evidente desde a comparação construída por Carnelutti. Daí também nos afigura possível compreender que a questão das patologias corruptivas, assim como os meios necessários a seu combate, é igualmente questão interligada ontologicamente à própria gênese do Estado e do direito. Por isso a relevância da abertura do presente trabalho a partir de uma visão preliminar a respeito do Estado.

2.1.2. A origem histórica do Estado

No sentido em que o vernáculo Estado é compreendido na atualidade, se trata de instituição surgida com o final da idade média e sobrevivida do absolutismo. Assim, embora desde a antiguidade clássica se possa falar de várias formas de organização política da sociedade que poderiam ser, pelo menos, rudimentos do Estado moderno (como seria o exemplo das cidades estado da Grécia e mesmo de Roma), a ciência política pacifica a compreensão de que Estado é uma instituição proveniente do período assinalado, é dizer, desde a decadência da idade medievá (SOARES, 2004).

Enquanto uma intuição ou uma noção pragmática, o Estado se nos apresenta como uma realidade irrefutável. Seria algo que sempre existiu e para sempre existirá. Uma verdadeira instituição. Já como um objeto específico de estudo, o Estado passa a ser um ente incerto, de contornos não muito claros e de origem nem tão evidente. Na obra de WEBER (1971) encontramos o que, talvez, seja a definição mais difundida de Estado, quando fala dele enquanto o monopólio da violência legítima, ao que séculos mais tarde o francês BOURDIEU (2015, p. 30) acrescenta o elemento simbólico à violência, quando especificamente comenta

ser o Estado “o ‘monopólio da violência simbólica legítima’, na medida em que o monopólio da violência simbólica é a condição da posse do exercício do monopólio da própria violência física”.

Esse clássico monopólio da violência, seja a física, seja a simbólica, representa importante elemento à compreensão do monstro etéreo que a sociologia e todas as demais ciências sociais nominam por Estado. Contudo, ainda não esclarecem o suficiente a seu respeito. Antes de chegar a qualquer compreensão prévia a seu propósito, BOURDIEU (2015) trata de desconstruir muito do que já foi dito em sede de teoria do Estado, pois afirma, ela se encontra totalmente despreendida da realidade. Primeiro que tudo, o Estado é de ser reconhecido como uma grande ficção jurídica, fruto do secular trabalho dos cientistas do direito. Foram eles que transformaram um discurso numa realidade virtual, ou jurídica, como se preferir. Assim, segundo BOURDIEU (2015, p. 66) a gênese de formação do Estado acontece desde

um certo número de agentes sociais – entre os quais, os juristas – que representam um papel eminente, em especial os detentores desse capital de recursos organizacionais que era o direito romano. Esses agentes construíram progressivamente essa coisa que chamamos de Estado, ou seja, um conjunto de recursos específicos que autorizam seus detentores a dizer o que é certo para o mundo social em conjunto, a enunciar o oficial e a pronunciar palavras que são, na verdade, ordens, porque têm atrás de si a força do oficial.

É nesse sentido que se constitui o Estado como um poder simbólico, pois antes de estabelecer o monopólio da violência física, foi necessário construir um processo de legitimação dela, que vem a ser o conteúdo da violência simbólica, algo não muito diferente do que o marxismo traduz como aparelhos ideológicos do Estado (ALTUSSER, *s.d.*).

Na busca de uma gênese para o Estado, BOURDIEU (2015) elabora uma intrincada construção teórica, desde a produção de três versões distintas dessa gênese, construindo uma nova visão a partir da interação desses diversos pontos de vista. Estas três versões, anote-se, são bem distintas dos referenciais teóricos adotados pelos juristas, contudo de relevante importância para a compreensão desse fenômeno multidisciplinar que acostumamo-nos todos a chamar simplesmente de Estado, sem maiores considerações a seu respeito.

O primeiro desses pensadores se trata do clássico Norbert ELIAS (1994), que em seu *Processo Civilizador* já havia traçado as teias de relações interdependentes que produziu o homem civilizado e culto da contemporaneidade. Na verdade, se trata do mesmo processo de formação do Estado moderno. Ensina BOURDIEU (2015) que a lição de Elias é no sentido de que a formação do Estado aconteceu pela monopolização das atividades bélicas e de arrecadação de impostos, num processo onde paulatinamente as atividades de violência e

tributação vão se acumulando nas mãos de um único agente, que no Estado absolutista viria a ser o rei, sendo desse processo belicoso que surge o Estado.

O poder, contudo, não restaria concentrado exclusivamente nas mãos do rei ou governante, pois quanto maior ele, e quanto maior for o território sobre o qual é exercido, maior também será a relação de interdependência entre senhores e súditos. Lembra a propósito que a dependência recíproca não acontece somente entre iguais, mas também entre sujeitos de posições diferentes. É essa a clássica lição de Elias estabelecida em seu processo civilizador. Por isso, explica BOURDIEU (2015, p. 185) que “Elias tem a ideia de que, à medida que o poder se concentra, em vez de haver um sujeito central no poder há uma rede de interdependência dos poderosos. Acrescenta: uma rede de interdependência de poderosos detentores de princípios de potências diferentes – religiosa, burocrática, jurídica, econômica”.

É essa rede entre os diversos agentes sociais o que reconhecemos como Estado, agora robustecido pelo manto impessoal da instituição.

O segundo pensador apresentado por BOURDIEU (2015) é Charles Tilly, que agora aborda o fenômeno do Estado sob a ótica do macro, estudando os diversos modelos que redundaram em sua formação na Europa. Seu primeiro grande mérito é o de fugir da generalidade, refutando a verdade repetida, mas não comprovada de que os exemplos inglês e francês formam o modelo universal de formação do Estado, erro no qual incorrem em geral os teóricos do Estado, excessivamente presos ao pensamento de Hobbes, Locke e Rousseau. Tilly, por seu turno, desvenda que o modelo estatal da Europa central, os casos principalmente da França e Inglaterra, é bem diverso dos Estados da Europa oriental, como é o exemplo da Rússia, Polônia e mesmo do império otomano, que por seu turno é um modelo diferente do da Europa central, como é a hipótese da Itália, esta última formada a partir de oligarquias locais extremamente fortes, verdadeiras cidades estado. Nos seus estudos, Tilly deduz que há duas forças distintas que participam na formação dos Estados, que chama de capital físico, as forças armadas, que está ligada ao Estado propriamente, ou ao governante, se se preferir e o capital econômico, ligado à cidade e seus capitalistas. Conforme seja a interação entre essas forças, com supremacia de uma sobre a outra ou mesmo equilíbrio entre ambas, diferente será a estrutura do próprio Estado. Dessa forma, apresenta BOURDIEU (2015, p. 190), a seguinte síntese, pela qual distingue as três vias principais do processo que levou à formação dos Estados europeus:

“a trajetória coercitiva, que confere primazia à concentração estatal das forças armadas (a Rússia); a trajetória capitalista, que confere primazia à concentração do capital (Veneza); a trajetória mista (a Inglaterra), em que o Estado, de formação muito

precoce, teve logo de saída de coexistir e compor com uma vasta metrópole comercial e que, por isso, representa a síntese de duas formas de acumulação”.

Nenhum dos dois pensadores referidos refuta a importância da economia na formação estatal, que é a ideia central do marxismo. Contudo nenhum deles pode ser considerado marxista na medida em que agregam a seu modelo elementos outros desconsiderados por MARX (1978) e seus seguidores, como é o caso das inter-relações pessoais de Elias. Em Tilly, soma-se à economia a própria coerção física, para concluir que são dois poderes distintos, de maneira que aqui não é a economia que constrói o monopólio da violência, mas que se alia a ele na gênese do Estado. São, por isso, claramente modelos distintos, que embora não neguem, superam o pensamento marxista.

Essa mesma ideia pode ser considerada também com relação à terceira obra apresentada por BOURDEU (2015), a de Corrigan e Sayler. O caminho proposto agora é bem diverso dos dois anteriores. A análise do Estado leva em conta o seu papel de fazer cultura, pelo que o caracterizam como “um conjunto de formas culturais”. Nas palavras de BOURDIEU (2015, p. 199),

Ali onde Elias diz “processo de civilização” (com tudo o que essa visão comporta de irreal politicamente), eles reintroduzem a função de domesticação dos dominados. Por exemplo, mostram como, no século XIX, o Estado tanto controla como integra os dominados. É a ambiguidade de todas as estruturas estatais ligadas ao Welfare State sobre as quais nunca se sabe se são instituições de controle ou de serviço; na verdade, são as duas ao mesmo tempo, controlam tanto melhor quanto servem.

Por isso, completa BOURDIEU (2015, p. 203), “o Estado não é um simples instrumento de coerção, mas um instrumento de produção e reprodução do consenso, encarregado de regulações morais”. E é para tanto que ele mesmo é um produtor da cultura, por meio da qual impõe o consenso, na maioria das vezes sem a necessidade do uso da violência física, pois por esse processo a violência simbólica lhe basta. Daí que o papel da cultura, completa BOURDIEU (2015, p. 220), é dar “aos dominantes a sensação de estarem fundamentados em sua dominação” e numa escala mundial permite aos colonizadores possuírem a consciência de “sentirem-se portadores do universal”.

2.1.3. O contrato social

Todas essas visões de Estado apresentadas por Bourdieu, através das quais agrega sua própria perspectiva, são fundamentadas na ideia central de que o Estado é fruto de seguidas

guerras, através das quais paulatinamente foram se concentrando o poder nas mãos do rei, dando origem ao chamado Estado absolutista, primeira forma concebida dele. Para esses pensadores o direito nada mais é que o discurso através do qual se legitima o poder dos vencedores dessa guerra. Bourdieu certamente diria o discurso que justifica o poder simbólico. Há, contudo, uma outra corrente de pensamento, surgida no mesmo período, é dizer, na época do iluminismo, que traduz a visão de um consenso entre os primitivos membros da sociedade, ou das teorias do contrato social, francamente preferida pelos juristas. FOUCAULT (2005) afirma em suas aulas no Collège de France que existem dois sistemas de estudo do poder e do Estado. Um, por ele preferido, que chama de guerra-repressão e outro nominado contrato-opressão, ou sistema jurídico. Todas as teorias do direito sem dúvidas são fundamentadas na ideia do contrato social. Nessa segunda série de teorias não há uma guerra que fundou o Estado, sendo ele o instrumento da opressão dos vencedores contra os vencidos e o direito o discurso justificador do poder. O que existe em comum em todas as teorias do contrato social é um consenso primordial através do qual todos, abrindo mão de parte de sua liberdade, permitem-se viver na segurança do Estado. Há vários importantes pensadores que traduzem as ideias do contrato social. Seus principais interlocutores, citados em todas as obras de referência sobre teoria do Estado, sem dúvidas são Hobbes, Locke e Rousseau.

Tendo em vista a importância desses pensadores para a unanimidade das teorias do direito e do Estado, bem como sua relevância na construção primitiva da moderna teoria da Constituição e mesmo dos direitos fundamentais, nos parece importante aferirmos algo sobre suas ideias.

A vida e a obra de Thomas Hobbes se desenrolam no mais fértil dos ambientes formados pelas ideias iluministas. Teve acesso à educação culta e a grandes pensadores de sua época, como Francis Bacon, Renè Descartes e Galileu Galilei (LEAL, 1997). Sua ideologia se construiu em defesa do poder monárquico. A ideia central de sua obra é a de que o homem natural é mal por natureza, vivendo num ambiente de profunda desconfiança mútua. Há uma guerra de todos contra todos. Muito embora reconheça, a exemplo do iluminismo em geral, a existência de direitos naturais, não compreende a possibilidade de sua efetividade, face à guerra generalizada própria do estado do homem pré-social. Nesse sentido, rompe com o pensamento grego clássico, para quem o homem é sociável por natureza. Em Hobbes, é necessário um momento de rompimento, onde o homem no estado de natureza dá lugar ao homem social. É esse o instante da fundação do Estado. Conforme ensina LEAL (1997, p. 73), “o único caminho para tornar eficaz as leis naturais, ou seja, para fazer com que os homens atuem segundo a razão, e não segundo a paixão, é a instituição de um poder tão

irresistível que torne desvantajosa a ação contrária: o Estado”. Se estabelece assim um pacto de todos com todos, o contrato social, sendo segundo o próprio HOBBS (2005, p. 103),

esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes, para falar em termos mais reverentes, daquele deus mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus imortal, a nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz no seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: *uma pessoa cujos atos uma grande multidão, através de acordos mútuos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.*

Dessa definição, retoma-se a velha máxima de Weber, do Estado como o monopólio da violência. Mas em Hobbes, também ao monstro incumbe o monopólio do direito, pois mesmo os direitos ditos por naturais somente serão efetivados mediante a mediação do Estado, promulgando-os por lei. Também não compreendia meios de se quebrar o pacto social em favor do soberano ou assembleia, pois compreendia que uma vez instituído não haveria meios de se rompê-lo (LEAL, 1997).

O também inglês John Locke constrói sua doutrina como fundamento para os interesses da aristocracia. Por isso compreendia que haviam direitos pré-existentes ao próprio Estado, os direitos naturais, reconhecendo mais sua eficácia face ao Estado e mesmo o poder de serem opostos contra as ordens do governante. O principal desses direitos naturais claramente é o direito de propriedade. O Estado para Locke nasce como um pacto por intermédio do qual se busca resguardar esses direitos civis naturais, o que em si mesmo significa um limite ao arbítrio do governo. Conforme LEAL (1997, p. 81),

se em Hobbes o Estado é a fonte do direito, não reconhecendo direitos preexistentes, mas os criando ao promulga-los; se tudo é convenção, não havendo direito efetivo fora daqueles enunciados pelo Estado; com Locke, o direito que o homem tem sobre si mesmo trará como consequência o direito sobre as coisas, mediado pelo trabalho, e desde então é naturalmente que o homem é proprietário, não graças a uma convenção.

A função do Estado aí é a de assegurar a plenitude do direito de propriedade, sendo possível a retomada do poder todas as vezes que o governante quebrar esse pacto inaugural do Estado. Conforme SARMENTO (2004), Locke cria um sistema de direitos civis, ou o da “liberdade dos modernos”, o qual basicamente buscava proteger os direitos civis contra o arbítrio do Estado, para o que o sistema da divisão de poderes era essencial.

Talvez o francês Jean-Jacques Rousseau venha a ser o mais polêmico dos teóricos do contrato social e sem dúvidas figura chave no processo que culminou na Revolução Francesa de 1789, importante marco na formatação dos direitos fundamentais. PISIER (2004, p. 81) assegura que este pensador

deu margem a uma multiplicidade de interpretações das mais contraditórias; filósofo das Luzes, cujos princípios são por ele combatidos, teórico dos direitos naturais que não poupa sarcasmos à Escola do Direito Natural, promotor de uma revolução liberal da qual ele descreve, antecipadamente, todas as taras, individualista obstinado em construir os fundamentos do coletivismo totalitário.

Sua teoria é fundamentada a partir do estudo da desigualdade entre os homens. Para ele, no estado de natureza todos os homens são essencialmente iguais, tendo a desigualdade surgido a partir da divisão de trabalho, o que é a matriz de todos os males oriundos da desigualdade moral ou política. Só então é que se estabelece o estado de guerra de que fala Hobbes, criado desde essa desigualdade estabelecida, que não é inerente ao estado de natureza. É daí que surge a necessidade de um grande pacto entre os homens, que funda a sociedade e mais tarde o próprio Estado. O pacto social cria obrigações recíprocas entre os indivíduos, mas também o dever de se submeterem aos governantes por eles mesmos escolhidos. A própria lei é fruto dessa vontade geral, que na compreensão de Rousseau deverá ser oriunda de uma primeira unanimidade (LEAL, 1997).

A principal contribuição de Rousseau sem dúvidas é marcada pela democracia, pois diversamente do que fizeram Hobbes e Locke, o francês retoma a importância do discurso democrático a partir dos antigos gregos, muito embora tenham sido as ideias de Locke as que prevaleceram, não somente porque inspiraram a independência dos Estados Unidos, mas por certo também porque eram mais convenientes aos propósitos do nascente liberalismo. Conforme afirma SARMENTO (2004, p. 22-3):

Embora as ideias de Rousseau tenham exercido grande influência em eventos como a Revolução Francesa, e possibilitado a redescoberta da democracia, esquecida desde os gregos, o fato é que, no ideário liberal, prevaleceu a visão lockeana de direitos humanos identificada com a “liberdade dos modernos”. Por muito tempo, estes direitos não eram nada mais do que deveres de abstenção do Estado, que deveria manter-se inerte para não violá-los.

De toda sorte, é com a teoria do contrato social, por seus diversos teóricos, que por certo vão bem além dos três principais aqui citados, que se estabelece as bases do Estado absolutista, centrado na figura do rei, a quem competiu primeiramente exercer a soberania, seja ela delegada espontaneamente pelos súditos, como pretendiam os teóricos do contrato

social, seja mesmo arrancada pelas armas da guerra, como afirmam os defensores do sistema guerra-repressão, já neste trabalho referenciados em Foucault. O fato é que é desde este Estado moderno que se descortina o processo de formação dos direitos fundamentais, da teoria da constituição e o próprio surgimento da administração pública, elementos imprescindíveis na abordagem da presente dissertação. É dizer, todos tem por pressuposto lógico a criação, ao termo da idade média, do chamado Estado moderno, possuindo a essência dos fundamentos levantados pelos teóricos do contrato social, cujas principais ideias e vertentes foram, mesmo que sumariamente, tratadas no presente tópico.

É a partir da formação do Estado, muito especialmente desde o advento da Revolução Francesa que se torna possível a estruturação tanto do direito constitucional, quanto do administrativo, temas abordados na seções seguintes.

2.2. A formação do direito administrativo e sua relação com os direitos fundamentais.

Estabelecidos o processo de formação do Estado moderno e sua importância não somente econômica, como também social, à formatação do mundo contemporâneo, abordaremos a seguir em que tal processo foi importante para o estabelecimento dos direitos fundamentais e a relação deles com a criação de uma nova ciência, a do direito administrativo.

2.2.1. As origens do direito administrativo

Muito embora desde as primeiras organizações da sociedade humana tenha já existido algum rudimento que seja de atividade administrativa, o direito administrativo como ciência nasce no bojo do mesmo processo que deu causa ao Estado moderno, às constituições contemporâneas e os direitos fundamentais. A lei das doze tábuas, por exemplo, já continha normas referentes à administração de Roma inscritas na tábua nona (MEIRA, 1972), o que não significa que tenha tratado de um direito administrativo, assim como também possuiu Roma mais que uma constituição sem que isso implique que lá tenha existido um direito constitucional.

A ideia tanto de uma Constituição que organize e limite o arbítrio do Estado, assim como de uma atividade administrativa regulada por esse mesmo Estado somente é concebível a partir das ideais iluministas, muito especialmente desde a obra de Montesquieu, o Espírito das Leis, momento em que concebe a ideia da tripartição dos poderes.

Hobbes, já estudado, estabelece a concepção basilar de Estado, fruto do pacto realizado pelo primitivo homem natural, conhecido amplamente como o contrato social. MONTESQUIEU (1999) vai mais além, para estabelecer a noção de que todo homem tende a abusar do poder, razão porque é necessário um sistema onde o poder detenha ao próprio poder, o que é possível com a repartição desse poder num sistema originalmente concebido como tripartite. É desde essa concepção básica que se faz possível na prática não apenas a construção de um direito constitucional, mas também do direito administrativo.

Enquanto a Constituição se preocupa com o estabelecimento dos contornos essenciais do Estado e com a afirmação do catálogo de direitos fundamentais, o direito administrativo cuida da concretização dos compromissos políticos assumidos no âmbito da Constituição permanecendo, entretanto, inelutavelmente ligados. São como duas faces da mesma moeda.

O Estado moderno, já dissemos, nasce com a superação do absolutismo, cujo processo histórico de fundação tem franca relação com a concentração de poder nas mãos do rei. Esse é o Estado de polícia, ambiente que não propiciou o desenvolvimento nem do direito administrativo nem dos direitos fundamentais. O primado da lei, já conhecido na época do absolutismo, importava no dever de o monarca respeitar as regras de direito civil. Não existia o dever de respeito por parte do rei e de seus funcionários às ordens por eles mesmos emanadas. A publicidade, esclarece MAYER (1982) é instrumento de mera formalidade, pois não existe ainda um direito público capaz de condicionar as ações do próprio Estado. Conforme esclarece o mesmo MAYER (1982, p. 56) no período compreendido como o Estado de polícia “existe efetivamente un derecho civil, un derecho penal, un derecho procesal; en una palabra: un derecho de justicia. Con relación a la administración no existen reglamentos que sean obligatorios para la autoridade frente al súbdito: no hay derecho público”.

A Revolução Francesa definitivamente é o grande marco da fundação do direito administrativo, pois foram não somente seu ideário, mas sobretudo o novo modelo de Estado inaugurado a partir dela que permitiram o surgimento dessa novel disciplina jurídica. No Estado de polícia, uma vez que todos os poderes restavam concentrados nas mãos do rei, inclusive o de avocar para si o julgamento das causas que fossem do seu interesse, não haveria qualquer meio que possibilitasse o controle dos atos estatais. O direito seria um simples instrumento de resolução dos conflitos entre particulares, jamais deles para com o Estado, pois porquanto os tribunais estivessem submetidos à autoridade da lei, o monarca não o estava (MAYER, 1982). Os ares da revolução fazem ver que a única solução possível é que “la

administración este sometida a la ley del mismo modo que los tribunales” (MAYER, 1982, p. 72). E acrescenta mais (MAYER, 1982, p. 68):

Lo que hay de nuevo es que, en lo sucesivo, esta potestade soberana universal recibe una organización específica por la cual se reviste a sí misma de formas y rasgos característicos del derecho. El derecho público no significa ya, como en el eufemismo de los antiguos doctores, una esfera en la cual, por oposición a la del derecho civil, existe derecho cuando se trata de relaciones entre Estado y súbdito. Tenemos ante nosotros el hecho de la existencia de un derecho público administrativo que se aplica a la administración, al lado de aquel que queda atribuído a las relaciones civiles.

O direito administrativo, assim, chega enquanto o meio necessário à consolidação do ideário da grande revolução, portador dos instrumentos indispensáveis à consolidação do novo sistema. No campo econômico, o liberalismo impõe a liberdade de mercado, a supremacia do privado sobre o público e em última análise a afirmação da propriedade como um direito soberano ao próprio Estado, por isso mesmo um direito natural e o de maior envergadura dentre as liberdades do homem cidadão. Os direitos fundamentais inegavelmente nascem com o deliberado propósito de assegurar essas liberdades e o direito administrativo vem enquanto o instrumento jurídico de amarra do Estado. O princípio da legalidade, grande marco do direito administrativo nessa fase, tem o significado exatamente de uma insuperável barreira contra a ação abusiva do Estado, por isso mesmo a administração somente poderá agir mediante expressa autorização da lei, muito embora o cidadão, ou o homem no âmbito do espaço privado, sempre poderá fazer tudo, desde que não expressamente proibido por ela. Quanto maiores forem os limites do Estado, maior a liberdade do mercado. É este o fundamento último do Estado de Direito, ou *Rechtsstaat*, na clássica expressão utilizada por MAYER (1982).

Assim como os ares da nova era vem desde a França até o restante da Europa continental a partir do advento da revolução burguesa de 1789, com ela também chegam as cores da nova disciplina, cujo principal fundamento encontramos já na divisão dos poderes de Montesquieu, mas também nos fundamentos da soberania de Rousseau e dos demais teóricos do contrato social. De maneira distinta, mas inegável, a escola francesa influencia a formação do direito administrativo em toda a Europa, na exata medida em que as ideias da revolução vão avançando suas fronteiras. Paradoxalmente, entretanto, CRETELLA JÚNIOR (1967) esclarece que como ciência o direito administrativo surge na Itália, através da obra de Gian Domenico Romagnosi, no ano de 1814, muito embora tenha cabido à França a inauguração da sua primeira cátedra, no ano de 1828. O surgimento mesmo do direito administrativo como

uma realidade jurídica, entretanto, novamente coube à França através da Lei 28 pluviöse do ano VIII (1800).

Os primeiros trabalhos escritos sobre a ciência eram na verdade sistematizações da legislação em vigor, que através da compilação e exegese delas buscavam compreender seu objeto. Era a chamada escola legalista. Após ela veio a escola histórico-político, por meio da qual se buscou introduzir um racionalismo no âmbito dos estudos de direito administrativo, fugindo do voluntarismo do legislador, misturando “a doutrina racional, as normas da boa administração, com o estudo da legislação positiva e dos elementos caracterizadores dos institutos jurídicos que a informam” (MELLO, 2007, p. 83). Há a escola técnico-jurídica, de marcante inspiração alemã, cuja principal característica é colocar o direito administrativo em campo paralelo ao direito civil, buscando destacar um sistema jurídico independente cuja finalidade é regular a atividade da administração pública seja internamente, seja em face de suas relações com os administrados. Por fim, destaca-se a escola lógico-formal, inaugurada pelo austríaco Adolfo Merkel, que essencialmente busca aplicar ao direito administrativo a teoria pura de Hans Kelsen, despindo assim esse ramo do direito de qualquer especulação político-social. Apesar de com isso se delimitar o direito a um elemento racional e distinto do campo da política, MELLO (2007, p. 122), adverte para o risco dessa escola, que reduz a ordem jurídica a preceitos hierárquicos, “deixando de reconhecer que a problemática das instituições jurídicas tem seu fundamento na vida social humana”.

Os direitos fundamentais estabelecidos pela Revolução Francesa, conhecidos como de primeira dimensão, são claros limites ao Estado, verdadeiras condições necessárias à prosperidade do liberalismo. As liberdades inauguradas por essa primeira geração de direitos funcionam como amarras de contenção estatal. Entretanto, conforme adverte GORDILLO (2003, p. III-23), de que adiantaria o reconhecimento universal dos direitos de propriedade, liberdade de trabalho, de ensinar e aprender “si las condiciones socioeconómicas imperantes (miséria, enfermidades, acidentes, ignorancia, vejes) excluyen permanentemente a algunos individuos de toda oportunidad de ser propietarios, trabajar libremente, o aprender y enseñar”. É a partir dessa realidade que nascem os direitos de segunda dimensão, criados através do chamado Estado do Bem-Estar, cuja concepção importa essencialmente o ideário de que o Estado, alinhado às amarradas já impostas pela dimensão anterior dos direitos fundamentais, também se incorpore de obrigações prestacionais.

Para além de fazer surgir uma nova dimensão de direitos fundamentais, os direitos sociais impuseram uma nova estrutura para o próprio Estado, que fosse capaz de tornar eficaz

o conteúdo dos novos direitos garantidos pela Constituição. Isso porque, novamente adverte GORDILLO (2003, p. III-28):

Por lo general los derechos sociales requieren para su operabilidad la implantación de todo un sistema normativo y un aparato administrativo dotado en la ley de presupuesto con recursos al efectivo, por lo que no suele ser suficiente, a los efectos jurídicos concretos de la práctica judicial, la misma inserción en la Constitución de una “garantía social”.

Essa perspectiva revela a necessidade de criação de uma nova estrutura para o aparelho do Estado a partir da afirmação dos direitos sociais de segunda dimensão, pois até então o respeito dos direitos fundamentais não exigia qualquer ação estatal, senão simplesmente se conter ao comportamento negativo cujo conteúdo já previamente havia sido estabelecido pela própria lei. Não havia assim a exigência de uma estrutura administrativa complexa para a efetividade desses direitos. Com o surgimento dos direitos de segunda dimensão, a questão muda profundamente, haja vista que agora se exigia do Estado uma complexa estrutura necessária à prestação dos serviços exigidos para a efetivação dos novos direitos fundamentais. O Estado do Bem-Estar exige uma estrutura inchada e complexa.

Quando se fala do Estado Democrático de Direito, a discussão ganha novos contornos, pois supera-se o discurso de que alguns dos direitos fundamentais são meramente programáticos, é dizer, seriam simples promessas de compromisso político do Estado, que poderiam redundar em ações concretas para um futuro a ser definido pela ação discricionária do legislador. Enquanto normas programáticas, não eram ações presentes, concretas e imediatas. Havia um limite à atuação estatal, quando nada, condicionada à reserva do possível. O novo discurso é o da efetividade e aplicação imediata dos direitos fundamentais, tal qual encontra-se disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira, o que significa a adesão do constitucionalismo nacional a este específico modelo de Estado. É na perspectiva de efetivação imediata dos direitos fundamentais, independente da atuação do legislador que ganha corpo o ativismo judiciário, pois agora caberá ao juiz, instrumentalizado por legítima interpretação da própria Constituição, garantir no caso concreto a efetividade dos direitos fundamentais, independente e mesmo contrariamente a qualquer outra norma.

Ao mesmo tempo em que o estado democrático de direito e o ativismo judiciário garantem um protagonismo do Poder Judiciário no trabalho de efetivação dos direitos fundamentais, igualmente exige uma ainda mais complexa estrutura da administração pública, panorama que sofre importantes reverses com o discurso neoliberal de diminuição do tamanho e custo do Estado.

Não é nossa pretensão nessa parte do trabalho estabelecer mais minuciosamente o conteúdo que a estrutura da administração pública possuiu ao longo da história, mas sim estabelecer um paralelismo entre essa estrutura e o modelo do Estado, ressaltando com isso ainda mais a inegável inter-relação existente entre a Constituição, quem estabelece exatamente o conteúdo e finalidades do Estado e a estrutura administrativa necessária para tornar este objetivo concreto. Daí a imprescindibilidade de se estabelecer um estudo conjunto entre os direitos fundamentais e o direito administrativo, pois como veremos na próxima seção, o exercício da função administrativa e o cumprimento do interesse público encontram-se intrinsecamente ligados à efetivação dos direitos fundamentais.

2.2.2. A função administrativa e os direitos fundamentais

É somente a partir da experimentação prática da teoria de Montesquieu, é dizer, a diluição dos poderes do Estado por órgãos e autoridades independentes, que se pode falar do direito administrativo enquanto disciplina autônoma, pois antes disso, nos tempos do absolutismo, o fato em si mesmo da concentração de todos os poderes nas mãos do rei não permitia qualquer forma de controle. Logo, não existia ambiente para o desenvolvimento de um direito administrativo. Daí, conforme insiste ENTERRÍA (1983), o surgimento dessa disciplina se liga indelevelmente tanto à Revolução Francesa quanto à teoria da tripartição dos poderes.

Logo, a primeira tarefa histórica do direito administrativo foi a de conter o arbítrio do monarca, a quem incumbia continuar exercendo a mais importante das funções do Estado, a função administrativa. Há uma clara identidade, pois, do direito administrativo com o poder executivo e sua função típica.

Apesar de nos primórdios do direito administrativo ter havido debates intensos a respeito de qual seria o objeto de estudo dessa disciplina, modernamente a questão se encontra definitivamente resolvida, pois é unânime a compreensão no sentido de que o seu objeto é exatamente a função administrativa. Antes disso, contudo, DI PIETRO (2012) historia que se discutiu se o objeto de estudo da novel ciência seria a simples interpretação das leis administrativas e as matérias afins atinentes à organização do Poder Executivo (escola exegética); o desenvolvimento dos diversos serviços públicos (escola do serviço público); o conjunto de atividades desenvolvidos pelo Poder Executivo (critério do Poder Executivo); o conjunto de normas que regra as relações entre a Administração e os administrados (critério das relações jurídicas); o sistema de princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado

para a efetivação de seus fins (critério teleológico); estes mesmos critérios, com exclusão da atividade legislativa e jurisdicional do Estado (critério negativo); ou mesmo o conjunto de princípios que rege a Administração Pública (critério da Administração Pública).

Contudo, superada a questão de qual seja o objeto de estudo, resta ainda definir mais adequadamente o significado e conteúdo desse objeto. A primeira noção de função administrativa refere-se logicamente à própria teoria de Montesquieu, que relaciona os poderes a uma função típica, cabendo assim ao poder legislativo o exercício precípua da função legislativa, ao poder judiciário o exercício precípua da função jurisdicional e ao poder executivo incumbiria a função administrativa. Quando se trata de definir as funções legislativa e executiva, tradicionalmente a doutrina consegue construir definições a partir de critérios objetivos. O mesmo não se dá com a função administrativa.

Segundo GORDILLO (2003), a principal nota de distinção das três funções principais do Estado seria o regime jurídico ao qual esteja submetido, não propriamente o poder que o realiza. Assim, conclui (GORDILLO, 2003, p. IX-9) que o que caracteriza o regime jurídico da função legislativa é exclusivamente os atos que sejam “materialmente legislativos y que además hayan sido realizados por el órgano legislativo”, excluindo assim dessa qualidade quaisquer atos eventualmente praticados pelo poder executivo ou judiciário, mesmo que materialmente se assemelhem às leis, como é o melhor exemplo dos atos regulamentares, pois uma vez que o regime jurídico ao qual se submetem sejam o do direito administrativo, jamais poderão ser tidos como atos legislativos. Por isso, o poder executivo não pratica atos legislativos, embora o poder legislativo pratique sim atos administrativos nas vezes em que não estiver exercendo sua função típica. A função jurisdicional, continua, se caracteriza como “la decisión con fuerza de verdade legal de controversias entre partes, hecha por un órgano imparcial e independiente” (GORDILLO, 2003, p. IX-13). Novamente, segundo esse entendimento, o poder executivo não exerceria em nenhuma hipótese a função jurisdicional (muito embora o poder judiciário exerça sim a função administrativa todas as vezes que não estiver exercendo sua função típica), pois nem se caracteriza como órgão imparcial, nem sua decisão é imutável, pois sempre se admitirá a revisão dos atos praticados pela administração por parte do poder judiciário. Ademais, o regime jurídico aplicado à decisão no âmbito do processo administrativo será sempre o Regime Jurídico Administrativo, nunca o do processo judicial. Esse dito raciocínio somente seria inválido no caso da França, onde existe uma jurisdição administrativa que exclui totalmente a possibilidade de revisão do ato administrativo pelo poder judiciário. Nos demais ordenamentos jurídicos da Europa, porém, prevalece válida aquela proposição. Excepcionalmente, nos casos em que a própria

Constituição assim o permita, será também possível ao poder legislativo exercer a função jurisdicional.

Em conclusão e diferente da opinião corrente a propósito, GORDILLO (2003) afirma que enquanto os poderes legislativo e judiciário exercem tanto sua função típica quanto a função administrativa, o poder executivo exerce exclusivamente a sua função típica, que é a função administrativa. ENTERRÍA (1983) por seu turno, justifica a formação histórica dos poderes legislativo e judiciário como funções novas do Estado, restando ao poder executivo as antigas atribuições enfeixadas nas mãos do rei. Por isso mesmo a necessidade de conter seu arbítrio com maior rigor, bem como a compreensão por fórmulas negativa de seu conteúdo. Assim, diz ENTERRÍA (1983, p. 24):

la administración sería toda actuación del Estado distinta de legislar o de enjuiciar (escuela alemana, desde MAYER, que reaparece insolitamente em la Ley norteamericana de Procedimiento Administrativo de 1946) criterio cuyo sentido vendría del hecho de que legislar y juzgar se habrían separado del complejo sentido de funciones del viejo Estado absoluto como simples técnicas formales, en tanto que el resto – un conglomerado o aluvión histórico, donde se mezclan funciones y competencias heterogéneas – no es reductible a ninguna técnica formal uniforme.

O dado comum que vem então caracterizar a função administrativa, para além do critério negativo já exposto, é o fato de a atividade administrativa ter como pressuposto a personalidade jurídica do Estado, pois conforme a lição de ENTERRÍA (1983, p. 26) “este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo”.

Por isso as definições de direito administrativo levam em conta tanto as atividades próprias da função administrativa como o estudo da administração pública. Assim, enquanto ENTERRÍA (1983, p. 36) define o direito administrativo como o ramo jurídico que estuda a “regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas”, GORDILLO (2003, p. IX-32) o define como “toda la actividad que realizan los órganos administrativos y la actividad que realizan los órganos legislativos y judiciales,”, excluídas suas atividades típicas e expandido às atividades próprias da função administrativa desenvolvidas também por particulares. No Brasil, igualmente as definições genericamente levam em conta esses dois elementos ou pelo menos um deles, o que ressalta a compreensão pacífica quanto ao objeto a ser estudado.

A regulação, ou estatuto de que fala ENTERRÍA (1983) tem o significado de um verdadeiro sistema jurídico, de fundamentos e princípios distintos tanto do direito comum quanto do direito processual (MAYER, 1982). A este sistema se convencionou chamar de

Regime Jurídico Administrativo, o qual antes de tudo é distinto do regime de direito privado. Conforme a lição de DROMI (2006, p. 261), “el Derecho administrativo es el régimen jurídico de la función administrativa y trata sobre el circuito jurídico del obrar administrativo”. Segundo JUSTEN FILHO (2015, p. 128), “um regime de direito administrativo pressupõe a existência de uma ordenação entre princípios, regras, diretrizes e demais espécies de normas jurídicas, de modo a reduzir (senão a eliminar) contradições”. Este sistema, que incondicionalmente tem de ser racional, possui por mais importante fundamento um conjunto de princípios que estabelecem o alicerce mais básico e essencial de todo ele.

Analisando o direito alemão, MAURER (2006, p. 78) assenta a importância dos princípios na estruturação dos alicerces gerais componentes do Regime Jurídico Administrativo, explicando que:

Por falta de regulações legais, o direito administrativo geral foi, antigamente, quase exclusivamente, e hoje, depois da promulgação da lei do procedimento administrativo, ainda é, em parte, determinado pelos *princípios gerais do direito administrativo* não-escritos, que foram desenvolvidos pela jurisprudência e doutrina do direito.

Há diversas razões para a relevância maior dos princípios no âmbito do direito administrativo, dentre as quais podemos destacar a sua origem recente, a ausência de um código, seja mesmo de uma legislação mais coerente e sistemática, fatores que conduzem à necessidade de o intérprete estabelecer aos princípios enquanto imprescindíveis elementos de coerência do sistema. Sem os princípios, o que conhecemos como direito administrativo não seria mais que um amontoado de leis e regulamentos esparsos e incoerentes. Historicamente, o que faz o direito positivo é exatamente trazer para a lei o conteúdo já previamente estabelecido pelos princípios, o que não significa dizer que os princípios sejam arbítrios introduzidos seja pela doutrina, seja pela jurisprudência. Muito pelo contrário, os princípios são identificados através do estudo sistemático dos cientistas do direito e aplicados a casos concretos pelos tribunais na medida de sua adequação a eles (MOREINA NETO, 2005). De seu turno, MAURER (2006) enfatiza que são os elementos formadores dos princípios os costumes, a concretização das normas de direito constitucional (muito notadamente os direitos fundamentais), a interpretação extensiva de regulamentos legais pré-existentes, bem como as derivações do que chama de princípios jurídicos ou normas jurídicas fundamentais, como exemplifica com o princípio da justiça. Em outras palavras, assentamos a compreensão, hoje indiscutível no âmbito dos estudos de direito administrativo, de que todo o sistema jurídico, conhecido por Regime Jurídico Administrativo, se firma e tem por elemento racional que lhe

empresta coerência e sentido um conjunto de princípios. De todos eles, assevera MELLO (2013, p. 99), o mais importante deles é o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, uma vez que é

princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Para não deixar sem referência constitucional algumas aplicações concretas especificamente dispostas na Lei Maior e pertinentes ao Direito Administrativo, basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

O dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, ensina o mesmo MELLO (2013), é a matriz da fundação de todos os outros princípios do direito administrativo, sendo estes meros consequentes racionais daquele. É por isso chamado como um supra princípio. O sentido essencial desse princípio é evidente, pois afirma que havendo choque entre o interesse público e o interesse privado, sempre o primeiro é quem deverá prevalecer. Definir por critérios objetivos o que seja interesse público, entretanto, é matéria da maior relevância e dificuldade na seara do direito administrativo, pois se trata de conceito indeterminado. Bem por isso MAURER (2006, p. 154) adverte que “a aplicação desses conceitos [jurídicos indeterminados] no caso particular requer uma valoração e, muitas vezes, também uma prognose no futuro”, o que representa perigoso campo de incertezas na aplicação desses conceitos e consequente fonte de arbítrio por parte das autoridades administrativas. Muito embora se afirme entre os estudiosos ser possível estabelecer um grau de determinação ao conceito de interesse público (CARVALHO FILHO, 2014), em geral não se apresentam elementos ou técnicas capazes de tanto. Logo, se trata de importante questão no âmbito do moderno estudo do direito administrativo a densificação notadamente do conceito de interesse público, pois isso ao mesmo tempo em que estabelecerá diretrizes de ação mais claras da função administrativa evitará a prática de abusos e concretização de atos de corrupção em geral. No que pese o mínimo avanço conquistado pela doutrina na construção de um conceito sólido, concreto e aceitável de o que seja o interesse público, a sua indeterminação fragiliza enormemente todo o sistema consagrado pelo Regime Jurídico Administrativo. Daí a necessidade de se solidificar o conceito em questão.

Na doutrina nacional, é relevante a citação à obra de JUSTEN FILHO (2015, p. 144-5) neste tópico específico. Para este autor, a densificação do conceito de interesse público se

estabelece desde a vinculação do dito conceito à efetivação dos direitos fundamentais, pois explica:

A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se, então, a um critério fundamental, que é anterior à supremacia e indisponibilidade do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.

Então, somente é possível aludir a interesse público como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo o interesse público. Mas não se legitimará em virtude da invocação a esse interesse público, e sim porque compatível com a procedimentalização da atividade administrativa e os direitos fundamentais.

Assim, o processo de concretização do direito produz seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter predeterminado (como, por exemplo, a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse público. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário, representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais reconhecidos pela comunidade. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público. Sempre em todos os casos, tal se dá mediante o reconhecimento da intangibilidade dos direitos fundamentais.

Em concordância com as lições de Justen Filho, lembramos as origens históricas do direito administrativo, inequivocamente ligadas ao processo de nascimento do direito constitucional e à própria Revolução Francesa. É dizer que foi o mesmo processo histórico que fundou tanto no plano teórico quanto na realização fática os consagrados direitos fundamentais que também trouxe à tona o nosso direito administrativo, sendo assim natural e necessário associá-lo à formação e afirmação dos ditos direitos fundamentais. Por isso mesmo, ressalta JUSTEN FILHO (2015, p. 111), que é justamente porque o interesse público busca a satisfação de interesses não egoístas, mas da coletividade, que esta função administrativa “trata-se de promover a satisfação de interesses pertinentes aos direitos fundamentais”.

Assim, como um elemento essencial ao desenvolvimento do presente trabalho, firmamos aqui um marco teórico fundado na citada obra de Justen Filho, para considerar como elemento indispensável à consolidação da noção de interesse público, toda e qualquer ação estatal, no bojo do exercício da função administrativa, tendente a efetivar os direitos fundamentais, o que significa dizer que não somente o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, mas também todo o Regime Jurídico Administrativo se fundam no imperativo, legado à Administração Pública, de efetivar os direitos fundamentais. Logo, a compreensão de todos os demais princípios do direito administrativo deverá ser firmada na mesma perspectiva, muito notadamente as ações de combate às patologias

corruptivas, francamente associadas aos desvios verificados no bojo do princípio da moralidade.

É nesse sentido que a compreensão da atividade administrativa se encontra ineludivelmente ligada ao dever do Estado de efetivar os direitos fundamentais. Por isso mesmo, na exata medida em que os direitos fundamentais vão galgando novas dimensões e por aí exigindo uma atuação cada vez mais ativa do Estado, necessariamente toda a estrutura e lógica da administração pública mudam na mesma proporção e na exata direção. Porque se não compreendermos que o fundamento de existência do Estado e a necessidade do estabelecimento de toda a complexa estrutura da Administração Pública e do próprio Regime Jurídico Administrativo é primeiramente o de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, toda a teoria da constituição e até mesmo a moderna compreensão estabelecida em torno da jurisdição constitucional, inclusive do ativismo judicial perdem completamente a razão de ser.

2.3. Novos paradigmas da administração pública

Aferido que o direito administrativo se estrutura e amolda aos contornos dos direitos fundamentais, inclusive que o sentido de interesse público se encontra ineludivelmente relacionado a ditos direitos, naturalmente os novos paradigmas estabelecidos para eles influenciam em profundidade o próprio direito administrativo.

Por esta razão, a presente seção será dedicada à análise das novas perspectivas do direito administrativo à luz do paradigma da moderna dimensão dos direitos fundamentais.

2.3.1. A legitimidade do poder político e a atuação da administração pública

Desde os gregos clássicos se ressalta a importância da política enquanto espaço de participação da coletividade. A política significa o alargamento das relações familiares. A *pólis*, ou cidade, surge desde a convivência entre várias famílias e é o espaço por excelência do público. A política, assim, se desenvolve no ambiente público, antagônico, por sua própria natureza, do espaço privado, da vida familiar. Embora modernamente esse espaço público pertença genericamente a todos, na antiguidade clássica ele era destinado aos homens livres, pois somente estes possuíam as imprescindíveis qualidades para participar do debate político. Dele estavam naturalmente excluídos os que não fossem considerados livres, seja porque não gozavam do estado de liberdade, seja porque não tivessem suficientes recursos financeiros, seja mesmo em razão do sexo. O espaço político, público e do convívio entre os

iguais era restrito por sua própria natureza (ARENDRT, 2014), assim tendo sido por toda a idade antiga, média e início da moderna, até o advento da Revolução Francesa.

Notadamente em Rousseau, se estabelece a ideia de que a soberania do Estado é fundamentada no povo, compreendido agora como o conjunto do elemento humano que compõe a base populacional do Estado. É de franca inspiração rousseauiana a norma estabelecida nas modernas constituições ocidentais de que *todo poder emana do povo*. A política, assim, segue sendo produzida no mesmo espaço público de sempre, até porque, conforme adverte BOURDIEU (2015), o público é o espaço por excelência da atuação estatal, sempre por intermédio da política e do direito. O que se modifica é a qualidade do sujeito apto à participação na política.

O liberalismo estabelecido a partir da Revolução Francesa, funda o Estado de Direito, cujo marco principal era o dever de o Estado, o soberano inclusive, obedecer ao conteúdo das leis produzidas pelo legislador. O fim da primeira guerra, assim como a influência católica e a experiência da Revolução Russa de 1917, impulsionam o ocidente, notadamente em face da crise do liberalismo, a estabelecer o Estado do Bem-Estar, associado à segunda dimensão dos direitos fundamentais. Já a traumática experiência nazista, derrotada ao termo da segunda grande guerra reestabelece em definitivo os preceitos do Estado Democrático de Direito, com a especial noção de que ao direito cabe também tutelar os interesses legítimos das minorias. Todas essas visões de Estado vão influenciar igualmente a noção e os limites da cidadania, por um lado, e a própria estrutura da administração pública.

O Estado Democrático de Direito restabelece o primado da democracia, ideia de origem grega, mas de marcante inspiração na obra de Rousseau, cuja importância houvera sido um tanto esquecida. Modernamente, a ideia de democracia se funda na representação popular, por meio do que a vontade soberana do povo é exercida por seus legítimos representantes, sejam os parlamentares, sejam mesmo os administradores. Daí, a legitimidade da representação é marco essencial para o sucesso do modelo. A questão de ordem prática está exatamente no profundo hiato verificado entre o que realmente demanda o povo e aquilo que resta decidido tanto nos plenários dos parlamentos quanto nos gabinetes dos administradores públicos. Se a legitimidade dos representantes é elemento essencial no sistema democrático, a sua quase total inexistência acaba sendo a principal razão da crise política da atualidade. Encastelar a atuação do Estado e da administração pública à atuação exclusiva de seus três poderes instituídos, na medida em que alija o cidadão, reconhecido detentor da soberania popular, das diversas deliberações da competência dos poderes e órgãos do Estado, é o principal fator de

ilegitimidade do poder estatal. Ampliar os mecanismos de participação democrática é o mais importante meio de solver a questão.

Indagando a respeito de quais seriam as causas que conduzem à perda da legitimidade da democracia contemporânea, LEAL (2006, p. 32), aduz que estariam:

(a) no processo de burocratização e caráter autoritário das administrações e parlamentos; (b) a falta de controle dos eleitores e/ou do Partido sobre os eleitores; (b) os sistemas eleitorais que distorcem a representação fraudando a vontade popular, através dos mecanismos distritais e/ou barreiras e obstáculos para partidos pequenos; (d) a falta de coerência entre projeto e programa eleitoral e a prática dos eleitores; (e) as trocas partidárias sem perda de mandato, onde o Brasil deve ser recordista mundial, resguardados pela lei; (f) a incapacidade desses sistemas garantirem a reprodução do capitalismo com legitimidade frente a evidência de ser reproduzidor da desigualdade e da exploração social.

Estas assertivas, todas empiricamente constatáveis através da simples e pura observação do cotidiano da atividade administrativa e parlamentar, de regra refratárias aos legítimos interesses dos cidadãos, quando não simplesmente alheias a quais seriam estes, põe em evidência a falácia do discurso jurídico reproduzido a partir do texto da própria Constituição, notadamente daqueles emanados dos princípios fundamentais, haja vista que ao tempo em que afirmam como essenciais valores do naipe da titularidade da soberania, da cidadania, da prevalência dos direitos humanos e outros, revelam uma prática administrativa quase que totalmente alheia a tais proposições. É daí que claramente advém a crise de legitimidade da representação política e por ela da própria democracia.

2.3.2.2. Administração Pública e a Constituição brasileira de 1988

A Constituição de 1988, através de seus princípios fundadores, mas igualmente por intermédio de todo o seu conjunto normativo, claramente funda um Estado sedimentado na ideia do Bem-Estar, é dizer, um Estado com compromisso de efetivação de direitos fundamentais, pelo menos, de segunda dimensão, mas que também afirma os de terceira. Especificamente com relação aos instrumentos de participação popular é extremamente aberta à maior democratização, seja quando estabelece entre os instrumentos da cidadania o referendo, plebiscito ou a iniciativa popular de lei, seja quando institui o respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana entre seus fundamentos, seja quando afirma em seu catálogo importantes direitos fundamentais aos cidadãos, como o direito de petição, como também as garantias para sua efetividade asseguradas no mesmo catálogo, tal é o caso da ação popular, além dos já clássicos habeas corpus, mandado de segurança e do novel mandado de injunção.

Especificamente quanto à administração pública, novamente a Constituição brasileira de 1988 estampa uma inovadora preocupação com a sua atuação em respeito e buscando a efetivação da cidadania e notadamente dos direitos fundamentais. Disso se depreende estampado inclusive pela positivação de princípios essenciais à atuação administrativa do Estado, como é o caso daqueles articulados expressamente no caput do seu art.37, mas com a mesma pujança de outros topograficamente localizados em outras passagens (como o do devido processo legal, inegavelmente aplicável à atuação administrativa e de importância capital à efetividade da democracia, muito notadamente pelo prisma da teoria de Habermas) e mesmo nos implícitos, de forçoso reconhecimento pelos intérpretes, como é o caso do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, já comentado em outra passagem.

Na perspectiva da teoria da ação comunicativa, é necessário se estabelecer uma nova leitura desses princípios, para daí concluir seu compromisso com a efetividade da democracia e mesmo com a teoria da ação comunicativa. Também a respeito dos objetivos do presente trabalho, buscaremos em seção futura dar maior nodo aos princípios da legalidade e da moralidade, com especial atenção ao último, por sua íntima relação com as patologias corruptivas e com a improbidade administrativa.

Desse conjunto de evidências, é possível concluir que a Constituição brasileira, enquanto fundamento do sistema jurídico nacional, é plenamente comprometida com a democracia participativa, admitindo sem embaraços a participação popular nas deliberações pertinentes à sua atuação administrativa. Mesmo o texto resultante da Emenda Constitucional nº 19/1995 com a afirmação do princípio da eficiência e a instituição velada da ideologia neoliberal, o que compromete a atuação da administração com os resultados e não propriamente com as demandas da sociedade.

Ainda assim, é esta mesma Emenda à Constituição que admite a possibilidade de estabelecimento de termos de parcerias ou contratos de gestão, ambos exemplos de hipóteses de participação de entes da sociedade civil organizada na atividade administrativa, o que pode ser considerado como fator positivo, que reforça a ideia da ação participativa. Outro exemplo aplaudido por LEAL (2006) é o dos diversos conselhos, relacionados à execução de diversas políticas públicas (como o conselho da mulher, do meio ambiente, da saúde, etc.) por intermédio dos quais se qualifica a efetiva atuação do cidadão nas inúmeras deliberações da administração pública. No mesmo sentido, é possível citar as audiências públicas, inclusive obrigatórias em face de específicas atividades (como obras de grande porte).

Em uma palavra, a Constituição vigente dispõe já de suficientes mecanismos que possibilitam a efetivação da ação participativa. Há mesmo um claro estímulo à participação popular da eleição, execução e controle das políticas públicas em geral, o que é importante instrumento, também, de controle das patologias corruptivas.

Não basta, contudo, que o texto constitucional afirme direitos civis e políticos, pois isso já o faziam as primitivas Constituições liberais da Europa, que tiveram na verdade o êxito de garantir a liberdade do mercado em detrimento das limitações do Estado. Mesmo em face dos direitos de segunda dimensão, ainda assim o que temos é um outro meio de dominação do mercado, ainda mais sutil, pois seu principal objetivo é o de pacificar a sociedade. Como adverte BOURDEU (2015), não se sabe bem ao certo até que ponto o Estado do Bem-Estar concede direitos ou os utiliza como método de alienação das massas. Nesse sentido também a lição de LEAL (2006, p. 163)

Diante de tal perspectiva, junto com Avritzer, podemos dizer que tão-somente a dimensão formal dos direitos civis, políticos e sociais é introduzida nos países de modernização tardia como o Brasil. Nestes casos, os direitos civis são introduzidos para facilitar a institucionalização de uma economia de mercado; os direitos políticos para facilitar a legitimação do uso da força pelo sistema político; e os direitos sociais, para facilitar a instauração de uma burocracia que estabeleça uma relação de controle e de concessão com os movimentos sociais. Ao mesmo tempo, a ampliação desses direitos e sua vigência plena serão objeto permanente de disputa entre a arena societária, representada pelos movimentos sociais, e o poder do Estado.

Sendo assim, o puro e simples trabalho do legislador em introduzir novos direitos, seja no catálogo de direitos fundamentais, seja mesmo na legislação ordinária, inferior à Constituição, não será jamais suficiente para o desiderato de efetivá-los, pois carecerão do procedimento de legitimação democrático, que inexoravelmente impõe a participação ativa da cidadania, seja diretamente por intermédio dos diversos meios de intervenção e controle, seja por intermédio da sociedade organizada, em incessante atuação da ação participativa, construindo e reconstruindo perpetuamente os discursos de justificação e aplicação dos quais já tratamos. É dizer: a condição indeclinável à legitimação da atuação da administração pública é através do processo democrático efetivamente participativo, nos moldes traçados por Habermas em sua teoria da ação participativa.

Para Habermas não apenas a democracia, como o próprio direito são legitimados a partir do debate público e racional estabelecido entre os diversos sujeitos interessados. A legitimação da atividade administrativa pressupõe esse mesmo processo. É nisso que se constitui a chamada *teoria procedimental da democracia*. Segundo LEAL (2006, p. 60), “Habermas sustenta que a deliberação pública, realizada fora do âmbito estatal, constituiria a

base de legitimação para a ação política”. Logo, o fundamento da democracia não se encontra pura e simplesmente na procedimentalização ou mesmo no debate pública, mas na efetiva participação dos diversos sujeitos interessados tanto em um quanto em outro. No caso da administração pública, o sujeito será o cidadão, que poderá atuar diretamente, mas preferivelmente por intermédio de instâncias da sociedade civil organizada. Daí que na concepção de Leal, tanto o discurso de justificação quanto o de aplicação pressupõe sempre a participação da sociedade, sob pena de restar comprometido o procedimento democrático de formação da norma. A legitimação do direito não deriva do monopólio da força, próprio do Estado (WEBER), mas da possibilidade de participação de todos no seu processo de formação. Em outras palavras, é a democracia quem legitima o direito. A propósito, ensina LEAL (2006, p. 66):

O direito só pode cumprir sua função de integração social se possuir (o sistema jurídico, os ordenamentos e as normas) um elemento de legitimidade que – por detrás de sua pura imposição coativa – necessita contar com uma aceitação/adesão dos atores sociais envolvidos e alcançados por ele. Tal legitimidade se apresenta de forma independente de sua imposição fática e depende do modo com que o Direito é forjado e se relaciona com o mundo da vida.

Apesar de formalmente democráticos, os Estados modernos tendem não a efetivar os direitos e garantias da população em geral, mas a resguardar e fortalecer os interesses do mercado, por isso a necessidade de estabelecimento de um novo paradigma democrático, fundado não na simples ocorrência regular às urnas, característica básica do direito de sufrágio, mas na efetiva participação popular. Com essa novel procedimentalização compreende LEAL (2006) que será então possível a efetivação dos direitos fundamentais, estabelecendo o conteúdo do direito de forma consensual, por intermédio do discurso de justificação, que por isso mesmo é participativo. O resultado disso será o estabelecimento de um Regime Jurídico Administrativo legítimo e acorde aos verdadeiros interesses comunitários, que por intermédio da participação conseguirá pelo menos diminuir, senão anular, a nefasta influência das elites dominantes exercidas por meio de sua ingerência nas deliberações dos três poderes clássicos.

No âmbito da administração pública, adverte LEAL (2006), existem dois problemas a serem superadas antes de efetivar o modelo de participação comunicativa: a complexidade da burocracia administrativa, aparentemente inacessível ao cidadão comum e a dicotomia entre a participação dos sujeitos sociais e a sua suposta representação institucional.

Em geral, dissemina-se a ideia de que o cidadão diretamente não possui capacidade para gerir a coisa pública, necessitando de um agente intermediário. Evoca-se razões endógenas para tanto, seja pela incapacidade do cidadão comum de compreender a linguagem técnica da administração, seja pela impossibilidade de a sociedade civil articular e desenvolver políticas públicas, o que na verdade é um discurso falacioso, próprio para justificar e manter o falido sistema representativo (LEAL, 2006).

Isso porque não existe qualquer incompatibilidade entre a participação direta do cidadão e as formas tradicionais de representação, principalmente se tivermos em conta a crise do Estado do Bem-Estar, que faz crescente a necessidade não propriamente de assistência do Estado, mas a da reinserção das pessoas na sociedade. Como ensina ZALUAR (1997, p. 32), é necessário substituir o Estado passivo de providência, pelo Estado ativo da providência, denotando a ideia de que a verdadeira tarefa do Estado contemporâneo não é a de apenas suprir as necessidades dos cidadãos, mas a de inseri-los completamente na sociedade, capacitando-os a desenvolverem por si mesmos suas potencialidades.

E para tanto é imperioso a participação conjunta dos órgãos do Estado em parceria com os da sociedade organizada, pois, ensina LEAL (2006, p. 73):

É plenamente possível [...] imaginarmos situação de cooperação entre Partidos Políticos, Parlamento, Poder Executivo e Movimentos Sociais organizados, eis que todos possuem, ao menos em tese, o mesmo móvel e objetivos: o interesse público – sempre tensional e conflituoso. A instância formal de representação comunitária pode e deve instituir um espaço permanente de interlocução com a instância formal de representação desta mesma comunidade, e deles todos com o Estado Administrador.

Para a instituição de uma administração pública participativa, nos moldes da teoria de Habermas, é preciso refundar o pacto civil do contrato social, para nele inserir a participação efetiva do cidadão e dos movimentos sociais, organizados ou não, na formatação das deliberações da administração, pois o conceito de democracia procedimentalizada de Habermas é elementar a esta possibilidade. É por intermédio desse processo eminentemente discursivo que se formará a decisão administrativa legítima. Assim é que (LEAL, 2006, p. 75):

Qualquer Administração Pública para se configurar como democrática e comunicativa precisa, então, contar/construir o maior número possível de adesão social legítima, adquirida através de ações comunicativas permanentes (tensionais e conflituosas em face de tratar de interesses eventualmente distintos) com todos os agentes envolvidos e alcançados pelo exercício do poder político – institucional ou não. Ao mesmo tempo, pelo fato das ações administrativas cotidianas comportarem pretensões e sejam de verdade proposicional, de correção ou veracidade subjetiva, devem elas satisfazer um

requisito essencial: serem suscetíveis de fundamentação e crítica constantes, retroalimentadoras do controle e depuração social.

Basicamente, a inovação aduzida por LEAL (2006) é no sentido de através do mecanismo de participação popular nas deliberações da administração pública, regularmente procedimentalizado, por meio do qual se permita a livre discussão das questões relevantes para os diversos sujeitos sociais e através do qual se estabelece um consenso racional. Se trata da aplicação para a administração pública do discurso de justificação da teoria do direito de Habermas, o que somente será possível através da democratização do processo de construção da norma integrante do Regime Jurídico Administrativo.

Nessa perspectiva, a norma isolada, ou ela estabelecida no conjunto do Regime Jurídico Administrativo, deverá ter por fator de legitimidade a sua submissão ao processo do discurso de justificação. Conseqüentemente, o direito ao qual estará submetido a administração não será mais o simples e puro arbítrio da lei, é dizer, da vontade soberana e arbitrária do Estado, mas o consenso obtido entre as pretensões dos diversos sujeitos envolvidos no fato social, ou seja, da sociedade por seus instrumentos de participação e do próprio Estado, por intermédio da administração pública.

Por tais razões [...] a Administração Pública precisa ser compreendida como processo democrático, ou seja, como o resultado de compromissos entre interesses públicos e privados concorrentes, o que implica que as regras deste processo político sejam responsáveis pela sua transparência e honestidade e sejam justificadas através dos direitos humanos e fundamentais, como da concepção republicana de uma comunidade ética institucionalizada no Estado, em que a deliberação democrática se assenta num contexto cultural que garanta a comunhão de valores objetivada, como por exemplo, no texto constitucional, enquanto pauta organizacional da civilidade. (LEAL, 2006, p. 77)

Tal proposição é possível apenas, advirta-se, na perspectiva do Estado contemporâneo, inserido no âmbito da globalização, é dizer, na hipótese de um modelo de administração que não se importe simplesmente em servir aos interesses dos governantes, mas que tenha compromisso com as necessidades da coletividade, valorando e efetivando a democracia procedimentalizada de que falamos. É dizer: a teoria da ação participativa não tem qualquer espaço de efetivação seja no modelo de Estado antigo, medievo ou absoluto, quando toda a atividade administrativa estava voltada ao atendimento dos interesses específicos do governante, nem muito menos no dos primeiros modelos de Estado moderno, quando essa mesma atividade administrativa estava voltada à atenção às necessidades do mercado.

O novo paradigma habermasiano proposto por LEAL (2006) implica na constituição de uma administração que busque o consenso entre os diversos sujeitos do fato social, é dizer a

sociedade civil por suas diferentes instâncias de participação e a própria Administração. Nesse passo, é forçoso reconhecer que a administração pública brasileira não se encontra nem de longe preparada para tal desiderato, o que se justifica principalmente a partir das raízes históricas de sua formação. Explica a este respeito LEAL (2006) que as origens da administração pública brasileira, como não poderia deixar de ser, tem direta ligação com Portugal, por sua vez de raízes medievais, ou seja, de um excessivo centralismo e complexa burocracia, radicalmente incompatíveis com qualquer espírito de participação popular. Mesmo depois da independência as raízes aristocráticas da administração pública brasileira permaneceram, seja na organização do Brasil Império, de flagrante ligações hereditárias com a coroa portuguesa, mas também após a proclamação da república, da revolução do Estado Novo e da ditadura militar dos anos sessenta. Em todas essas épocas foi sempre marcante a dominação da mesma elite remoçada em novas lideranças e mesmo em nova roupagem ideológica, mas essencialmente a mesma aristocracia das origens da colônia.

De seu turno, o Estado brasileiro sempre se voltou à defesa dos interesses dessa elite dominante e a administração público seguiu em todos esses períodos enquanto o instrumento necessário a tal desiderato. Portanto, jamais se pôde falar em uma participação cidadã nas deliberações administrativas.

Por outro lado, muito embora racionalmente ideal, na prática não se tem logrado êxito na construção de uma cidadania participativa, como em tantas vezes esta participação, ao invés de construir a legitimidade propugnada por Habermas é fator do estabelecimento de ainda maiores distorções. De todos os males verificados na realidade prática das administrações públicas, o mais grave deles sem dúvidas o encontramos nas patologias corruptivas e estas são verificadas até mesmo quando tenha havido a participação de entes da sociedade civil organizada, como propõe a teoria da ação participativa. É dizer, a pura e simples participação do cidadão e da sociedade civil organizada, por si mesmo não é capaz de garantir a plena lisura e legitimidade dos procedimentos administrativos. Pelo contrário, muitas vezes distorcem ainda mais os gravamos do sistema de direito administrativo.

Assim é que esse fenômeno carece ainda ser melhor investigado.

2.4. Os vícios da atividade administrativa (a administração paralela):

No plano teórico e ideal; no mundo da perfeição racional, ou do dever ser, temos a relevante instituição dos direitos fundamentais de um lado, que a cada nova dimensão constrói um novo e significativo rol de direitos, por meio dos quais se qualifica com maior destaque a

dignidade humana. Do outro lado, a atuação do Estado restaria definitivamente regradada e contida, sendo destinado todo o complexo arcabouço da sua estrutura à efetivação dos direitos fundamentais, seja por meio da atuação da administração pública a quem competiria prestar serviços públicos, seja mesmo por intermédio da atuação judicial, a quem caberia dentro dessa nova ordem também a efetivação dos direitos fundamentais através de sua intervenção nos casos concretos. Em teoria, portanto, estaríamos diante do modelo perfeito, em que ao mesmo tempo em que reconhece expressamente os direitos fundamentais, o Estado põe toda sua estrutura administrativa a serviço de sua efetivação. Definitivamente assim, a atuação estatal restaria plenamente destinada à garantia da dignidade dos indivíduos, o que é significativo marco de superação do velho modelo do Estado absoluto, cuja estrutura era indisfarçadamente direcionada à satisfação das necessidades do rei e de sua corte.

Na realidade fática verificada até mesmo empiricamente por todos, não é exatamente dessa maneira que sucedem as coisas. Por mais abalizado que seja o arcabouço teórico enfatizando que o ponto central de todo o sistema jurídico é não apenas a Constituição, mas o catálogo de direitos fundamentais, bem como que a razão última do Estado é a sua efetivação; por mais que os discursos políticos estabeleçam a primazia da atuação estatal na busca da satisfação de todas as necessidades humanas; por mais que se afirme a democracia enquanto mecanismo suficiente para garantir a transparência e coerência do sistema; por mais que se elaborem mecanismos de controle da atuação da administração visando prevenir os abusos, desvios e ilegalidades em geral; por mais que tudo isso seja afirmado e crido, a engenhosidade humana é ainda mais dinâmica, fazendo surgir sem números de distorções do sistema, por meio das quais inevitavelmente se flagram a atuação estatal voltada não para a concretização dos direitos fundamentais, mas para a satisfação de interesses menores, inescrupulosos e ilegítimos, seja de grupos, seja de indivíduos.

Por mais que o sistema afirme o princípio da probidade e estabeleça severos mecanismos de punição da atuação improba dos agentes do Estado, o desvirtuamento da atuação de todas as funções estatais segue sendo uma realidade a desafiar os que planteiam a teoria constitucional, assim como a prática dos administradores públicos em geral, sem falar na atuação ativista do novo modelo de Poder Judiciário. Essas desvirtudes são genericamente conhecidas por patologias corruptivas, compreendendo-as como um conceito mais elástico que os tipos de corrupção tratados no direito penal. Quaisquer desonestidades ou ações que se deslindem do conjunto de princípios formatadores da atividade administrativa são compreendidos como patologias corruptivas. A respeito da nomenclatura, seu significado e conteúdo, voltaremos na seção seguinte. Para agora, queremos chamar a atenção à esta

realidade em si mesma, que deve ser compreendida como importante fenômeno comum a todos os modelos de Estado, em todos os tempos da sociedade humana.

GORDILLO (1982) em seu *Administração Paralela*, traz importantes reflexões a respeito dessa realidade nefasta. Nesse trabalho afirma que ao lado do conjunto de regulamentos formais que estabelecem o conteúdo da atuação administrativa, existe uma prática tantas vezes avessa ao determinado na norma. O administrado que desconhece essa realidade sente dificuldades de se portar diante dela. Mas a verdade é que ela impõe os métodos de ação dos agentes e os critérios inclusive do seu desenvolvimento na carreira. Embora seja conceito elementar do sistema o da supremacia das normas constitucionais sobre todas as outras, a realidade administrativa inverte essa ordem, pois tradicionalmente se dá cumprimento a toda e qualquer lei ou regulamento, mesmo quando francamente eles contrariem regras e princípios constitucionais. Ao invés de dar combate a tais normas inquestionavelmente inconstitucionais, a administração pública simplesmente as cumpre. Embora exista formalmente um sistema de controle de legalidade e mesmo de constitucionalidade das normas, ele não funciona a contento.

Esse distanciamento do conteúdo da Constituição se reveste de muitas formas, tais como as leis que outorgam faculdades judiciais à administração, regulamentos que assumem a potestade de lei, atos que se pretendem isentos de controle judicial ou até mesmo vazios legislativos que limitam ou impedem o controle da administração. Também existem outras normas que se transmudam em inconstitucionais seja pelo excesso, seja pela irrealidade das normas que planteiam, pois é um erro pretender que a norma por si mesma seja capaz de mudar a realidade, porque ainda mais importante que elas são os valores que estejam imbuídos no povo a quem são dirigidas. A patente inconstitucionalidade dissecada por GORDILLO (1982) gera uma dupla fragilidade: de um lado se fragiliza a Constituição mesma, incapaz de reagir eficazmente diante do excesso das normas que lhe são formalmente inferiores. E também porque o sistema jurídico como um todo novamente se fragiliza, pois cai no descrédito de toda a sociedade, perdendo assim sua legitimidade.

O cidadão comum não faz distinção entre o que é ou não constitucional. Seu descrédito é dirigido para todo o conjunto do sistema e esta é a razão para o surgimento de um sistema paralelo, afirma GORDILLO (1982). A resposta mais óbvia para o enfrentamento dessa questão é o enrijecimento do sistema de sanções efetivado através do aumento das penalidades. A dimensão e complexidade da questão, contudo, fazem concluir que a solução demanda na verdade maior participação e melhor debate sobre a matéria, pois muito embora a concepção clássica seja no sentido de que somente o Estado é produtor do direito, a realidade

social apresenta uma importante série de hipóteses em que a sociedade valora de maneira diferente as normas jurídicas. É desde esse dissenso de valores que surge um sistema paralelo, ao qual GORDILLO (1982) chama de *administração paralela*. Esse para sistema não é somente jurídico, mas também social, político e econômico. Veja-se a propósito que em diversos setores da economia há uma economia formal e uma informal. Aparentemente (porque inexitem estatísticas precisas a respeito) esse fenômeno é presente em todos os modelos de Estado, porém são mais marcantes nos países pobres e autoritários. Em muitas vezes há uma fragilidade explícita e proposital da própria legislação. É dizer, o próprio Estado é cúmplice e participa do sistema paralelo, o que faz por meio de fiscais e políticos corruptos, como também através da simples omissão de sua pesada máquina. A própria burocracia é fator desencadeante da corrupção.

Tanto nos países em que exista um regulamento preciso do procedimento administrativo, quanto nos que não o possuem, a prática da administração quanto a eles é basicamente a mesma. Isso ocorre porque o que realmente funciona no procedimento administrativo não está escrito. O que se torna efetivo são as limitações aos administrados e as potestades da administração previstas nessas leis, mas não as garantias dos administrados, fazendo com que haja “normas legales que no se cumplen, y normas reales que no están en la ley” (GORDILLO, 1982, p. 51). Por outro lado, nos respectivos regulamentos, em regra há precisa indicação dos órgãos competentes para determinada decisão, enquanto na prática a decisão é fruto de influência de muitos outros agentes omitidos pela lei. Existem verdadeiras eminências pardas inseridas em toda a estrutura da administração pública, o que no mínimo derroga o dever de transparência próprio da atividade administrativa. Também, ainda sobre o procedimento administrativo, muito embora tanto as leis quanto a Constituição imponham o princípio da publicidade, a cultura hispânica e portuguesa impõe aos agentes públicos em geral a prática do silêncio, da reserva e do segredo, mesmo quando suas ações são legalmente corretas, pois o espírito que povoa seus atos é o da proteção e resguardo da administração (GORDILLO, 1982). Por isso, seguir os trâmites do procedimento administrativo rigorosamente da maneira determinada pelo regulamento faz do procedimento mais demorado que se fizer por meio dos instrumentos existentes no sistema paralelo. Toda a casta da burocracia é impregnada pelas sutilezas desse sistema paralelo. O fato é que há um conjunto de normas e princípios reais, que fazem sobrepor sua eficácia às normas vigentes, ou seja, é este o sistema da administração paralela (GORDILLO, 1982).

Há um verdadeiro sistema constitucional paralelo, pois ao lado das normas escritas da Constituição existe uma prática que inúmeras vezes ou negam vigência ao conteúdo do texto

ou afirmam regras e princípios alheios e contrários ao que está posto no sistema formal de direito constitucional. Nos governos, a pressão exercida sutilmente por personagens alheios à hierarquia administrativa igualmente cria um verdadeiro governo paralelo, absolutamente alheado aos princípios, fundamentos e objetivos da administração pública. Paralelo a essa realidade, há ainda uma metalinguagem, que em apartado dos discursos políticos e do conteúdo das normas do sistema plantea uma prática eminentemente alheia ao oficialmente afirmado e pretendido, pois enquanto os políticos afirmam princípios e projetos em público, guardam para o círculo privado da intimidade a revelação de suas verdadeiras pretensões. O próprio cidadão não mais se indigna com esse estado de coisas, na medida em que simplesmente não acredita naquilo hipocritamente apregoado nos palanques, parlamentos e palácios. É essa a linguagem de uma sociedade doente, que abre lugar para uma moral também paralela, constituída pelos valores efetivamente praticados, essencialmente inconfessos em ambiente público, fazendo nascer duas personalidades bem distintas, a que se apresenta em público e a real, revelada apenas nos círculos privados.

O sistema paralelo nasce desde a percepção de que as normas do sistema são ou irreais ou sem valor, criando assim a necessidade da construção de outra norma, a do para sistema. Esta compreensão se forma no seio das pessoas comuns, mas também dos juristas. Todas as vezes que o juiz toma uma norma constante do sistema por desvaliosa e por isso deixa de aplicá-la, ele está alimentando o para sistema, por mais bem intencionado que esteja (GORDILLO, 1982). A solução para o problema não está exatamente em arrancar-se as normas desvalorosas do sistema, pois não existirá consenso a este respeito, mas sim na prática da confecção das normas do sistema longe da obscuridade dos gabinetes, onde são formatadas, para ganhar as luzes do debate público, democrático e participativo.

O desafio está primeiro em reconhecer e depois superar a verdade de que há o direito escrito, formal, oficial e complexo, que efetivamente não é cumprido em seu todo, e mesmo não se pretende que o seja, assim como há o direito real, não escrito, muito mais complexo que o direito formal porque não se sabe bem ao certo seu conteúdo, que nem por isso é menos oficial que o outro. Um representa o ideal do que queremos ser, o outro o que somos verdadeiramente, como a dupla personalidade que os membros da sociedade (todos nós, portanto) apresentamos na dicotômica vida pública e privada que levamos, o que está em perfeita harmonia com as observações que a psicologia apresenta a respeito da personalidade humana (GORDILLO, 1982). É nessa perspectiva que se cria um para sistema jurídico, político, econômico, etc. Todos eles em última análise alimentados pela irrealidade dos regramentos formais.

Se o sistema paralelo não está formalizado e reconhecido pelo império do direito, então parecerá um sistema de normas sociais, apenas, que não possui sanções aplicáveis pelo Estado, contando apenas com as sanções sociais. Contudo, o para sistema é na realidade tão jurídico quanto o próprio sistema, inclusive porque não se antagoniza com ele, mas se aproveita na realidade das sanções por ele impostas, pois como adverte GORDILLO (1982, p. 99):

El uso que el parasistema hace del sistema reside, entre otras cosas, en que el aparato formal del Estado concurre con su mecanismo de sanciones para castigar no al que meramente viola el sistema, que casi todo el mundo lo hace, sino en verdade al que transgrede el parasistema (...) El parasistema nace así del propio sistema, de su irrealidade, de su exceso rigurista y formalista. El parasistema es tributário o dependiente del sistema exagerado; sin un sistema rigurista, formalista, absurdo, no habría lugar alguno para un parasistema que lo desconoce.

O sistema e o para sistema, assim, coabitam em razoável harmonia. Entre eles há uma espécie de simbiose. A origem do para sistema está na ideia de um sistema rígido, inflexível e irreal. É daí que nasce a necessidade do sistema paralelo. Sem um sistema irreal e irrealizável não existiria simplesmente nenhuma necessidade do para sistema, porque apesar de ser uma realidade possível, o para sistema destrói a segurança jurídica que somente é viável no âmbito do sistema formal. Há um custo econômico, social, político e mesmo jurídico cobrado pelo para sistema a toda a sociedade.

A lógica estabelecida pelo sistema é a do excessivo apego à legalidade estrita e formal. O ato legalmente acorde à lei é ato plenamente válido. O controle tomado a efeito pelos tribunais de contas e mesmo pelo Poder Judiciário é essencialmente de legalidade. Em regra, o sistema não permite que o controle externo exerça vigilância sobre a oportunidade e conveniência do ato, é dizer, sua razoabilidade, mesmo todos reconhecendo que o ato irrazoável é francamente inconstitucional (GORDILLO, 1982). Isso faz com que se produza um excessivo e intrincado número de regulamentos, que mesmo tratando em minúcias a atuação da administração, ou talvez exatamente por isso, acaba transformando o conteúdo da norma em algo irreal ou excessivo, retroalimentando o próprio para sistema, pois de nada adianta a norma ser formalmente perfeita, se o seu conteúdo não é adequado ao senso comum da coletividade que será afetada por ela.

É daí que surgem as patologias corruptivas assim como é por essa constatação que se percebe a franca inabilidade do sistema para prevenir, combater e tantas vezes até mesmo perceber os atos de corrupção, que em última análise são o câncer maior que corrói todo o aparato da Administração Pública, desqualifica o Regime Jurídico Administrativo e

desmoraliza o direito constitucional, quase que fazendo dos textos doutrinários e mananciais de leis letra morta, sem vida e sem forças para dar cabo desse mal.

Portanto, é desafio urgente construir políticas públicas eficazes de combate às patologias corruptivas. GORDILLO (1982) ressalta a importância da participação popular no enfrentamento do problema. No presente trabalho, investigaremos mais amiúde uma específica forma de controle, a improbidade administrativa.

Para tanto, ao longo da seção seguinte, aprofundaremos nossa análise sobre as patologias corruptivas, sua origem, formas e métodos de combate, a instituição de políticas públicas como método necessário de combate e a improbidade administrativa como política pública de combate a estas patologias corruptivas.

2.5. As patologias corruptivas

Corrupção se trata de vernáculo de origem latina, que traduz a ideia de rompimento, decomposição. No sentido moral, é relacionada à má gestão da coisa pública, associando-se à noção de desonestidade. Sucintamente, é possível relacionar-se as distorções tomadas a efeito pela atuação da administração pública descritas no tópico precedente à corrupção ou às patologias corruptivas, expressão de maior amplitude, por isso preferível, pois supera a simples referência aos tipos criminais associados.

Se trata de um problema presente em todos os tempos e comum a todos os modelos de Estado. Portanto, a antiguidade clássica já cuidava da questão, muito embora somente a partir do final do século passado que os estudiosos passaram a preocupar-se mais detidamente com ele. Como diz MILESKI (2015, p. 343), “o estudo das causas e consequências da corrupção remonta a, no máximo, 30 anos, quando começaram a aparecer os primeiros trabalhos envolvendo avaliações sobre em que áreas há, lícita ou ilícitamente, maiores probabilidades de serem obtidas maiores rendas”.

A preocupação com a boa administração e o necessário combate aos atos corruptivos é retomada pelos pensadores renascentistas, encontrando-se notadamente presente nas obras de Maquiavel, Hobbes, Rousseau e Montesquieu. Em Maquiavel, se estabelece a necessidade de ruptura entre o exercício do governo e a moralidade dos diversos comportamentos e condutas, confusão tão marcante no bojo do pensamento medieval. Já Hobbes enaltece as fraquezas da

personalidade humana, naturalmente voltada à procura de honras e vantagens, cabendo ao Estado a instituição de limites por intermédio do direito. Rousseau estabelece o primado de que a degeneração do Estado, assim como a das próprias pessoas, é algo inexorável à sua existência, sendo até possível se retardar o processo, mas jamais detê-lo totalmente.

Assim como o próprio Rousseau, o pensamento de Montesquieu é fundamental para a compreensão do processo histórico que fundou a Revolução Francesa e a Idade Contemporânea, só que sua obra é mais relevante para o direito que para outras ciências sociais. Por exemplo, seu *Espírito das Leis* é consagrado como a primeira obra de direito constitucional da história; sua teoria da *tripartição dos poderes* é a base da fundação do próprio direito administrativo; e, enfim, todo o pensamento moderno de direito público tem importante fundamento também em sua obra. Sobre a importância do controle da corrupção como meio de sucesso da organização do Estado também é relevante a sua contribuição. Nesse sentido, ensina LEAL (2013, p. 28-9) que:

Na mesma linha vai Montesquieu, ao sustentar que a corrupção de cada governo começa quase sempre pela corrupção dos princípios, e neste caso, *somente as leis podem corrigir a imoralidade do interesse por meio da coerção, tornando a ação humana reta no sentido de uma ética derivada da realidade efetiva das coisas, que opera no plano externo da consciência. A moral se separou da política, na modernidade, demandando ao Direito o papel de enunciação dos valores.*

[...]

Bignotto acentua esta percepção de Montesquieu esclarecendo que o autor definia a República pelo princípio da Virtude, sendo que a perda desta por parte da cidadania evidenciava sinal explícito de degradação corruptiva de todo o regime político. Ou seja, *a virtude orienta as ações dos habitantes de uma república e que, quando ela desaparece ou deixa de guiar as ações políticas, todo um conjunto de valores desaparece ou deixa de ser fundamental. Por isso, o regime se corrompe, ou perde sua identidade, expressa no mais das vezes, em suas leis fundamentais.*

Toda essa base filosófica redundava na construção do moderno Estado Democrático de Direito, nos modelos econômicos possíveis no bojo dessas organizações estatais e os próprios sistemas jurídicos conhecidos e investigados pela ciência jurídica contemporânea. No seio de tudo isso, fica evidente que toda a estrutura jurídica se compõe a partir do conceito de boa administração; honestidade no trato da coisa pública e sério repúdio aos atos corruptivos em geral. Para fins do presente estudo, abordaremos enquanto expressões sinônimas as palavras *improbidade* e *corrupção*, haja vista que tanto uma quanto outra ferem o citado primado da boa administração, sendo claros fatores de desestabilização de todo o sistema.

Segundo SÁNCHEZ (2010, p. 237), a corrupção “se trata do segundo ofício más viejo del mundo”. Como já dissemos, é mal endêmico que grassa em todas as sociedades, de todos os tempos da humanidade. Muito embora haja relevantes estudos relacionando o maior ou

menor grau de corrupção a determinadas características da sociedade, o fato é que todas as formas de organização social a conhecem. Em brilhante levantamento sobre o tema, GORCZEVSTKI (2014), afirma que em sociedades autoritárias, a corrupção é um fator de manutenção do sistema, enquanto que nas democracias, a corrupção funciona como meio de desagregação e perda de credibilidade dele. Igualmente há quem relacione a corrupção a sociedades moralmente ou economicamente menos desenvolvidas. A experiência fática, no entanto, conduz à verificação desse mal como um elemento comum a todos os povos, variando de grau apenas.

No Brasil é crescente o sentimento geral no sentido de o quanto a corrupção engessa o desenvolvimento nacional. Um dos principais problemas é que ninguém individualmente se sente atingido por ações desse jaez. A vítima desses atos é a coletividade. Ela não atinge diretamente a propriedade privada de ninguém e por isso não gera reações mais contundentes por parte da sociedade. Ninguém duvida, no entanto, o quanto a generalidade dos serviços públicos, e em geral o conjunto das demais atividades desenvolvidas no exercício da função administrativa, são comprometidas por suas práticas.

O principal fator que conduz a práticas de corrupção é talvez a falta de virtudes cívicas dos cidadãos. Quem pratica atos corruptivos o faz movido por sentimentos egoísticos, alheios aos valores comunitários, visando ao atendimento de interesses privados, somente. Mas quanto mais a sociedade adentra nas práticas de corrupção, mais são distorcidos os valores da vida em comunidade. Ela pode chegar a nível tal, que as instituições só funcionem mediante suas práticas.

Para o direito penal, a corrupção se constitui na ação de “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determina-lo a praticar ou omitir ato de ofício”. Também há outro tipo penal que criminaliza agora o agente público que recebe a vantagem ou a promessa dela. Trata-se da clássica distinção entre a corrupção ativa e passiva. Modernamente, contudo, a compreensão de o que seja a corrupção é bem mais alargada. A corrupção na verdade está relacionada ao princípio da moralidade administrativa e à má gestão do interesse público, conforme já expusemos. É dizer que sempre que os atos praticados pelos agentes públicos vão de encontro à boa gestão da coisa pública, haverá ato de corrupção. De seu turno, o princípio da moralidade é desenvolvido na seara da Constituição brasileira para dar ensejo à improbidade administrativa. Atos de improbidade, portanto, serão atos que ferem à boa administração, à moralidade e de regra serão considerados atos de corrupção. Nessa perspectiva, BITTENCOURT (2014, p. 35) conceitua a corrupção como “todo ato praticado pela administração pública direta ou indireta que, de forma intencional ou

não, cause prejuízo ao interesse público, independente de benefício próprio ou alheio do agente praticante”.

Para muito além do tratamento que o direito penal empresta à matéria, corrupção tem por matriz um complexo conjunto de fatores, somente podendo ser compreendida desde uma análise multidisciplinar, razão porque nenhuma ciência isoladamente poderá entender completamente, pelos seus próprios métodos, as diversas dimensões que envolvem as patologias corruptivas. O direito mesmo deverá analisá-la desde a contribuição de diversos de seus ramos, sejam os de direito público, sejam os de direito privado. De todos os múltiplos fatores assinalados, sem dúvidas é marcante o comprometimento à ética causado pelas práticas corruptivas, pois essencialmente as patologias corruptivas infligem seriamente os objetivos da ação estatal em todos os seus níveis, notadamente éticos. O conteúdo dessa ética pública deverá ser estabelecido pelo próprio conteúdo da lei, pois como afirma LEAL (2013, p. 56):

Todas as ações estatais (criação e desenvolvimento de políticas públicas, atos administrativos, legislativos e jurisdicionais) estão previamente determinados por alguns contornos, limites e direções estatuídos eticamente, em âmbito normativo (constitucional e infraconstitucional), ocorrendo em relação a elas, sempre e de forma continuada, o prévio exame de suas constitucionalidades e legalidades, a partir do cotejo com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito no país.

Por isso, completa LEAL (2013, p. 57):

Os atos administrativos – enquanto gênero – devem ajustar-se aos referidos princípios, eis que eles, na verdade, se afiguram como as condições de possibilidades de sua existência; são a causa ou fonte do próprio sistema jurídico e do Estado. Assim a eventual violação do que se dispõem, torna ilícitos e ilegítimos aqueles atos, matéria que pode ser aferida ou sindicada, tanto pela via administrativa, como pela jurisdicional.

As origens das patologias corruptivas, de seu turno, não restam ainda perfeitamente esclarecidas, haja vista sua ocorrência em todos os modelos de Estado, por todos os tempos da humanidade. É quase como se fosse algo inerente à própria condição humana, como pretendeu Hobbes e mesmo Rousseau em suas respectivas obras. Parte importante da questão também restou esclarecida quando se revelou as nuances da chamada administração paralela, sendo possível relacionar-se as patologias corruptivas às práticas do para sistema, seja no âmbito público, seja no privado, pois muito embora nosso evidente enfoque seja direcionado às patologias corruptivas na administração pública, ela também se apresenta no setor privado, conforme claramente aponta os estudos, entre outros de MILESKI (2015).

O apanhado geral de todas as fontes analisadas no âmbito desse estudo, contudo, levam à conclusão de que as patologias corruptivas se tratam de um fenômeno próprio à instituição do Estado. Não é exatamente o Estado, por meio de sua atividade administrativa, que é corrompido pelos homens, mas por sua própria natureza. O Estado é o próprio elemento corruptor, pois claramente é o único elo comum a todos os tempos e culturas analisados. Há, como já sabemos, corrupção no oriente e no ocidente, em todos os tempos da história humana. BOURDIEU (2015), por exemplo, quando aprofunda seus estudos sobre a gênese do Estado em suas aulas no Colège de France, vai buscar valiosos exemplos a respeito de seu objeto de estudo na corrupção praticada na China antiga.

Diferente das ideias do contrato social, francamente preferida pelos estudos jurídicos, a sociologia prefere uma gênese bélica para a formação do Estado. Nessa visão, da qual temos o melhor fundamento na obra de ELIAS (1994), o Estado é formado a partir da acumulação de poderes (bélico, econômico e simbólico) nas mãos do rei, que necessita redistribuir o objeto acumulado como forma de estabelecer e fortalecer os vínculos de que necessita para se manter no poder. Este processo cria uma série de vínculos de diferentes graus entre os vários componentes da sociedade, que em tese, são estabelecidos para fortalecer o poder do próprio rei. Acontece que, na prática, os elos intermediários da cadeia também se aproveitam dela para acumular poder. Ao mesmo tempo que isso é necessário e tolerado, é a fonte das patologias corruptivas.

Esse conjunto de inter-relações de que fala ELIAS (1994) é o que formata o Estado, da forma que os juristas o percebem. Segundo BOURDIEU (2015), pois, o Estado nada mais é que esse conjunto de relações entre diferentes sujeitos, que os hierarquiza numa escala de poder. Nesse sentido, a corrupção é algo não apenas endêmico, comum a todos os modelos de Estado, mas propriamente ontológico, é dizer, ligado à própria essência do Leviatã. Isso explica, convenhamos, não somente a evidência de que as patologias corruptivas estão presentes em todas as formas de organização estatal, como também a profunda dificuldade em combatê-las.

Isso não significa que não se deva fazer frente contra a corrupção, nem que ela se trata de um mal irremediável. As suas mazelas são profundas para a sociedade, notadamente nos países de menor desenvolvimento econômico, como é o caso brasileiro. Seu combate segue sendo mais urgente ainda. Notadamente é no campo da efetivação dos direitos fundamentais que vemos o maior prejuízo causado pela corrupção, porque há uma direta relação entre as patologias corruptivas e a não concretização desses direitos.

Portanto, é da maior importância não apenas a instituição, como principalmente a efetivação de um sistema de controle da atividade administrativa. A cidadania ativa segue sendo o mais importante desses fatores, pois é somente através da participação popular tanto nas tomadas de decisões administrativas, como na fiscalização de sua atuação concreta, que será possível, senão dar cabo, ao menos diminuir sensivelmente as práticas corruptivas.

O direito positivado, a partir do marco da própria Constituição Federal, já dá bastante ênfase a esse sistema de controle, do que devemos destacar a atuação dos tribunais de contas, do ministério público, do Poder Judiciário, mas também do próprio cidadão, individualmente ou por intermédio da sociedade organizada. Há diversas garantias tendentes a concretizar esse intento, como são o bom exemplo a ação popular e da ação civil pública, mas também o próprio direito de petição, que garante o acesso do cidadão à atuação dos órgãos de controle.

No caso do presente estudo, nos debruçaremos sob a análise da ação de improbidade administrativa como meio eficaz de controle e punição das diversas patologias corruptivas, o que é o objetivo do capítulo seguinte.

3. A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS RELAÇÕES COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE ÀS PATOLOGIAS CORRUPATIVAS

O presente capítulo será dedicado inteiramente ao estudo do instituto da improbidade administrativa e da respectiva ação, analisada enquanto um instrumento hábil a dar combate às patologias corruptivas. Ao final, analisaremos então a possibilidade teórica de se compreender dita ação enquanto uma política pública de combate à corrupção.

3.1. O princípio da moralidade e sua importância para a compreensão das patologias corruptivas

Ao mesmo tempo em que as teorias positivistas significaram importante avanço para a ciência do direito, fruto que foram da introdução do paradigma iluminista e racional, também determinaram limites ao seu desenvolvimento, notadamente quando estabeleceram o primado de que o Estado é a única fonte do direito. É esta uma das ideias centrais construídas através obra de Kelsen, mas também de todas as teorias positivistas, e que encontra raízes

ainda mais antigas no pensamento de Hobbes. Daí porque toda a estrutura do ordenamento jurídico se firma no direito positivado pelo Estado, a partir da própria Constituição.

Nessa perspectiva, o conteúdo do direito é verificado pela disposição arbitrária da lei, sem qualquer compromisso com a existência e afirmação de nenhum valor. A superação do marco das escolas positivistas, no entanto, abre o flanco para a verificação de outros elementos e fontes do direito, notadamente para a compreensão de que, por ser fruto da cultura humana, o direito necessariamente expressa também valores (BALLESTEROS, 1997).

No campo do direito administrativo, a ausência de codificação, assim como a incoerência francamente constatada nas normas esparsas que positivam seu conteúdo, naturalmente conduzem o intérprete a se socorrer do substrato dos princípios que estabelecem precisamente os valores fundamentais do sistema. Assim, apesar de já ter havido debates a respeito da relevância ou não dos princípios enquanto fonte do direito em geral, e especificamente do direito administrativo, os estudos contemporâneos francamente reconhecem sua importância para a estruturação do Regime Jurídico Administrativo (MOREIRA NETO, 2005).

Modernamente, o próprio direito positivado reconhece sua relevância, como ocorre, por exemplo, na Constituição brasileira, que tanto se refere a princípios fundamentais, como a princípios específicos da administração pública. Daí a compreensão pacífica no sentido de que todo o sistema jurídico possui nos princípios seu mais relevante fundamento, pois, conforme o ensino de ENTERRÍA (1983, p. 73), “los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas de una comunidad”.

A respeito dos princípios, é clássico já o estudo de ALEXY (2012), quando estabelece os marcos de sua teoria dos direitos fundamentais. Conforme suas lições, a norma jurídica pode ser decomposta em duas partes distintas: as regras e os princípios. Ambas, tem basicamente a mesma força imperativa de todo o direito, com a diferença do seu respectivo grau de generalidade. Conforme ALEXY (2012, p. 87), “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. Por isso chama os princípios de mandamentos de otimização. Em razão de seu alto grau de abstração, o conflito entre os princípios deve ser resolvido de maneira diversa do conflito entre as regras. Afirma ALEXY (2012) que enquanto o conflito entre as regras se resolve pelo tudo ou nada, o conflito entre os princípios permite uma ponderação, estabelecida através da aplicação da proporcionalidade. A questão posta no conflito entre princípios não é a da validade de um princípio e invalidade do outro, mas da melhor adequação de um sobre os

demais para o específico caso concreto, levando-se em conta condições de precedência de uns sobre outros. Para ele, contudo, não haverá princípio absoluto.

Muito embora princípios e valores sejam coisas distintas, os princípios afirmam valores, sendo por eles fundamentados. Os princípios estão no campo da deontologia, enquanto os valores no campo da axiologia. Como afirma MOREIRA NETO (2005, p. 74), a finalidade do princípio jurídico é a de “indicar um valor ou um fim, que devam ser genericamente alcançados, não importa em que grau satisfativo, por todas as leis”. Já ALEXY (2012, p. 153), estabelece a seguinte distinção entre princípios e valores:

A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor, é no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.

Daí se constata a relevância dos princípios para todo o direito em geral, mas notadamente para o Regime Jurídico Administrativo, pois ao mesmo tempo em que estabelece os alicerces do sistema, afirma os valores sobre os quais todas as regras deverão estar fundamentadas. A própria regra terá em sua estrutura um princípio identificável (ALEXY, 2012).

O direito brasileiro francamente homenageia esse modelo a partir da afirmação de vários princípios no próprio texto constitucional, conforme já ressaltamos. No que tange ao direito administrativo, cabe especial destaque àqueles afirmados no *caput* do art. 37 da Carta Política, mas também a outros implícitos, como são o exemplo do princípio da legalidade, entre os primeiros e da supremacia do interesse público sobre o privado, no caso do segundo grupo. Muito embora não se negue a importância do processo de positivação dos princípios, tal não significa que estes sejam estabelecidos enquanto meras arbitrariedades do legislador. A lei homenageia os princípios, não os cria propriamente (MOREIRA NETO, 2005). Por isso a advertência de ENTERRÍA (1983, p. 79), no sentido de que os princípios não se estabelecem como verdades morais, mas possuem um caráter técnico, fruto da articulação de todos os mecanismos jurídicos, sendo o seu “desarrollo y perfección fruto de la vida jurídica, un hallazgo a través del manejo de problemas concretos, y es la obra por excelência de la jurisprudência y de la doctrina, actuando en recíproca interrelación”.

Embora seja bem extenso o estudo relacionado à principiologia (aqui utilizando-nos da expressão cunhada por MOREIRA NETO, 2005), para o estudo relacionado à

improbidade administrativa, há inegável precedência do princípio da moralidade. Por essa razão, não haverá interesse, referente aos objetivos do presente trabalho, em jogar maiores luzes a respeito do conjunto de princípios que formatam as bases do Regime Jurídico Administrativo, motivo pelo qual nos limitaremos à abordagem dos aspectos mais relevantes relacionados ao princípio da moralidade, dando especial ênfase a sua relação com a identificação das patologias corruptivas e atos de improbidade administrativa.

Atribui-se a Maurício Hauriou a introdução do princípio da moralidade no sistema de direito administrativo (LEAL, 2006), e desde a sua origem mais antiga já se distinguia a prática administrativa da moral comum. No Brasil, cabe dar destaque às contribuições de Hely Lopes Meirelles e José Cretella Júnior (MOREIRA NETO, 2005). Especificamente MEIRELLES (2013, p. 180), chama a atenção à necessidade de não se confundir a moral comum, aquela da filosofia, estabelecida a partir das clássicas obras gregas, da moral administrativa, esta última uma moral jurídica. Pois, adverte:

A moral pura, quando afastada do direito positivo, envolve crenças pessoais, inclusive religiosas, que podem variar de pessoa para pessoa. Permitir que o juiz invalide ato formalmente legal da Administração sob o único fundamento de que esse ato seria imoral implica colocar o administrador público em permanente incerteza. O Judiciário poderia, sob o pretexto da moralidade, estabelecer uma ou outra prioridade para a Administração, e desta forma, acabaria intervindo no âmbito da conveniência do ato, o que não deve ser admitido dentro do sistema de separação tripartite dos Poderes.

Daí a importância em se estabelecer clara distinção entre uma e outra. Assim, ensina MOREIRA NETO (2005, p. 96) “a moral comum é orientada por uma distinção puramente ética, enquanto a moral administrativa é orientada por uma diferença prática entre boa e má administração”. Há uma direta relação entre a legalidade e a moralidade da ação administrativa, no sentido de que não basta que o ato seja formalmente conforme à lei. É necessário também que sua prática esteja de acordo com a boa administração, que não somente atenda ao interesse público, como também seja honesto. É assim que se relaciona a probidade da atuação administrativa com a moralidade da conduta. É nesse sentido que novamente MOREIRA NETO (2005, p. 96) diz que “para que o administrador público vulnere esse princípio, basta que administre mal os interesses públicos”. Por isso que a finalidade dele “é, fundamentalmente, assegurar que os atos da Administração Pública estejam sempre de acordo com esses vetores axiológicos administrativos, que sempre impõem o interesse público sobre o particular” (LEAL, 2006, p. 128).

É nisso que se encontra a essência do princípio da moralidade, no exame do direcionamento da vontade pretendida pelo agente, que será considerado contrário à

moralidade todas as vezes que se afastar do interesse público ou, genericamente, de quaisquer dos demais princípios que formam a base do sistema de direito administrativo. Claramente, o vemos atacado nos casos de desvio de finalidade onde, apesar da formal correção do ato, ele deverá ser anulado por não atender ao interesse público. Igual é a hipótese da teoria dos motivos determinantes, por onde a desconformidade da motivação apresentada com a realidade fática constatada será suficiente, novamente, para a anulação. A partir dos exemplos citados se percebe a importância da moralidade administrativa para a concretização da boa administração, inclusive na análise dos próprios elementos formadores do ato administrativo, muito especialmente o motivo que justifica sua produção no mundo jurídico, pois para que o ato praticado esteja de acordo com a moralidade administrativa, adverte GARCIA (2011, p. 93), é imperioso que guarde “uma relação harmônica entre a situação fática, a intenção do agente e o ato praticado, sendo analisado no contexto deste a motivação declinada e a finalidade almejada”.

Reversamente, todas as vezes em que o ato praticado não se conformar à essência emanada do princípio da moralidade, teremos mais que o simples descumprimento de um valor robustamente afirmado pelo sistema de direito administrativo, mas também a ocorrência de uma desonestidade, haja vista a estreita relação entre a moralidade e a boa administração; aquela que esteja conforme ao interesse público. Logo, é no âmbito do desrespeito ao princípio da moralidade que tem nascimento a improbidade administrativa, que por sua vez se relaciona às patologias corruptivas. É dizer, na mesma proporção em que a boa conduta administrativa é moral e proba, a má administração se relaciona à ideia de improbidade e desonestidade, que por sua vez são as causas últimas da corrupção.

Uma vez que o Regime Jurídico Administrativo aponta a ação de improbidade administrativa como o meio necessário ao combate ao desvirtuamento da má administração, aquela que desrespeita à moralidade administrativa, passaremos a seguir à análise desse instituto.

3.2. A Improbidade Administrativa

3.2.1. Antecedentes históricos

A preocupação com a corrupção possui memória que remonta à antiguidade clássica, havendo referências a ela ainda nos textos bíblicos. O primeiro ato de corrupção registrado na história da cultura humana pode ter sido a tentação da serpente à primeira

mulher, registrada no Gênesis. O direito grego e romano já demonstravam preocupação com a punição de atos corruptivos, conforme se apreende na obra de HUNGRIA (1959, p. 365), quando relata:

Deve-se reconhecer-se, entretanto, que a corrupção não se apresenta como um traço peculiar da época contemporânea: ela é de todos os tempos. Cita-a MONTESQUIEU como uma das causas da queda do Império Romano. Atestam a sua prática os preceitos repressivos das mais antigas legislações. A venalidade da justiça, notadamente, era objeto de severas penalidades das leis primitivas. O juiz corrupto, pela lei mosaica, era punido com a flagelação, e na Grécia com a morte. Conta a História que o rei Cambises mandou esfolar vivo um juiz venal, cuja pela foi guarnecer a cadeira onde devia sentar o seu substituto. No antigo direito romano, a pena capital era igualmente cominada aos magistrados que mercadejavam com a função. A Lei das XII Tábuas declara: “*Si judex aut arbiter jure datur ob judicandam pecuniam acceperit capite luito*”. Da corrupção cuidaram, posteriormente, as leis Calpúrnica, Servília, Cornélica e Júlia “*de repetundis*”. JUSTINIANO dizia que “*pecúnias ex officiis conquierere omnium flagitiorum principium este et finis*”. Ao que parece, entretanto, as sanções civis e cominações penais, na espécie, vieram a tornar-se *letra morta*, pois sua inanidade é demonstrada pelo fato de que, como observa SILVA FERRÃO, “houve tempo em que, na desmoralização de costumes entre os romanos, um cidadão rico estava certo de que, por maior que fosse seu crime, não era possível sofrer uma condenação: *pecuniosum hominem, quamvis sit nocens, neminem possi damnare*”.

Estes são apenas alguns exemplos da preocupação dos romanos com as práticas corruptivas. Além delas, GARCIA (2011) cita dezenas de outras leis de todas as épocas romanas que visavam dar combate à corrupção. Tal pretensão se replica também na idade média, reaparecendo com igual ênfase nos primeiros códigos penais dos Estados europeus modernos. Na França, desde as primeiras leis que sucederam a revolução, já havia clara preocupação no combate à corrupção. Novamente GARCIA (2011) faz referência, a tal respeito, à primeira Constituição francesa de 1791, que proibia o rei de nomear assessores entre os parlamentares, o que é medida impeditiva de abusos.

Nas ordenações Filipinas, que vigeram no Brasil por longos anos, se vedava o recebimento de vantagens em geral tolerando, no entanto, pequenos presentes. Na legislação nacional, desde o Código Penal de 1830 já se tipificava as patologias corruptivas, aí especificamente nos crimes de peita e suborno, mais adiante considerados como expressões sinônimas. Em todos os códigos criminais que o sucederam, houve expressa tipificação da corrupção.

No campo do direito constitucional, desde a Constituição de 1824 há a previsão do sancionamento por atos de corrupção, quando estabelecia a responsabilidade dos ministros por peita, suborno ou concussão. No entanto, instituía a irresponsabilidade do imperador, em franca adesão à doutrina absolutista em moda na Europa daquela época. Mas é somente com a

Constituição de 1946 que se estabelece uma punição mais dura e genérica, capaz de alcançar todos os agentes públicos. Ali, no seu artigo 141, determinava que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”. Disposições de mesmo conteúdo foram repetidas nas Constituições seguintes.

Muito embora inove na nomenclatura, pois os textos anteriores não tratavam da expressão improbidade administrativa, não se pode afirmar que a Constituição de 1988 tenha propriamente instituído o sancionamento desse ilícito. O que não significa que o legislador de 1988 tenha feito pouco, pois estabeleceu importantes avanços no combate às patologias corruptivas, muito especialmente através da norma esculpida em seu artigo 37, § 4º, regulado que foi pela Lei Federal 8.429/1992, dos quais trataremos mais pormenorizadamente em tópicos seguintes.

No campo da legislação infraconstitucional, anteriormente ao citado regulamento estabelecido pela lei 8.429/1992, cabe destacar os seguintes diplomas legislativos:

A pretexto de regulamentar o já citado artigo 141 da Constituição Federal de 1946, é promulgada a Lei 3.164, de 1º de junho de 1957, também denominada Lei Pitombo-Godói Ilha. É criticada por ser extremamente lacônica e de quase nenhuma efetividade, revelando o quase nenhum interesse do parlamento daquela época em estabelecer rigoroso sancionamento à corrupção.

Em 21 de dezembro de 1958, é sancionada a Lei 3.502, também denominada lei Bilac Pinto, cuja ementa disciplina que seu objeto é “regular o sequestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função”. Seus maiores avanços são a definição do sujeito ativo dos atos tipificados na lei, sob a nomenclatura de servidor público e o estabelecimento de hipóteses de configuração do enriquecimento ilícito. Critica-se, entretanto, o excessivo rigor imposto à tipificação do enriquecimento ilícito e a não previsão entre suas disposições da pena de perdimento do cargo pelo agente infrator, que permaneceria, assim, no regular exercício de suas funções até a punição por ilícito de outra natureza, como por exemplo, a condenação criminal.

O famigerado Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, amplamente divulgado como o instrumento que endureceu a ditadura militar no Brasil, implantada desde abril de 1964, dentre outras disposições, também tratou de autorizar o confisco dos bens, suspender os direitos políticos e até cassar mandatos eletivos daqueles agentes públicos que tivessem enriquecido ilicitamente. Paralelo ao elemento moralizador desse instrumento, serviu muito mais como meio de perseguição política que de combate à corrupção, inclusive porque

não permitia que o ato do Presidente da República que decretasse tal sanção fosse por qualquer fundamento revisto pelo Poder Judiciário. A guisa de regulamentar o dito Ato Institucional, foram editados o Decreto-Lei 359/1968, que criava a Comissão Geral de Investigação, cujos atos embasariam as decisões do Presidente da República, o Ato Complementar nº 42/1969, que não apenas regulamentou como também ampliou as hipóteses de confisco, o Decreto 457/1969, que regulamentou o Ato Complementar nº 42/1969, além de outras normas relacionadas aos expedientes da ditadura militar brasileira.

Não se pode também deixar de referenciar a importância da Lei da Ação Popular, Lei Federal 4.717, de 1965, por sua importância sobrelevada no controle popular dos atos praticados pelas autoridades administrativas de todos os entes, mas que não será objeto do presente estudo por enveredar em trilhas apartadas dos objetivos do presente trabalho.

Muito embora a Constituição de 1988 não tenha sido a primeira das Cartas Políticas brasileiras a se preocupar com o combate à corrupção, seu texto representa importante avanço no tratamento da matéria. Não somente porque faz referência ao dever de probidade em diversas passagens, ou mesmo porque tenha alçado o princípio da moralidade à dignidade constitucional. Mas também pela maior severidade do sancionamento dirigido ao ilícito da improbidade administrativa. Maiores ainda foram os avanços trazidos pela Lei 8.429/1992, por meio da qual se introduziram importantes novidades não somente na tipificação dos atos de improbidade, como também na técnica processual dirigida à sua apuração.

São essas questões que serão discutidas nos tópicos seguintes.

3.2.2. A natureza jurídica da improbidade administrativa

Tradicionalmente, conforme já expusemos no tópico precedente, as Constituições nacionais que trataram de dar combate mais direto aos atos de corrupção, cuidaram de apenas o enriquecimento ilícito, impondo sanções que importavam no perdimento de bens, do cargo ou função pública ocupada pelo agente e até a suspensão dos direitos políticos. De maneira mais sistematizada, a Constituição de 1988 trouxe a sanção pelos atos de improbidade administrativa em três níveis diferentes, conforme se deduz da análise da norma esculpida no artigo 37, § 4º, que assim preceitua: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Da interpretação gramatical da norma em questão, explicitamente fica evidente a

natureza política, administrativa e civil da condenação por ato de improbidade administrativa, restando entre os estudiosos a controvérsia a respeito de se possui ou não natureza criminal.

Há responsabilidade política em razão da possibilidade de suspensão dos direitos políticos. Existe uma responsabilidade administrativa na medida em que os atos de improbidade admitem o perdimento do cargo ou função pública pelo seu causador e admite-se uma responsabilidade civil na proporção em que se autoriza o perdimento de bens em razão da necessidade de ressarcir o erário.

A ordem jurídica estabelecida antes da Constituição de 1988 compreendia a natureza criminal da sanção, inclusive admitindo que no caso das autoridades sujeitas ao chamado crime de responsabilidade, não poderiam se submeter ao duplo sancionamento, um político do *impeachment* e outro jurídico, oriundo do enriquecimento sem causa. Uma parte do pensamento jurídico nacional seguiu o mesmo entendimento na seara da nova ordem constitucional, como por exemplo se observa da obra de BEZERRA FILHO (2014), para quem tanto é evidente a natureza criminal da improbidade, para cuja tipificação aplica a mesma teoria do crime consagrada nos compêndios de direito penal; quanto a possibilidade da responsabilidade política afasta a incidência da improbidade e vice-versa, é dizer, quando o sujeito não mais estiver submetido ao sancionamento político poderá então sofrer as refregas da improbidade administrativa.

JUSTEN FILHO (2015, p. 1130) também insiste na natureza penal da improbidade, “uma vez que as sanções têm cunho punitivo, traduzindo a repressão a condutas reputadas como dotadas da mais elevada gravidade, que compreendem inclusive a indisponibilidade patrimonial”. Nesse passo, não podemos deixar de lembrar que as sanções civis e administrativas também têm caráter punitivo, e que penalistas da lavra de HUNGRIA (1958) compreendem que a diferença entre os ilícitos penais e administrativos consiste na distinção do grau de reprobabilidade de uns e outros, não propriamente na natureza punitiva de apenas um deles. De toda sorte, lastreado por essa compreensão, o próprio Supremo Tribunal Federal assentou tal compreensão, quando estabeleceu nos autos da Reclamação 2.138, cujo acórdão foi publicado no DJ de 18 de abril de 2008, o seguinte entendimento: “Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade”.

Tal entendimento tem a consequência de afastar a incidência da lei de improbidade administrativa em face daqueles que também possam vir a estar submetidos ao chamado crime de responsabilidade, cujos tipos, procedimento e sanções estão previstos na já

ultrapassada, mas ainda em vigor, Lei 1.079/1950. É evidente a impunidade pretendida com tal interpretação, pois por ela, ao invés da incidência da lei geral e do julgamento pelo juiz de primeiro grau, haverá a forçosa admissão da incidência da lei especial, cujas sanções compreendem apenas a perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, sem o perdimento dos bens e atribui a competência do Poder Legislativo para julgar seus infratores nos casos ali especificados. E tudo parte da equivocada premissa, afirmada no citado julgamento do STF, no sentido de que a improbidade administrativa possui natureza criminal.

Reconhecer a natureza jurídica não criminal dos atos de improbidade administrativa, assim, possui mais que um simples interesse acadêmico, posto as consequências possíveis anotadas. Outra vez a expressão literal do texto constitucional nos parece deixar evidente a pretensão do constituinte originário em diferenciar as sanções da improbidade das criminais, especialmente quando assenta na parte final do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, que as sanções da improbidade se imporão “sem prejuízo da ação penal cabível”. Daí, há importante parte do pensamento jurídico que assegura que “o ato de improbidade, em si, não constitui crime, mas também pode caracterizá-lo” (NOHARA, 2013, p. 877), por isso mesmo que o artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa assevera que a responsabilidade pelos atos que importem em improbidade independe das sanções de outra natureza.

Por isso mesmo, o Ministro Joaquim Barbosa, no voto vencido proferido na citada Reclamação 2.138, adverte que:

à luz da Constituição Federal e da Lei nº 8.429/92, todo e qualquer servidor, efetivo ou comissionado, que cometa um ato de improbidade tal como descrito na lei, estará sujeito a ver sua conduta enquadrada numa das drásticas sanções previstas na Lei (...). Porém, se esse mesmo hipotético servidor, sem se exonerar do cargo efetivo, vier a assumir um posto ministerial e praticar a mesma conduta, a ele não se aplicarão as severas sanções da lei de improbidade, mas sim as duas únicas sanções que a responsabilidade política é suscetível: a perda do cargo público (político) e a inabilitação por oito anos para o exercício de qualquer função pública (BRASIL, 2016).

Dito assim, fica evidente que apesar dos esforços engendrados pelo intérprete no sentido de minorar a possibilidade de responsabilização dos agentes políticos em geral quando flagrados cometendo atos de improbidade, ainda assim, a interpretação sistemática da Constituição não poderá permitir tal desiderato, pois a objetividade da norma é alcançar genericamente todos os agentes públicos, sem estabelecer exceções. O que eventualmente poderá acontecer é o apenamento também por crimes comuns ou políticos, sem prejuízo de sanções de outras naturezas igualmente aplicáveis.

3.2.3. Elementos constitutivos dos atos de improbidade administrativa.

É corrente entre os estudiosos a assertiva de que é necessário a ocorrência de quatro elementos para a caracterização de um ato de improbidade. Conforme DI PIETRO (2012) estes são a) sujeito passivo, compreendido como a pessoa jurídica que pode ser vítima da improbidade; b) sujeito ativo, ou a pessoa física que poderá praticar o ato de improbidade; c) a ocorrência de dano ao patrimônio público, existindo controvérsias a respeito da natureza desse dano e d) um elemento subjetivo, debatendo-se se haverá a verificação da improbidade somente nos casos de dolo, ou se também na hipótese de culpa.

Face a relevância da verificação de todos os quatro elementos, a seguir dedicaremos mais detido olhar sobre cada um deles.

3.2.3.1. Sujeito passivo

Já no artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, estabelece o legislador a condição de que os atos de improbidade somente se configurarão em face de ações “contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”. No parágrafo único do mesmo dispositivo, acrescenta-se que se estende a qualidade de sujeito passivo dos atos de improbidade para aquelas entidades, não integrantes da administração pública indireta, que tenham recebido subvenções ou qualquer tipo de benefício.

Desta maneira, o legislador da Lei de Improbidade destacou a necessidade de que, para ser considerado sujeito passivo dos atos de improbidade, é preciso que os atos atribuídos ao sujeito ativo, tenham atingido (danado) algum dos entes que compõem a Administração Pública direta ou indireta de quaisquer dos entes federados. Assim, de pronto, são sujeitos passivos da improbidade a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, componentes formadores do pacto federado e que se qualificam como entes da administração pública direta.

No mesmo passo, são também sujeitos passivos os entes da Administração Pública indireta, inicialmente as autarquias, fundações públicas (seja as de direito público, seja as de direito privado), as empresas públicas e sociedades de economia mista. Muito

embora não constem do rol do Decreto Lei 200/1967 (que disciplina a estrutura da administração pública indireta da União), como entes da Administração indireta, também se compreende extensiva esta qualidade às chamadas entidades paraestatais, como usualmente se nomina os diversos serviços sociais (sistema “s”, como tantos o batizam), uma vez que são classificados enquanto entes da Administração indireta, como também porque a natureza dos recursos que os financiam é parafiscal. É dizer “que recebem, de modo mediato, recursos do erário” (GARCIA, 2011, p. 223).

Portanto, o elemento relevante para a caracterização do sujeito passivo dos atos de improbidade será o fato de serem financiados, mesmo que parcialmente, com recursos do erário, ainda que estes não componham diretamente o orçamento público, como é o caso das paraestatais. Por isso que estarão sujeitos às tenazes da lei de improbidade toda e qualquer pessoa jurídica que receba em qualquer quantidade verbas públicas para o atendimento de seus objetivos, mesmo que não estejam elencadas no rol dos chamados entes da Administração indireta, e até quando a quantidade de recursos não atenda integralmente suas atividades. É esse o sentido emprestado à parte final da redação do parágrafo único do artigo 1º da lei, quando aduz limitar-se “a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

Ou seja, estará sujeito ao sancionamento por improbidade administrativa todo aquele que administre recursos públicos, oriundos direta ou indiretamente do orçamento, ou ainda que provenha de contribuições parafiscais, ainda assim de natureza tributária, posto sua compulsoriedade. Porém, tal responsabilidade será limitada ao montante dos recursos públicos objeto do dano. Exemplificativamente, os diretores de uma ONG (Organização não Governamental) que tenham desviado recursos oriundos da arrecadação de doação proveniente de particulares não respondem por improbidade, mas por crimes comuns, capitulados na lei penal e até estarão sujeitos à responsabilidade civil, apurada na forma do direito privado. Responderiam por improbidade, entretanto, se os recursos todos, ou partes deles, fossem objeto de repasse do poder público em razão de algum convênio. Nesse último caso, responderiam exclusivamente a título de improbidade pela parte dos recursos públicos desviados. No mais, há a incidência apenas da lei penal. E ainda: quando configurada a improbidade, também incidirá a lei penal, haja vista a natureza jurídica não penal da improbidade administrativa.

Nos trabalhos doutrinários discute-se ainda a respeito da possibilidade ou não de vir a ser sujeito passivo de improbidade específicas pessoas jurídicas, justificando-se mais algumas considerações a respeito delas.

Embora sejam pessoas de direito privado que não integram o quadro de entes da Administração Pública indireta, os sindicatos claramente podem ser sujeitos passivos da improbidade administrativa. Seja porque sua formação encontra-se ainda hoje francamente atrelada à burocracia estatal, uma vez que seu funcionamento prescinde de autorização do Ministério do Trabalho e seus estatutos necessitam estar depositados também no referido órgão; seja mais ainda por conta do recebimento por eles do chamado imposto sindical, de previsão na própria Constituição Federal. Tal constatação eleva à categoria de parafiscalidade a natureza de parte relevante dos recursos que financiam os sindicatos, o que impõe concluir poderem ser sujeitos passivos da improbidade. A propósito, cabe colacionar a advertência de GARCIA (2011, p. 227) no sentido de que recursos públicos não serão exclusivamente os arrecadados pelo poder público e geridos pela lei orçamentária, mas também os que “determinados setores da população, por força de preceitos legais e independentemente de qualquer contraprestação direta e imediata, estão obrigados a repassar a certas entidades”.

Os chamados conselhos de classe, são criados para exercer o poder de polícia sobre profissões regulamentadas. Referidas entidades são custeadas por arrecadação oriunda de contribuição dos seus próprios associados, e embora regulamentados por lei, possuem autonomia administrativa. O fato mesmo de exercerem o poder de polícia, sabidamente um dos poderes clássicos do Estado moderno, não passivo de delegação (conforme lembramos da lição de WEBER, o Estado se caracteriza pelo monopólio do poder de polícia – da força, como preferiu o alemão) já seria suficiente para caracterizá-los como sujeitos passivos da improbidade. Mais ainda quando se verifica a natureza de seu custeio, que por serem oriundos de contribuições compulsórias possuem novamente a inequívoca qualidade de parafiscalidade, o que reforça a ideia da sujeição aos tipos de improbidade. Tudo sem mencionar a unânime classificação das entidades de profissões regulamentadas como autarquias especiais, o que novamente robustece a evidência afirmada. Daí não haverem dúvidas a tal respeito.

No Código Civil brasileiro de 1916, os partidos políticos eram considerados como pessoas jurídicas de direito público interno, o que os inseria no rol dos entes da Administração indireta. Com a vigência da moderna lei dos partidos políticos (Lei 9.096/1995), estes passaram a ser considerados pessoas jurídicas de direito privado. Ainda assim, a eles são destinadas verbas públicas oriundas do fundo partidário, e mesmo os recursos oriundos de custeio privado estão sujeitos a rigoroso controle da Justiça Eleitoral, pelo menos segundo os ditames da vigente lei das eleições (Lei 9.504/1997, com alterações posteriores). Tais fatores conduzem à conclusão de estarem também enquadrados como sujeitos passivos da improbidade.

Desde o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998, dentre tantas outras alterações do texto da Carta Política brasileira, o seu artigo 37, *caput* passou a vigorar acrescido de um novo princípio exposto, o da eficiência. O referido princípio traz a ideia de que as atividades da administração deverão ser efetivadas tendo em vista a melhor equação custo benefício, o que fez ampliar no direito pátrio a possibilidade de parcerias entre o poder público e o terceiro setor.

Tradicionalmente se compreende que o primeiro setor é o da atividade pública, composto pelos entes que formam a Administração Pública direta e indireta, enquanto o segundo setor é o da atividade privada, com finalidade lucrativa. Ao terceiro setor se reserva a atividade produzida pela iniciativa privada de interesse social e sem fins de lucro. São as chamadas ONG's (Organizações Não Governamentais), que não possuem tal roupagem entre as pessoas jurídicas no sistema jurídico nacional. Em geral, o que convencionou-se chamar de ONG possui formas jurídicas de pessoas de direito privado sem finalidade de lucro, ordinariamente as associações e fundações privadas, amplamente disciplinadas no direito civil.

Antes da Emenda Constitucional nº 19/1998, o terceiro setor era reconhecido pelo poder público através de um título, atribuído por lei, chamado de utilidade pública, que de ordinário abria portas para a celebração de convênios, recebimento de verbas orçamentárias e até mesmo isenções fiscais. Era ato de profunda discricionariedade do legislador. A partir da Emenda, contudo, surgiram mais outras duas formas de estruturação jurídica do terceiro setor, cada uma regulada por específica legislação.

A teor das disposições da Lei nº 9.637/1998, as Organizações Sociais (OS) são pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa que venham a ser qualificadas como tal. Na sua direção, deverá haver a participação de representação do poder público e elas poderão firmar contratos de gestão, por meio dos quais se permite que recebam a administração de bens públicos, a delegação de serviços e até verbas e servidores públicos. Tudo, com fulcro na ideia de que a administração privada é sempre mais eficiente que a pública.

Já a Lei nº 9.790/1999 cria a titulação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), também conferida a pessoas jurídicas de direito privado e sem finalidade lucrativa, através do qual se permite a realização de Termo de Parceria, que igualmente admite a delegação de serviços e transferência de recursos públicos. Não é o lugar aqui de maior aprofundamento a respeito destas entidades, mas sim o de destacar que o fato de que tanto as OSCIP's quanto as OS's poderão ser classificadas como sujeitos passivos de

atos de improbidade na exata medida em que administrem bens e recursos públicos, mas não com relação a patrimônio que não possua esta origem.

Outra novidade admitida após a Emenda Constitucional ° 19/1998 é a dos consórcios públicos. Antes já eram admitidas parcerias entre os diversos entes da Administração e até mesmo com terceiros, sempre através de convênios. A Lei 11.107/2005, estabelece a criação de nova personalidade jurídica surgida da necessidade de cooperação entre diferentes entes federados, com natureza jurídica de direito privado, denominada de consórcio público. Para a sua formação é necessário primeiro o estabelecimento de um protocolo de intenções entre os diversos interessados, após a sua ratificação pelos poderes legislativos locais de todos eles e somente então é que acontecerá a formação e registro da nova pessoa jurídica, que de ordinário assumirá a roupagem de uma associação pública, com personalidade de direito público e cujos recursos que financiam sua atividade tem origem no orçamento das entidades que a instituíram. Claramente, portanto, serão sujeitos passivos de atos de improbidade.

3.2.3.2. Sujeito ativo

O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa é a pessoa física que comete o ato ilícito capitulado na lei. Será sempre um agente público. Segundo a compreensão corrente dos estudiosos, agente público é a pessoa física a quem o sistema de direito administrativo atribua o exercício da função administrativa. Enquanto o ente da administração, direta ou indireta, será a forma jurídica que tomará o próprio Estado para a produção de seus negócios jurídicos (os atos administrativos) os agentes públicos serão as pessoas físicas que encarnarão os distintos órgãos públicos completando o fenômeno jurídico da apresentação (MIRANDA, 1983). Na teoria do órgão, são aos agentes públicos a quem se compete a prática material do ato administrativo, encarnando mesmo a vontade da Administração. Assim é que, na definição de JUSTEN FILHO (2015, p. 879), “agente público é toda pessoa física que atua como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado”.

Os elementos que caracterizam os agentes públicos são dois: ser pessoa física, razão porque de logo se exclui a possibilidade de as pessoas jurídicas virem a ser sujeitos ativos dos atos de improbidade; e estar no exercício de uma função estatal, mais precisamente, da função administrativa. Apesar de haver significativos avanços na compreensão de que será possível às pessoas jurídicas serem agentes ativos do crime, no âmbito da improbidade

administrativa tal possibilidade não tem vez, inclusive porque não se trata de ilícito criminal, mas de outras naturezas jurídicas diversas, conforme já discorreremos. A própria Lei de Improbidade Administrativa cuida de definir agente público para o atendimento das suas finalidades, é dizer, a caracterização do sujeito ativo do ilícito em questão. Para tanto, aduz no seu artigo 2º que considera agente público quem exerça, “ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função”.

Não se trata, por óbvio de capitular como sujeito ativo da improbidade somente o servidor público em sentido estrito, aquele ocupante do cargo público efetivo, mas também todos os outros que executem a função administrativa. É polêmica na doutrina a questão referente à classificação dos agentes públicos. Entretanto, conquanto não se trata exatamente do nosso objeto de estudo, adotaremos a já clássica referenciada por MEIRELLES (2006), muito embora anotamos a existência de divergências doutrinárias a respeito. Nessa ótica, se classifica os agentes públicos nas seguintes espécies: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados. Todos eles em alguma medida exercem a função administrativa.

Os agentes políticos são os que “exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos” (MEIRELLES, 2006, p. 77). Os agentes administrativos são os que se vinculam aos entes da Administração direta ou indireta por relações profissionais, se vinculando a diferentes regimes jurídicos. Serão servidores públicos em sentido estrito quando seu vínculo for estatutário ou empregados públicos nas hipóteses em que a lei autorizar a adoção do regime celetista, ou de direito comum. Os agentes honoríficos são os designados para funções relevantes e transitórias, em geral não remunerados, como é o exemplo dos mesários eleitorais. Os agentes delegados recebem delegação do poder público para exercer suas atividades, em geral relacionadas aos serviços públicos. Já os agentes credenciados são os que recebem incumbência do poder público para representa-lo em certa atividade, mediante remuneração. As três últimas espécies apresentadas não são repetidas pela maioria dos estudiosos nacionais.

Para nosso estudo, o que é relevante é caracterizar o gênero agente público, para dizer que em todos os diferentes tipos de vínculos que mantenham com o poder público estarão passíveis de serem caracterizados como sujeitos ativos da improbidade. Por isso a preocupação do legislador em estabelecer que a forma de provimento será indiferente para a caracterização como tal. Não se exige sequer que haja um vínculo jurídico com quaisquer dos entes da Administração Pública direta ou indireta, pois a qualidade de agente público é

extensiva para os que exerçam funções em outras pessoas jurídicas, desde que estas sejam enquadráveis como sujeitos passivos, como é, por exemplo, o caso da Organização Social que administre verba pública proveniente de contrato de gestão. Por isso a observação de GARCIA (2011, p. 249) no sentido de que são sujeitos ativos de improbidade também “aqueles que não possuem vínculo com o Poder Público, exercendo atividade eminentemente privada junto a entidades que, de qualquer modo, recebam numerário de ordem pública”. No exemplo trazido podemos dizer que o agente público, embora não exerça cargo nem possua nenhum tipo de provimento que o vincule diretamente ao poder público; até mesmo que não recebe sequer remuneração diretamente do Estado, mas da pessoa de direito privado com a qual se vincula; ainda assim estará exercendo uma função pública. É este fato que o caracteriza como agente público.

Muito embora seja extensa a tipologia dos sujeitos ativos dos atos de improbidade, não é correto dizer que qualquer pessoa possa praticá-la, pois segue sendo fundamental a caracterização do agente público como elemento indissolúvel. O artigo 3º da lei, entretanto, admite a extensão das sanções de improbidade ainda a todo aquele que “mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. Contudo, tal extensão importa no aproveitamento ou participação em fatos praticados por quem ostente a qualidade de agente público, pois do contrário, no caso de desvio de recursos ou bens públicos por particulares, independente do conhecimento ou participação de agente público, será caracterizado como crime comum ou outro ilícito, mas não improbidade administrativa, pois na advertência de GARCIA (2011, p. 269), “somente será possível falar em punição de terceiros em tendo sido o ato de improbidade praticado por um agente público”. Caso contrário, estará sujeito a “sanções outras que não aquelas previstas” na Lei de Improbidade.

Desta forma, para vir a estar sujeito às sanções de improbidade administrativa, é necessário que o terceiro tenha despertado no agente público o interesse em participar (induzir) ou o instigue a tanto; de algum modo concorra para a prática do ato; ou mesmo não exercendo qualquer influência sobre a vontade do agente se beneficie de forma direta ou indireta do produto do ilícito. Necessariamente, no caso da última hipótese é preciso que o terceiro tenha consciência da origem do produto do ilícito, pois não se trata de responsabilidade objetiva.

O terceiro contemplado no citado artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa também poderá ser pessoa jurídica. Como adverte GARCIA (2011), muito embora se exclua as pessoas jurídicas da qualidade de agentes públicos, nenhuma limitação, seja legislativa,

seja doutrinária, seja mesmo da jurisprudência existe capaz de excluí-las da condição de terceiros beneficiários dos atos de improbidade administrativa. Haverá neste caso, naturalmente, limitação quanto à aplicação das sanções, que necessariamente deverão ser compatíveis com a natureza da pessoa jurídica. É dizer, poderá ser sancionada ao perdimento de bens, mas não à suspensão dos direitos políticos nem igualmente à perda do cargo ou função pública.

Uma outra hipótese de responsabilização de terceiros é no caso de sucessão. Afirma o artigo 8º da Lei de Improbidade que “o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança”.

Por certo não se trata de caso de extensão da responsabilidade aos sucessores, porque então teríamos afronta ao direito fundamental positivado no artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, quando garante que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”, mas de responsabilização do patrimônio na proporção da força da herança. Neste caso, o patrimônio daquele que venha a ser condenado por improbidade garantirá a efetividade da responsabilidade civil, estendendo-se aos seus sucessores, até o limite daquilo que tenha aproveitado da herança. No caso de inexistência de bens a serem herdados não haverá responsabilização. Também não responderá o herdeiro que houver renunciado à herança, pois dela não se aproveitou. Quando houver recebimento de bens por herança, aí a responsabilização terá o limite do valor dos bens adquiridos nessa condição.

A lei, na norma referida, faz menção ao sucessor, o que compreende tanto a sucessão legítima, por herança, quanto a testamentária, por legado. Muito embora a expressão sucessão, na nomenclatura aceita pelos civilistas, compreende que os negócios jurídicos em geral podem dar ensejo à sucessão *inter vivos* (como é o exemplo da compra e venda), esta não se estende à dicção do citado artigo, exceto quando for evidente a hipótese de negócio jurídico simulado, passivo que está à anulação (DINIZ, 2012).

Como dissemos, o conceito de agente público é bem amplo, compreendendo uma série de pessoas físicas que não possuem nenhum vínculo direito com a Administração Pública, como é o exemplo dos empregados das pessoas jurídicas prestadoras de serviços público por contrato de concessão ou permissão. Quanto a elas, não se pode negar sua qualidade de agentes públicos, haja vista estarem inequivocamente prestando serviços públicos, uma das mais relevantes atividades da função administrativa (o serviço público está compreendido na noção de administração pública em sentido objetivo). Na classificação mencionada de MEIRELLES (2006), são agentes delegados, no que pese que nem são

remunerados diretamente pelo poder público, nem lidam com o patrimônio público. Neste sentido, muito embora a lei resguarde com algumas garantias o patrimônio das empresas prestadores de serviço público por delegação contratual que esteja afetado à prestação do respectivo serviço público, são elas titulares de propriedade privada e não de bens públicos. A condição citada, refere-se muito mais à garantia da continuidade do serviço do que à proteção do patrimônio das prestadoras de serviço.

Por não lidarem diretamente com recursos públicos, as empresas às quais prestam seus serviços não poderiam ser classificadas como sujeitos passivos dos atos de improbidade, o que torna sem razão a classificação destes agentes como seu sujeito ativo. Não há como negar uma correlação entre os sujeitos da improbidade, razão porque se conclui facilmente que somente poderão ser sujeitos ativos da improbidade aqueles agentes que venham a lesar o patrimônio público, seja este gerido pela Administração pública ou por terceiros. Em razão dessa evidência, GARCIA (2011, p. 249) esclarece que “o *status* de agente público haverá de ser aferido a partir da análise do vínculo entre o autor do ato e o sujeito passivo imediato por ocasião de sua prática”.

Diferente será a situação do terceirizado, que apesar de manter vínculo jurídico de contrato de emprego com uma pessoa jurídica privada, em razão de estar diretamente em relação com o patrimônio público, caso desvie ou se locuplete dele certamente estará sujeito às sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

Passaremos agora à análise de alguns casos que levantam polêmica entre os estudiosos a respeito de se configurarem ou não como sujeitos ativos dos atos de improbidade.

Primeira situação ponderada é a do agente de fato, é dizer, daquele que aparenta ser um agente público sem que esteja legalmente investido do respectivo cargo ou função. Será agente de fato tanto o usurpador de função, o que executa as atribuições inerentes ao agente, sem autorização de quem tenha competência para a investidura, quanto o que tenha sido investido irregularmente. No primeiro caso, estaremos diante do sujeito ativo do crime capitulado no artigo 328 do Código Penal. No segundo caso, teremos o exemplo do agente putativo. A doutrina pátria francamente reconhece a validade dos atos praticados pelo segundo tipo, restando claro que nesta hipótese, mesmo sendo irregular a investidura, será o agente passivo às sanções da improbidade pelos atos praticados em seu exercício. Já o usurpador simplesmente responde criminal ou civilmente, conforme for a hipótese, mesmo que pratique a qualificadora penal de auferir vantagem da usurpação (artigo 328, Parágrafo Único, do Código Penal Brasileiro).

É por intermédio do poder hierárquico que se estabelece a estrutura de toda a Administração Pública. Claramente de origem militar, com inspiração na França napoleônica (CARVALHO FILHO, 2014), é este poder que garante o controle de todas as atividades dos subordinados por seus superiores. Reversamente, o poder hierárquico também impõe uma série de deveres. Como bem pontua MELLO (2013), se trata na verdade de um dever jurídico da Administração, para cuja consecução se atribui os correlatos poderes. Assim é que é próprio ao poder hierárquico, o dever de fiscalizar as ações dos subordinados. Daí nasce o questionamento a respeito de se a omissão quanto ao dever de fiscalizar pode ser caracterizada como ato de improbidade. Mais que isso, introduz-se o questionamento sobre se os atos omissivos em geral poderão ser dessa maneira capitulados.

A omissão em si mesma considerada não poderá dar ensejo à improbidade, pois não se trata de delito de mero resultado, nem muito menos o ordenamento pátrio admite a imputação objetiva. É necessário a caracterização de outros elementos, notadamente o volitivo, que impõe a ocorrência pelo menos de culpa. Desta forma, para que se admita a responsabilidade do superior hierárquico pelo ato de improbidade praticado por seu subordinado, quando não for o caso de participação ou aproveitamento consciente (como se dá com o caso dos terceiros), é necessário que a omissão possua significativa relevância (GARCIA, 2011). Do contrário, não será a hipótese de responsabilização. Portanto, somente em casos de culpa grave é que será possível a imputação do ilícito ao superior hierárquico que foi comprovadamente omisso no exercício do seu poder de fiscalização e tal exclusivamente quando a lei permita a condenação a título de culpa, pois conforme veremos adiante, a regra será a condenação somente quando comprovado o dolo.

Igual raciocínio se impõe com relação aos poderes delegados. Conforme é sabido (MELLO, 2013), a delegação preserva a competência do agente delegante, atribuindo ao delegado simplesmente a execução material das respectivas atribuições, compreendendo inclusive o pode-dever de revisão do ato praticado, tanto pelo exercício do recurso hierárquico, quanto pela avocação. Ainda assim, uma vez que os atos praticados são materialmente da estrita responsabilidade do delegado, apenas este responderá pela improbidade que venha a praticar, salvo nas hipóteses já contempladas de omissão grave do dever de fiscalizar ou participação consciente.

Muito embora a Constituição Federal assegure enquanto um direito fundamental a indeclinabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), o ordenamento pátrio expressamente reconhece a possibilidade de deslinde dos conflitos por meio da arbitragem. De seu turno, o artigo 3º, § 1º, do vigente Código de Processo Civil (Lei Federal

13.105/2015) a permite expressamente, por onde resta íntegra a vigência da Lei Federal 9.307/1996, conhecida como lei da arbitragem.

Consoante suas disposições, o árbitro é pessoa natural, sem vínculo direto com o poder público, inclusive quanto à sua remuneração, que porém, exerce uma série de atribuições próprias do Estado. Tanto que o art. 17, da citada lei da arbitragem equipara os árbitros aos funcionários públicos para efeito de responsabilização penal. É daí que nasce a controvérsia a respeito de estarem ou não sujeitos à prática de atos de improbidade administrativa.

Não há que se negar a qualidade que ostentam de agentes públicos, assim como é o caso dos empregados das empresas delegatárias dos serviços públicos, já tratadas, e até mesmo dos advogados, cuja atuação é, na dicção do artigo 133 da Constituição Federal, “indispensável à administração da justiça”. Ainda assim, nenhum deles, o árbitro inclusive, poderá ser sujeito ativo de ato de improbidade. A questão está na impossibilidade de qualificar um sujeito passivo da improbidade. Especificamente quanto aos árbitros, estes não terão acesso ao patrimônio público durante o exercício regular de suas funções, no que pese a relevância de suas decisões e mesmo da qualificação de suas sentenças no rol dos títulos executivos judiciais (THEODORO JÚNIOR, 2016). Naturalmente que, sempre que se locupletarem no exercício de suas funções do patrimônio público em geral, então aí poderão ser considerados excepcionalmente como sujeitos ativos. Mas somente nessas estreitas hipóteses, claramente excepcionais.

Diferente, contudo, será a conclusão com relação aos delegatários de serventias do registro público. Se por um lado, tal qual os tenham delegação de outros serviços comuns, recebem atribuição diretamente do poder público, classificando-se também como agentes delegados, por outro a natureza mesma de suas atividades, notadamente a dos emolumentos que recebem, os põem em situação bem peculiar. Destaque-se aquilo que se relaciona aos emolumentos. Enquanto os concessionários e permissionários dos serviços públicos recebem tarifas a título de remuneração, os serventuários administram taxas, pois é esta reconhecidamente a natureza jurídica dos mencionados valores. Uma vez que as taxas são espécie do gênero tributo, os valores respectivos integram o patrimônio público. Especificamente no caso das serventias do registro público, os oficiais têm o dever legal de repassar aos cofres públicos parte das taxas que arrecadam. Daí, estarão passíveis tanto os oficiais e notários, quanto os próprios escreventes, substitutos e auxiliares por eles contratados a serem enquadrados como sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa.

Novamente, o critério adotado é o da possibilidade de enquadramento enquanto sujeito passivo dos atos de improbidade das pessoas jurídicas que venham a ser vítimas dos atos praticados. Tendo em vista as razões expostas, claramente poderão os cartórios de registro ser sujeitos passivos de atos de improbidade administrativa, haja vista administrarem taxas públicas. Pelo mesmo motivo, os agentes públicos que com eles mantêm vínculos de diversas naturezas poderão ser enquadrados como sujeitos ativos dos mesmos atos.

3.2.3.3. Dano

Tradicionalmente, tanto os textos das revogadas Constituições, quanto mesmo da legislação ordinária que os regulamentou estabelecia clara preocupação em punir os atos que causassem danos ao patrimônio público. A já citada lei Bilac Pinto (Lei 3.502/1958), por exemplo estabeleceu normas referentes ao sequestro e perdimento de bens decorrentes do enriquecimento ilícito. O Ato Institucional nº 5, igualmente dispõe no mesmo sentido, ambas refletindo o espírito das Constituições em vigor na época de cada uma delas. A Constituição brasileira de 1946, por exemplo, determinava em seu art. 141, § 31, parte final que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

A Constituição de 1988 parece haver inovado nessa matéria. Primeiro porque faz referência em seu art. 37, § 4º genericamente a atos de improbidade, abandonando a antiga e tradicional nomenclatura que fazia referência apenas ao enriquecimento ilícito, mas também porque o seu regulamento, a Lei de Improbidade Administrativa, amplia a capitulação do ilícito também aos atos que meramente firam princípios da administração pública.

Se antes era condição para a tipificação da improbidade a existência de dano oriundo do enriquecimento ilícito, modernamente tal condição parecerá desnecessária, pois pelo menos nos atos que atinjam a higidez dos princípios administrativos não haveria a imprescindibilidade da existência e comprovação de danos à administração. Neste sentido, o artigo 21, I, da Lei de Improbidade Administrativa assenta expressamente que o sancionamento pela improbidade independe “da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento”. Tal preceito normativo conduz importante parcela dos estudiosos do direito administrativo nacional a compreender pela efetiva desnecessidade de verificação de danos para a configuração da improbidade, salvo nas hipóteses em que o dano seja elemento do próprio tipo. Nesse sentido, por exemplo, é opinião de BZERRA FILHO (2014, p. 627), para quem a ocorrência de dano “não é integrante para a

configuração da conduta repugnada, nem a ausência de prejuízo material é causa excludente da culpabilidade”.

Tal proposição, contudo, levaria a odiosa imputação objetiva, alheia a outros relevantes elementos necessários à configuração do ilícito. Buscando conciliar a disposição da norma com a necessidade de verificação da potencialidade lesiva do ato, fala-se no alargamento da compreensão da expressão patrimônio público, que abrange bens ainda mais relevantes que o erário. Assim, segundo essa interpretação, muito embora seja possível infligir pena por atos de improbidade que não causem danos ao erário, segue sendo imprescindível a ocorrência de dano ao patrimônio como condição de sua existência. Conforme GARCIA (2011, p. 326), “não estando presente a potencialidade lesiva da conduta, o correto (...) será afastar a própria incidência de Lei nº 8.429/1992”. DI PIETRO (2012, p. 898) pondera ainda que:

Tem-se que entender que o dispositivo, ao dispensar o “dano ao patrimônio público” utilizou a expressão patrimônio público em sentido restrito de patrimônio econômico. Note-se que a lei da ação popular (Lei 4.717/65) define patrimônio público como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, § 1º), para deixar claro que, por meio dessa ação, é possível proteger o patrimônio público nesse sentido mais amplo. O mesmo ocorre, evidentemente, com a ação de improbidade administrativa, que protege o patrimônio público nesse mesmo sentido amplo.

Por essa razão, muito embora seja possível a aplicação da lei quando não houver manifesto dano ao patrimônio econômico (erário), sempre será necessário a configuração de dano ao “patrimônio moral da instituição”, pelo menos (DI PIETRO, 2012, p. 898). Historiase nesse sentido longo rol de julgados oriundos de diversos tribunais, com especial relevância aos copilados do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo a mesma necessidade de configuração da potencialidade lesiva do ato (GARCIA, 2011).

Não por menos, “o próprio texto constitucional exige a presença do dano como condição legitimadora para a tutela reparatória, pois o que se assegura é a indenização por dano material, moral ou à imagem, e não por mero ato ilícito (art., 5º, X)”, conforme a pertinente advertência de SIMÃO (2014, p. 676). Daí que, também por isso, não deverá ser admitida a imputação despida da comprovação de qualquer espécie de dano. Nunca é demais lembrar, a propósito, a necessidade de interpretar a norma infra legal à luz das disposições constitucionais, impondo-se coerência e respeito entre um e outro, sob pena de concluir pela inconstitucionalidade da lei.

Reversamente, nem todo ato danoso deverá ser configurado como improbidade, sendo necessário a configuração de outros elementos, muito especialmente o chamado elemento subjetivo, melhor detalhado no item seguinte. Como preleciona SIMÃO (2014, p. 132), “o que interessa não é o dano ‘em si’, mas o modo como ele se forma”.

Importa, portanto, insistir-se na evidência de que a configuração dos atos de improbidade pressupõe a ocorrência de vontade de praticar o ilícito, ou pelo menos a verificação, em alguns casos, da culpa grave, conforme melhor analisaremos a seguir.

3.2.3.4. Elemento subjetivo

Os atos de improbidade administrativa se relacionam à desonestidade do agente público. Claramente, portanto, reportam-se a um elemento volitivo, indispensável à caracterização do ato. Desta forma, não basta que tenha havido dano a um sujeito passivo, praticado por quem esteja no exercício da função administrativa. A simples materialização do dano não será ainda suficiente para dar lugar à responsabilidade. O elemento subjetivo, consubstanciado na vontade, é outro dado indispensável à improbidade.

Em geral, o direito afirma o dolo e a culpa como as modalidades do elemento subjetivo, sendo comuns não somente ao direito penal, como também o não penal. A propósito, o direito civil reconhece inequivocamente a dita distinção (DINIZ, 2012). Entretanto, é no seio dos penalistas onde mais se desenvolveram os estudos a respeito.

Assim, falar de dolo e culpa, e mesmo fazer uso da nomenclatura do elemento subjetivo do tipo, embora sejam expressões correntemente utilizadas pelo direito penal, não significa adesão ao entendimento no sentido de que seja a improbidade espécie de responsabilidade penal, tal qual já desenvolvido acima. Para HUNGRIA (1958, p. 114) o dolo tem relação com a vontade, sendo “a mais grave forma de culpabilidade”, enquanto a culpa diz respeito, de regra, somente à ação. O ato doloso pressupõe assim a franca intenção de atingir o resultado, ou pelo menos a assunção do risco de vir a produzi-lo, sendo a distinção entre um e outro a diferença entre o dolo direto e eventual. Já a culpa é consequência da não previsibilidade do resultado, oriunda de uma falha de intelecto, ou pelo menos da convicção de que tal não se produzirá. É neste liame, por seu turno, por onde se distingue a culpa consciente do dolo eventual, pois no primeiro o agente não pretende o resultado, estando certo que não será alcançado, ao passo que no segundo há uma indiferença a respeito das consequências do ato.

Em geral, haverá a responsabilidade pelos atos de improbidade apenas na modalidade dolosa, salvo as hipóteses elencadas nos tipos do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa. O legislador ao estabelecer dois dos tipos de improbidade (os que importem em enriquecimento ilícito e atentem contra os princípios da administração) não fez qualquer referência a propósito da culpabilidade. Já quanto ao tipo que implique em dano ao erário, expressamente adverte da possibilidade de que o ato seja praticado com dolo ou culpa.

A omissão do legislador não poderá forçar o intérprete a concluir pela responsabilidade objetiva dos tipos do artigo 9 e 11 da lei, mas, ao contrário, impõe o reconhecimento de que nestes casos a responsabilidade somente poderá acontecer a título de dolo, reservando a lei a possibilidade de punição por culpa apenas no tipo do artigo 10, porque, segundo GARCIA (2011, p. 329) “o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado não é passível de configurar a improbidade”.

Nas estritas hipóteses em que se admite a responsabilidade a título de culpa, será importante a distinção entre os diversos graus de culpa, em gravíssima, grave e leve. A culpa gravíssima deverá ser atribuída para os casos em que o cidadão comum facilmente teria previsto a possibilidade do resultado. A culpa grave, para os casos em que o homem diligente seria capaz de discernir a possibilidade de ocorrência do resultado e a culpa leve, para as hipóteses em que se exigiria do sujeito um discernimento incomum para a previsibilidade do evento.

Em todos os graus de culpa, em princípio, deverá haver a reprimenda legal, que, contudo, sofrerá variação conforme o nível de culpa verificado, pois deverá haver proporcionalidade entre o ilícito praticado e a reprimenda imposta. Em casos extremos, em que o grau de culpa é extremamente reduzido, sendo mínimo o grau de previsibilidade do evento, poderá até ser admitido o afastamento da tipologia legal, pois nas hipóteses onde “comportamento diverso exigiria a presença de um grau de previsibilidade em muito superior àquela que estava apto a oferecer” (GARCIA, 2011, p. 330) o agente torna a conduta escusável, e por isso não passível de punibilidade.

Neste passo, é importante trazer ao cerne da análise a inarredável necessidade da vontade para a configuração da improbidade, pois não se admite que o ilícito em questão possa vir a ser cometido por mero descuido do agente, o que impõe uma interpretação mais consoante do texto da lei, especialmente o do citado artigo 10. Como com propriedade adverte SIMÃO (2014, p. 90), “é impossível pensar um indivíduo desonesto, corrupto ou devasso da Administração Pública por culpa”, compreendido que a culpa pressupõe uma ausência de previsão do resultado pelo agente, mesmo considerado seu dever de cuidado e atenção. Por

esta assertiva, primeiro é inevitável a exclusão da culpa leve ou levíssima, aquela que exigiria uma atenção acima da média por parte do agente. Mas também é importante tanto ao intérprete como notadamente ao aplicador da lei no caso concreto, que tenha atenção a respeito do cabimento da sanção mesmo nos casos de culpa grave, pois a “a infração dolosa só existe quando o elemento culpabilidade está impregnado de culpa grave ou gravíssima” (SIMÃO, 2014, p. 91).

Sendo assim, fica evidente que a existência de má-fé se trata de dado fundamental à caracterização do elemento subjetivo da improbidade, no que pese haver quem faça a distinção entre o dolo e a má-fé. Nesse sentido, GARCIA (2011, p. 331) observa que “o primeiro indica a vontade deliberada na prática do ato; a segunda, os objetivos almejados pelo agente”, para esclarecer que atos pretendidos pelo agente, que eventualmente possam causar dano à Administração, poderão mesmo não ser praticados com má-fé, seja pela ausência de intenção de danar ou de aferir qualquer vantagem ilícita. É sutil e discutível a distinção proposta, não encontrando respaldo em outros trabalhos especializados, mas ressalta ainda mais a importância da caracterização da intenção como necessidade insuperável para a caracterização da improbidade. Assim, os atos praticados por reconhecida incapacidade técnica, a chamada incompetência na linguagem comum, não poderão ser sancionados como atos de improbidade. Muito menos o poderão ser as chamadas atecnias. É dizer, sem a configuração do dolo, em geral, ou pelo menos da culpa grave ou gravíssima, em outras hipóteses bem específicas, não será o caso do ilícito aqui em estudo.

3.2.4. Tipos de improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa faz referência a três tipos básicos de improbidade, previstos em artigos autônomos de seu corpo, a respeito dos quais já fizemos referência nos parágrafos anteriores. São os tipos contidos no art. 9º, 10 e 11 da lei. Além deles, também o Estatuto das Cidades introduz novel hipótese configuradora de improbidade, a qual também será oportunamente tratada.

Os tipos do artigo 9º se referem aos atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito do agente. Os do artigo 10 dizem respeito aos que causem dano ao erário e, por fim, os do artigo 11 reprovam os atos que firam os princípios da administração pública. Acrescentando a conduta típica trazida por cada um dos artigos em seu caput, todos os tipos reportam-se a condutas similares passíveis da respectiva capitulação. Reconhecidamente os estudos especializados reconhecem se tratar o rol dos três artigos de

elenco meramente exemplificativo, admitindo assim a responsabilidade por atos similares aos previstos no texto legal. Tal é outra evidência no sentido de não se tratar a improbidade de espécie do gênero crime, pois do contrário o *princípio da anterioridade da lei penal* exigiria um rol taxativo.

Os assuntos que exigem a nossa atenção no âmbito do presente estudo não nos permitirão uma análise mais minuciosa de cada um dos diversos incisos que compõe os três artigos citados, razão pela qual lançaremos luzes apenas aos tipos centrais estabelecidos pelas cabeças dos respectivos artigos.

O legislador da Lei 8.429/1992, utilizou técnica de estabelecer no *caput* dos respectivos artigos conceitos jurídicos indeterminados, que ganham densidade nos diversos incisos. Conforme a lição de GARCIA (2011, p. 279) o legislador valeu-se de duas distintas técnicas:

De acordo com a primeira, vislumbrada no *caput* dos dispositivos tipificadores da improbidade, tem-se a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, apresentando-se como instrumento adequado ao enquadramento do infundável número de ilícitos passíveis de serem praticados, os quais são frutos inevitáveis da criatividade e do poder de improvisação humanos; a segunda, por sua vez, foi utilizada na formação dos diversos incisos que compõem os arts. 9º, 10 e 11, tratando-se de previsões, específicas ou passíveis de integração, das situações que comumente consubstanciam a improbidade, as quais, além de facilitar a compreensão dos conceitos indeterminados veiculados no *caput*, têm natureza meramente exemplificativa

Os conceitos indeterminados traduzem valores polissêmicos, necessitam ser integrados pelos fatos para que seja possível a compreensão de sua efetiva dimensão. O direito sabidamente é fértil deles, como são o exemplo da boa-fé, bons costumes, segurança nacional, etc. No âmbito específico do direito administrativo igualmente há riqueza de hipóteses de sua utilização, como sem dúvidas temos no interesse público seu melhor exemplo. Os próprios princípios da administração pública conduzem à ponderação dos conceitos indeterminados. Os conceitos de razoabilidade e moralidade, a propósito, inevitavelmente conduzem o intérprete à necessidade de ponderação de valores. Por isso, a utilização deles exige do intérprete “a realização de uma operação de valoração das circunstâncias periféricas ao caso” (GARCIA, 2011, p. 280).

Por esta razão, a compreensão plena a respeito da configuração ou não dos casos legais, conduz o intérprete à valoração dos fatos concretos em vista dos conceitos indeterminados de enriquecimento ilícito, danos ao erário e atentado aos princípios da administração pública. O caso dos incisos, embora possuam relativa autonomia com relação ao respectivo *caput*, necessariamente deverão manter alguma correlação com os conceitos

indeterminados afirmados na cabeça do artigo, o que conduzirá o intérprete a analisar com detença o conjunto dos elementos necessários à configuração da improbidade, já analisados neste trabalho.

O primeiro dos conceitos trazidos pela lei é o do enriquecimento ilícito, na verdade o fundamento mais tradicional entre as sanções por atos de improbidade. Enriquecer ilicitamente, significa aferir vantagem em contrariedade ao ordenamento jurídico. Se trata de vedação geral do direito, proibida não apenas no ambiente inerente ao patrimônio público, mas igualmente repudiado no regime de direito privado. Aliás, desde a antiguidade clássica já havia o repúdio a ele, refletido em brocardos latinos como o *suun cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu) ou *eminem laedere* (não lesar a ninguém). No campo do direito privado, existem dezenas de teorias as quais buscam fundamentar a vedação do sistema jurídico ao enriquecimento ilícito. As mais importantes delas falam na responsabilidade civil e dever moral.

Genericamente, compreende-se que para a configuração do enriquecimento ilícito é necessário que exista o enriquecimento de alguém às custas do empobrecimento de outrem, sem a existência de uma justa causa. Ausente um desses requisitos não haverá enriquecimento ilícito, conforme amplamente sustentam os civilistas (DINIZ, 2012). No âmbito do que disciplina o artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa, compreende PAZZAGLINI FILHO (2007) ser necessário o recebimento de vantagem econômica por agente público, vantagem essa decorrente de algum comportamento ilegal, praticado dolosamente, além da conexão causal entre a ação e o resultado. No caso tanto do caput quanto dos respectivos incisos há clara exigência de conduta dolosa, configurando a conduta culposa, mesmo no caso de culpa grave, ato não punível, conforme já expusemos no item específico deste estudo pertinente ao elemento subjetivo do ato de improbidade.

A vantagem indevida auferida pelo agente pública abrange prestações positivas ou negativas. Assim, existirá tanto quando acontecer um acréscimo patrimonial indevido, quanto nos casos em que a diminuição não acontecer em razão da ilicitude. Há controvérsia na jurisprudência, a propósito, sobre se a contratação de advogado para defender o agente acusado de improbidade, às expensas do erário, se configuraria ou não hipótese de vantagem negativa. De toda sorte, a vantagem sempre deverá ser patrimonial. Logo, vantagem de outra natureza (como a sexual, por exemplo), não configurará improbidade por este fundamento.

O segundo tipo legal pontuado é o que causa danos ao erário. A norma expressamente faz referência ao erário, compreendido como o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira da Administração Pública. Reversamente, a noção de

patrimônio público é mais ampla, pois abarca, além dos interesses de ordem patrimonial, os interesses de “natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público”. É em face dessa distinção que se afirma que em toda e qualquer hipótese de improbidade será invencível a necessidade de demonstração do dano ao patrimônio público, mas o dano ao erário é elemento específico do tipo capitulado no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Entendimento contrário, emprestando maior elasticidade ao conceito em questão, também existe no âmbito dos trabalhos doutrinários. Nesse sentido, anotamos a posição de GARCIA (2011, p. 311), para quem “a expressão perda patrimonial, também constante do referido dispositivo [artigo 10, da Lei] alcança qualquer lesão causada ao patrimônio público, concebido este em sua inteireza”.

Já PAZZAGLINI FILHO (2007) estabelece a necessidade dos seguintes requisitos específicos para a configuração deste tipo de improbidade: ação ou omissão ilegal do agente, proveniente de má-fé ou desonestidade, que tenha o potencial de causar danos ao erário. Neste caso, além do dolo direto ou eventual, será admitida a culpa grave ou gravíssima, porque expressamente a regra faz menção ao elemento culpa.

O elemento subjetivo deste tipo legal, embora amplie a possibilidade de punição para os atos praticados sem o mínimo de atenção à diligência necessário cobrada do cidadão médio, não implica em que a ocorrência por si só do dano seja causa suficiente para a configuração da improbidade. A atividade administrativa em si implica na assunção de riscos, de maneira que somente aqueles decorrentes de ações desonestas poderão ser considerados como ímprobos. Não se pune o erro, a atecnia ou mesmo a falta de competência do administrador, mas a sua má-fé, vontade intencional de lesar o patrimônio público, pois, para a configuração do ilícito é necessário que o agente esteja plenamente “consciente da antijuridicidade de sua ação ou omissão funcional e do resultado danoso ao erário que dela sobrevirá” (PAZZAGLINI FILHO, 2007, p. 78). Por isso que a culpa punível será somente aquela decorrente do descumprimento inescusável de um dever legal.

O terceiro tipo tratado na lei é o que capitula os atos que simplesmente atentem contra os princípios da administração pública. É assaz o entendimento de muito consolidado nos estudos jurídicos sobre a importância e fundamentabilidade dos princípios para o direito em geral, notadamente na seara do direito constitucional e administrativo. Nós mesmos já tivemos oportunidade de concluir, seja com base nas obras clássicas, seja por fundamento nos mais modernos estudos, a respeito da importância dos princípios para o Regime Jurídico Administrativo. Nada mais natural, portanto, que a atitude do legislador em estabelecer a tipificação em questão.

PAZZAGLINI FILHO (2007) aduz serem requisitos necessários à configuração desse tipo que exista uma ação ou missão do agente público que viole princípio regulador da administração pública; que esta ação seja consequência de uma ação desonesta, com evidente má-fé, fruto de um comportamento doloso. O artigo 11 faz referência aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Claramente, contudo, o desrespeito a quaisquer dos princípios constitucionais regentes da administração pública poderá conduzir ao ilícito. Até mesmo se o princípio em questão não esteja entre os afirmados no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Finalmente, consideremos as inovações introduzidas pelo Estatuto das Cidades, introduzido no ordenamento jurídico nacional por meio da Lei Federal 10.257/2001, cuja pretensão é regulamentar o artigo 182 da Constituição Federal, normatizando a política de desenvolvimento urbano. Após estabelecer uma série de deveres aos entes públicos, notadamente os Municípios referente à matéria que regula, o artigo 52 da lei cria uma série nova de hipóteses que configuram outros tipos de improbidade. O caput do citado artigo estabelece que “o prefeito incorre em improbidade administrativa” quando deixa de cumprir os atos ali elencados.

Apesar de se reconhecer a intenção positiva do legislador, é fato que as hipóteses contempladas na nova lei já poderiam ser claramente capituladas como atos de improbidade à luz das normas já em vigor contidas na Lei de Improbidade Administrativa. Sem razão de ser, e até prejudicial é o fenômeno da inflação legislativa. Ademais, não será suficiente o enquadramento objetivo dos fatos à nova legislação, continuando imperiosa a necessidade de evidenciação de todos os requisitos já estudados para a finalidade de tipificação da improbidade, mesmo à luz do texto mais moderno.

Exatamente por compreenderem conceitos jurídicos abstratos, os atos de improbidade tipificados em diferentes regras poderão se confundir. Necessariamente o ato que importe em enriquecimento ilícito ou que cause danos ao erário estará em desacordo com algum, senão vários, princípios da administração, porque senão inexistirá o elemento subjetivo da improbidade. Igualmente o ato de seja causa de enriquecimento ilícito em largas hipóteses comprometerá o patrimônio econômico da administração, embora não necessariamente tenha de ser assim. Por isso, é necessário o estabelecimento de um *iter* para a correta capitulação dos atos de improbidade, ou mesmo para a verificação a respeito de se é ou não a hipótese do ilícito.

Segundo GARCIA (2011), o primeiro momento desse caminho será o de aferir se a conduta em análise é ou não compatível com os princípios regentes da administração,

porque em não o sendo, será o caso de imediata exclusão da incidência de ato de improbidade. Recomenda-se mesmo a identificação de qual ou quais princípios haveriam sido feridos pelo ato ilícito. Identificado o elemento objetivo, cabe investigar o elemento subjetivo, é dizer, qual a vontade concreta do agente, por meio do que se identificará a existência de dolo ou senão culpa grave, passiva de levar à responsabilização, pois “havendo vontade livre e consciente de praticar o ato que viole os princípios regentes da atividade estatal, dir-se-á que o ato é doloso” (GARCIA, 2011, p. 349).

Estabelecido de forma positiva a constatação referente ao dolo, será a vez de investigar a possibilidade de enquadramento do ato entre as hipóteses que causem danos ao erário, subsumindo a ação a algum dos incisos do art. 10 ou mesmo ao conceito basilar contido do caput. Comprovando-se isso, será a vez de investigar se também não se enquadra nas hipóteses de enriquecimento ilícito, tanto as dos incisos quanto a do caput do art. 9º. Se for o caso, ainda, deverá averiguar se não é a hipótese do enquadramento nos tipos específicos contidos no Estatuto das Cidades. Sempre a preferência do intérprete será a capitulação no tipo mais severo, compreendido que pelas sanções estabelecidas na lei, os atos que importem enriquecimento ilícito são mais graves que os que causam danos ao erário, que por sua vez são mais graves que os que ferem os princípios da administração.

Encerrada esta fase, então buscará o intérprete verificar a qualidade de vítima, para concluir se está ou não vulnerável de ser enquadrada como sujeito passivo dos atos de improbidade, ou porque ostentam a qualidade de entidade da administração pública direta ou indireta, ou porque recebem verbas públicas por quaisquer dos meios permitidos em direito. Toda essa equação conduz à verificação da existência da improbidade formal, que ainda não é suficiente para dar ensejo à tipificação. A última parte da operação consistirá na busca da comprovação da existência de uma improbidade material, é dizer, de atos que efetivamente sejam incompatíveis com a probidade imposta aos administradores, mas também que guardem proporcionalidade entre o fato apurado e a sanção pretendida. Pois é importante para a própria credibilidade da lei se evitar que atos que tenham causado danos ao erário ou ferido princípios da administração, mas que mesmo assim não sejam desonestos venham a ser de pronto afastados pelo aplicador da lei. Como adverte o próprio GARCIA (2011, p. 351):

Tratando-se de dano ou de enriquecimento de ínfimo ou de nenhum valor monetário, ou mesmo de ato que, apesar de violador dos princípios regentes da atividade estatal, tenha atingido o interesse público em sua plenitude, sem qualquer lesão a direitos individuais, não se terá uma relação de proporcionalidade entre a conduta do agente e as consequências que advirão da aplicação da Lei 8.429/1992, o que deve importar no seu afastamento.

A respeito do objeto de nossa investigação, será então um dos elementos de estudo a análise dos motivos que ensejaram o ajuizamento das ações de improbidade no tempo e espaço delimitados, para concluir se, entre outras coisas, houve ou não proporcionalidade entre os fatos e a pretensão do autor da ação.

3.2.5. A ação de improbidade administrativa

Uma vez que as sanções por improbidade administrativa poderão dar lugar a tripla reponsabilidade do agente, de natureza administrativa, civil e política, é indeclinável a necessidade de sua imposição por ato judicial. Muito embora o sistema jurídico permita infligir pena por infração administrativa efetivada pela própria administração, em todas as hipóteses será possível sempre a revisão do ato administrativo a cargo do Poder Judiciário, respeitado o conhecido limite do mérito.

Neste sentido, a própria Lei de Improbidade Administrativa admite que se tome a efeito uma apuração administrativa dos atos ali capitulados. Pacificamente, no entanto, compreende-se que tal procedimento poderá dar ensejo no máximo à pena de natureza administrativa, cujo maior grau possível será a demissão do agente público. Em nenhuma hipótese se admitirá nem a suspensão dos direitos políticos nem a condenação a perdimento de bens ou ressarcimento ao erário por mera decisão administrativa, pois somente a autoridade judiciária poderá impor licitamente estas penas.

O processo administrativo disciplinar eventualmente instaurado pela Administração muito menos poderá ser óbice ao ajuizamento da ação judicial cabível, assim como não poderá impedir o juiz de direito de aplicar a sanção de perda do cargo ou função pública, quando cabível, mesmo que o agente tenha sido absolvido na instância administrativa.

Medidas mais drásticas, como o sequestro preventivo dos bens do agente acusado de enriquecimento ilícito, da mesma forma somente poderá ser decretada por ordem de autoridade judiciária, no âmbito do devido processo legal, mesmo quando tal medida seja do interesse direto da própria Administração.

Assim é que o combate efetivo à improbidade administrativa deverá ter lugar sob os auspícios do Poder Judiciário, em pleno respeito ao conjunto de princípios formatadores do processo judicial brasileiro. Porque a improbidade não é exemplo de crime, não é o caso de

adoção nem subsidiária do direito processual penal. A natureza da ação que visa a apuração da improbidade é francamente não penal, fazendo incidir na espécie o direito processual civil.

Tem sido corrente a compreensão no sentido de que o procedimento hábil à apuração dos atos de improbidade administrativa deverá ser o da Ação Civil Pública, o que diante das expressas disposições contidas na própria Lei de Improbidade Administrativa se trata de flagrante equívoco. Neste sentido, é elucidativa a lição trazida na obra de MEIRELLES (2013, p. 263), texto na verdade da lavra do Ministro Gilmar Mendes (atualizador), quando aduz com inteira propriedade:

Tem sido prática comum tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário o tratamento desta ação de improbidade administrativa meramente como nova modalidade de ação civil pública, frequentemente chamando-a de “ação civil pública de improbidade administrativa”. Trata-se, a nosso ver, de prática de pouca técnica jurídica, pois a ação de improbidade administrativa tem natureza, contornos e regramento próprios, não se confundindo com aqueles específicos das ações públicas em geral.

Inclusive porque, diferente do amplo rol de legitimados para propor a ação civil pública, somente possuirá legitimidade ativa para a proposição da ação de improbidade administrativa dois sujeitos: o ente da administração lesado pelo ato ilícito e o Ministério Público, o que é objeto de profunda e pertinente crítica por parte dos estudiosos da matéria.

Na prática, raramente se observa o ajuizamento da ação pelo sujeito passivo, uma vez que muitas vezes será o próprio agente causador do dano quem estará na sua respectiva administração. Salvo o caso de opositores que chegam ao poder e se utilizam da ação de improbidade mais como mecanismo de vingança que de justiça, restará por regra ao Ministério Público a incumbência do seu ajuizamento e acompanhamento. Permite-se que o ente qualificado como sujeito passivo do ato de improbidade integre o processo na qualidade de litisconsorte, quando não for ele o seu autor. Reversamente, quando não for o Ministério Público quem tenha ajuizado a ação, então o órgão funcionará obrigatoriamente como *custos legis*.

Por analogia às disposições da Lei da Ação Civil Pública, mas também porque a Lei de Improbidade Administrativa regulamenta um procedimento administrativo, é possível ao Ministério Público precedentemente ao ajuizamento da ação judicial, instaurar procedimento administrativo, chamado comumente de inquérito civil. Se trata de espécie do gênero processo administrativo, que inclusive poderá correr em sigilo nas hipóteses em que tal seja necessário à efetividade das investigações preliminares. No mais, é imperativo o respeito aos princípios regentes do processo administrativo.

A petição inicial deverá conter os elementos necessário à caracterização do ato de improbidade, com afirmação de fatos e correlação deles aos tipos respectivos que sejam aplicados ao caso concreto. Também, porque se trata de ação civil, deverá preencher os requisitos gerais da petição inicial. Assim, naquilo em que for omissa a Lei de Improbidade ou não existir incompatibilidade dela com os preceitos do Código de Processo Civil, sempre será aplicável a lei adjetiva, afinal se trata de lei subsidiário geral para todos os procedimentos judiciais (MONTENEGRO FILHO, 2016).

Estando conforme a petição inicial, será o réu intimado para apresentar defesa preliminar. Será esta a oportunidade de demonstrar a inexistência dos elementos específicos necessários à configuração da improbidade administrativa, inclusive da ausência de proporcionalidade entre a pretensão do autor e o ato alegado.

Nesta fase o juiz deverá agir com denodo, pois se recomenda que atos de menor gravidade ou mesmo que não configurem, mesmo em tese, improbidade administrativa sejam de pronto rechaçados (GARCIA, 2011). Não estando adequado o procedimento, faltando elementos mínimos que indiquem prova da materialidade ou indícios de autoria, ou até mesmo quando for desproporcional a acusação, deverá o juiz nesta fase indeferir a petição inicial. O vigente Código de Processo Civil determina que preliminarmente o juiz deverá sempre notificar a parte a produzir a emenda necessária à exordial. Contudo, quando for irreparável esta, ainda assim o magistrado deverá barrar o seguimento da ação.

Recebida, contudo, a petição inicial, será adotado o rito do procedimento comum, podendo o juiz deferir medidas de urgência, notadamente as que busquem garantir a efetividade da decisão de mérito, como o sequestro de bens do réu para garantir futura indenização, assim como outras mais adequadas às necessidades demonstradas no caso concreto, para o que, poderá o magistrado fundamentar-se não somente nas disposições da própria Lei de Improbidade Administrativa, mas também nas tutelas inibitórias disciplinadas amplamente no vigente Código de Processo Civil.

Produzidas as provas requeridas pelas partes ou mesmo as determinadas de ofício pelo juiz e oferecidas as alegações finais, será a vez da fase decisória. Não havendo necessidade de produção de provas em audiência, poderá ser o caso de julgamento antecipado da lide, tudo em conformidade com o procedimento comum do Código de Processo Civil.

A sentença poderá impor as sanções estabelecidas no art. 12 da Lei de Improbidade, que conforme o caso imporá a perda do cargo ou função, pagamento de indenização e suspensão dos direitos políticos. A lei também normatiza os casos de prescrição, determinando que esta acontecerá em cinco anos, contados do desligamento do

agente do cargo ou função que ocupava. Sendo servidor efetivo, nos mesmos prazos estabelecidos pelo seu estatuto. O ressarcimento ao erário, contudo, será imprescritível.

No âmbito do presente estudo, a pretensão é a análise das ações de improbidade administrativa ajuizadas nos últimos cinco anos na Comarca de Crato-CE, em face de diversos agentes públicos. No correr da análise pretendida, buscar-se-á compreender a natureza dos fatos que deram ensejo à propositura da ação, as provas iniciais de que se valeram seus autores para propor as respectivas demandas, as que deram ensejo ao não recebimento a petição inicial e que motivos foram alegados, as demais provas que se fizeram necessárias produzir no curso da instrução e a relevância delas para a demonstração dos fatos alegados e por fim as sentenças judiciais, para aferir o tratamento que deram aos elementos caracterizados dos atos de improbidade, se investigaram adequadamente a comprovação de cada um deles ou se levaram em conta outros não analisados no presente estudo. Relevante também será verificar se a ação é proposta como fruto de alguma denúncia específica feita em face do seu autor, ou fruto da sua atuação regular no controle das administração pública. Estatisticamente, buscaremos ainda estabelecer os percentuais de procedência e improcedência das ações.

Serão estes os elementos levados em conta para compreender a matiz decisional dos juízos estudados. O que, contudo, será detalhado e melhor analisado no capítulo seguinte.

Para o presente momento do nosso estudo, parece-nos relevante analisar a possibilidade de compreensão da ação de improbidade administrativa como uma política pública de combate às patologias corruptivas, o que faremos já a seguir.

3.3. A ação de improbidade administrativa como política pública de combate às patologias corruptivas – algumas reflexões teóricas

Juntamente com as atividades típicas inerentes à função administrativa (a administração pública no sentido objetivo, noção que incorpora as atividades clássicas dos serviços públicos, fomento, intervenção, regulamento e poder de polícia) é necessário o estabelecimento de uma série de outras relacionadas à verificação da correção dos atos praticados pelos entes da Administração e seus respectivos agentes. Atribui-se a esta atividade o nome de controle (JUSTEN FILHO, 2015) e em geral se a relaciona aos instrumentos de controle da administração. É conhecida como função de controle.

Conforme pacífica compreensão dos estudiosos, as atividades de controle são exercidas por diferentes órgãos, entes e poderes, inclusive pela própria Administração que

desenvolve a respectiva atividade, mas também por pessoas estranhas a sua organização interna. Na classificação do controle da Administração se fala da distinção entre controle interno e externo.

No caso específico da ação de improbidade administrativa, se trata de instituto a princípio classificado como meio de controle externo, haja vista ser realizado por intermédio de uma ação judicial, manejada pelo Ministério Público. Será controle externo tanto porque sua iniciativa compete ao parquet, quanto porque a decisão final sobre a matéria caberá ao Poder Judiciário, uma vez que ambos se tratam de órgão e poder distintos, respectivamente, do produtor do ato atacado.

Tendo em vista que o próprio ente lesado pelo ato improprio poderá tanto ter a iniciativa da provocação da demanda judicial, quanto igualmente lhe compete proceder a apuração de cunho administrativo, embora limitada conforme já afirmamos, ainda assim nesse sentido também poderá ser compreendida como controle interno.

A matéria a respeito de se tratar a ação de improbidade de meio de controle da administração não enfrenta maiores polêmicas nos estudos doutrinários. Na literatura nacional tal é posição pacífica. A questão por nós proposta no âmbito da presente investigação diz respeito a questionar se é possível compreender a ação de improbidade como uma política pública de controle da administração, cujo fundamento mais relevante encontramos no texto do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, ou pelo menos em que medida o estudo do tema poderá conduzir à construção de políticas públicas com tal objetivo.

Para este desiderato, primeiramente enfocaremos o sentido da expressão políticas públicas, por intermédio do que buscaremos um conceito possível, para depois investigarmos ser pertinente ou não a adequação desse conceito ao objeto investigado.

3.3.1. O que são políticas públicas

Política pública é conhecimento interdisciplinar, que aborda a compreensão de múltiplas disciplinas, como ciência política, sociologia, economia, antropologia, geografia, ciências sociais, ciências da saúde e outras mais. Embora interesse ao jurista, não se trata por evidente de nenhum conceito jurídico. Numa primeira apresentação, poderíamos dizer que as políticas públicas possuem como principal relevância, no campo prático, enquanto instrumento de orientação e qualificação do trabalho dos diversos agentes e no campo acadêmico como meio de aferição da eficácia da atuação do Estado. É por meio das políticas públicas que acontece uma intervenção do Estado nos diversos seguimentos da sociedade,

para o fim de modificar diferentes aspectos da vida social. A atividade do Estado, por exemplo, visando organizar a economia, implementar a saúde, educação, etc., são exemplos de políticas públicas.

SCHMIDT (2008) aduz que existem três dimensões diferentes de apreensão do conceito de política, que chama (com referência à literatura estrangeira) de *polity*, *politics* e *policy*. Assim, “pertencem à dimensão da *polity*, aspectos estruturantes da política institucional, como sistemas de governo, estrutura e funcionamento do executivo, legislativo e judiciário, o aparato burocrático (a máquina administrativa)” (SCHMIDT, 2008, p. 2310). Nesse sentido, a expressão se refere à superestrutura do Estado e está relacionada ao conteúdo específico do direito constitucional.

A expressão *politics* compreende o processo de tomada e manutenção do poder, envolvendo os diferentes aspectos que envolvam o conflito entre os diversos personagens da política, bem como aos meios de solução desses conflitos, o que envolve questões como “as relações entre o poder executivo, legislativo e judiciário, o processo de tomada de decisão nos governos, as relações entre Estado, mercado e sociedade civil, a competição eleitoral e parlamentar, a atuação e relação dos partidos e das forças políticas com os governos” (SCHMIDT, 2008, p. 2310). Igualmente se relaciona a questões de deslinde último na própria estrutura da Constituição.

Por fim, a noção de *policy* “envolve os conteúdos concretos da política, as políticas públicas” (SCHMIDT, 2008, p. 2310). Representam concretamente as ações pretendidas pelo Estado para a efetivação de seus propósitos e significam ações do poder público em diversas dimensões diferentes, que abrangem desde a gestação das atividades a partir de objetivos previamente traçados, até sua concretização e avaliação da efetividade deles. É neste sentido da atividade estatal que se compreende as políticas públicas propriamente. As matérias referentes a este tipo de ação estatal em muitas ocasiões são tratadas diretamente na Constituição, pelo menos quanto ao estabelecimento de uma norma diretiva (em muitas ocasiões de caráter programático). Mas também poderão ser estabelecidas apenas pela legislação ordinária. Assim, é possível entender que enquanto as atividades relacionadas à *polity* e à *politics* são estruturadas necessariamente a partir do comando da Constituição, as políticas públicas (*policy*) não necessariamente. Muito embora não estabeleça isso de maneira coerente e estruturada, a Constituição Federal estabelece sem dúvidas as diretrizes para diversas políticas públicas.

Na busca de estabelecer elementos conceituais para a compreensão da expressão, SCHMIDT (2008, p. 2311) esclarece que a expressão “indica um campo de atividade, ora um

propósito político bem concreto, ou um programa de ação ou os resultados obtidos por um programa”. Daí saca que são três os seus elementos conceituais: uma cadeia de decisões; uma instância de conformação dos diversos poderes ou interesses envolvidos e o desenvolvimento de ações no tempo, como consequência dessa cadeia de decisões. Há também uma tipologia bem abrangente de políticas públicas, sendo exemplos as políticas distributivas, redistributivas, regulatórias e estruturadoras, que desenvolverão objetivos distintos, como a distribuição de riquezas entre parcelas da população e regiões do país, a regulação de determinada atividade relevante para o Estado.

Também é corrente a classificação da elaboração e desenvolvimento das políticas públicas em cinco distintas fases, a saber: percepção e identificação do problema; inserção na agenda política; formulação; implementação e avaliação. A compreensão dessas fases é importante para que se perceba que as políticas públicas não são meras ações isoladas do Estado, mas deverão ser elaboradas intervenções na realidade da vida social, que partindo do estudo e planejamento, estabelecem a construção e execução de estratégias de ação, as quais impreterivelmente terão de ser avaliadas para a verificação de seu sucesso total ou parcial, ou até mesmo fracasso.

Tradicionalmente, os estudos de direito administrativo buscam estabelecer uma importante distinção entre os diversos tipos de agentes públicos, onde a uns caberia a elaboração das políticas públicas (os agentes políticos) e outros sua mera execução (os agentes administrativos, na classificação de parte dos estudos). Ao primeiro grupo compete a decisão a respeito de que rumos a atuação administrativa tomará por intermédio de suas diversas ações, enquanto ao segundo compete exclusivamente executar as ordens emanadas do primeiro. Há uma clara inspiração no modelo administrativo francês, de origem napoleônica, onde a estrutura administrativa está encerrada sob uma firme hierarquia, por meio da qual a cúpula da estrutura administrativa deverá ter pleno controle de todas as ações executadas pelos subordinados. É uma estrutura militarizada a brasileira. WEBER (2003) no mesmo sentido se refere à função do burocrata. Com base nisso SCHMIDT (2008, p. 2321) aduz:

Aos funcionários públicos, segundo tal raciocínio, não cabe nenhum papel político, apenas a função administrativa. Em termos de políticas públicas, a divisão de responsabilidades é bastante clara: a formulação das políticas compete aos políticos e a sua execução aos funcionários (os burocratas), em conformidade com o ordenamento jurídico vigente. Dos funcionários públicos espera-se que ajam de modo profissional e sejam politicamente neutros. O verdadeiro burocrata, diz Weber, deve administrar tudo de forma apartidária, sem amor e sem ódio.

Para além do discurso ideológico das fórmulas pontuadas pelos administrativistas e sociólogos, SCHMIDT (2008) faz vez a impossibilidade fática dessa neutralidade, pois todas as ações são parciais, porque próprias de seres humanos inseridos no seio do convívio social. Por essa razão, nenhuma ação da administração será neutra, mas necessariamente política, o que inclui os agentes integrantes do Poder Judiciário (que para importante parcela dos administrativistas, por sinal, são verdadeiros agentes políticos – MEIRELLES, 2006).

Portanto, mesmo considerando a imparcialidade que deverá restar permeada na atuação do Poder Judiciário, isto não significa despi-la de um caráter político, pois necessariamente deverá valer-se dos valores jurídicos no desempenho dela. Daí, em si mesmo a natureza da atuação jurisdicional não exclui ela como uma política pública. Sendo assim, nos parecem relevantes algumas reflexões sobre a possibilidade de se estabelecer políticas públicas por intermédio da atuação do Poder Judiciário, do que cuidaremos a seguir.

3.3.2. A atuação do poder judiciário no combate das patologias corruptivas como elemento para a construção de novas políticas públicas

Conforme adverte com inteira propriedade BITENCOURT (2013, p. 42), no bojo do Estado contemporâneo “a justiça não consegue e nem pode mais ser apolítica, uma separação desses conteúdos não encontra respaldo”, pois não existe mais espaço para a distinção entre o político e o judicial. É nesse sentido que se permite estabelecer a possibilidade de se considerar a atuação do Estado Juiz como um instrumento de uma política pública de combate às patologias corruptivas.

Conforme já estabelecido acima, as políticas públicas podem ser compreendidas como um conjunto de ações planejadas no sentido de atingir um específico objetivo de interesse público. No caso do presente estudo, pretendemos nesse tópico investigar a ação de improbidade administrativa como uma política pública de combate à corrupção.

Um elemento importante já temos inserido na própria Constituição Federal, que é o específico rechaço do ordenamento jurídico às patologias corruptivas, quando no bojo do art. 37, § 4º, estabelece a Carta Política que os atos de improbidade serão sancionados com as medidas ali impostas, cujo conteúdo já foi analisado. No mesmo sentido, se pode falar de uma norma de caráter legal que regulamenta o comando constitucional, que no caso é a Lei de Improbidade Administrativa, a qual estabelece os elementos necessários à caracterização da improbidade e os procedimentos administrativos e judiciais a serem adotados no combate ao

ilícito apontado. Resta ver, contudo, se todas as fases de elaboração e execução das políticas públicas se encontram presentes no caso em questão.

Tendo em vista que as políticas públicas são fruto da interdisciplinariedade entre diversos saberes, conceitua-la não se trata de tarefa fácil. Na verdade, todo e qualquer conceito que se possa buscar a seu respeito deverá ser conceito aberto para que não seja falho, podendo ser compreendido (BITENCOURT, 2013, p. 47):

É nesse sentido que a caracterização das políticas públicas como um conceito aberto, seria composta por um conjunto de ações e programas continuados no tempo, que afetam simultaneamente várias dimensões básicas da vida de uma população, devendo ser organizadas em uma determinada área de implementação, numa busca concretizada pelo procedimento, explicitando diretrizes e objetivos numa sucessão de atos que se desenvolvem em um fim determinado, posto.

Assim, é possível estabelecer a atuação de controle em face dos atos corruptivos, tomados a efeito por intermédio da ação de improbidade administrativa como *um conjunto de ações continuadas*, pois é incessante a atividade de controle, seja a patrocinada pelo Ministério Público e pela própria Administração, seja o resultado dela concretizado pela decisão judicial na respectiva ação. A atividade de controle em geral, sem dúvidas *afeta várias dimensões básicas da vida da população*, uma vez que o combate às patologias corruptivas conduzem à melhoria na prestação dos serviços públicos de uma maneira geral, como também de todas as demais atividades próprias da função administrativa. A atuação dos diversos órgãos no combate à improbidade igualmente busca *concretizar pelo procedimento objetivos visando um fim determinado*, propriamente dar cabo à corrupção.

Logo, tendo em vista um conceito mais largo da expressão políticas públicas, nos parece a princípio estabelecer a compreensão de que a atividade de controle desenvolvida por intermédio da ação de improbidade pode ser compreendida enquanto uma política pública do Estado. É preciso, contudo, analisar ainda com melhor detenção a questão.

BITENCOURT (2013, p. 61) chama ainda a atenção para a necessidade de se distinguir os conceitos de políticas públicas, serviços públicos e direitos sociais, pois “da forma como são tratados no texto constitucional, pode-se afirmar que serviços públicos e direitos sociais não são políticas públicas enquanto categoria”, embora possam ser efetivados os direitos sociais e desenvolvidas as políticas públicas por serviços públicos.

Serviços públicos são utilidades oferecidas à população em geral, gozadas individual ou coletivamente, com ou sem contraprestação pecuniária e executados diretamente pela administração ou por particulares, mediante prévia delegação. São vários os elementos

tomados em conta para a caracterização dos serviços públicos, a nós parecendo o mais relevante aquele que identifica o regime jurídico, para dizer que será serviço público aquele regulado pelo Regime Jurídico Administrativo, mesmo quando prestado por particulares (DI PIETRO, 2012).

Os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão, necessariamente de previsão constitucional (pois restar positivado no catálogo é dado essencial para o reconhecimento de um direito fundamental) por intermédio dos quais se impõe o dever de realizar prestações por parte do Estado. Em geral, os direitos sociais são efetivados por intermédio da prestação de serviços públicos pelo Estado. Da mesma forma, é possível que uma política pública seja desenvolvida com o objetivo de efetivar direito social. E ainda será possível que determinada política pública se desenvolva por intermédio da prestação de serviço público. Assim, pode-se dizer que as “políticas públicas e os serviços públicos são espécies, enquanto os direitos sociais é gênero de forma que podem ser realizados através de políticas públicas, ou não” (BITENCOURT, 2013, p. 69).

Contudo, tradicionalmente é cediça a compreensão no sentido de que as políticas públicas devem ser realizadas através de atos legislativos e administrativos. O legislador aprova os termos centrais de determinada política pública, enquanto o executivo efetiva as disposições da lei. Não cabe nesse modelo a participação do Poder Judiciário nem na construção nem na efetivação das políticas públicas, mesmo reconhecendo que “falta à questão das políticas públicas um tratamento jurídico padrão, indiferente dos embates doutrinários” (BITENCOURT, 2013, p. 69).

Principalmente, se tomarmos em conta o moderno processo de judicialização da atividade política, não se pode simplesmente olvidar da relevância do Poder Judiciário na atividade de efetivação dos direitos sociais. Bem a propósito, a atuação do ativismo judicial é exatamente no sentido de fazer com que o juiz preencha as lacunas não ocupadas adequadamente pelo administrador ou legislador, de maneira que também não se poderá ignorar a participação judicial em relação às políticas públicas. BUCCI (2013, p. 192) adverte:

A própria existência da chamada “judicialização da política” é um fator que por si demonstra a processualidade das políticas públicas, na medida em que maior número de conflitos sociais passa a ser submetido à lógica processual, submetido ao Poder Judiciário, uma vez que o modelo jurídico da Constituição favorece a admissão do conflito, e não sua rejeição.

Daí, mesmo que não seja para concluir pela efetiva participação do judiciário na elaboração das políticas públicas, posto que tal será matéria afeta à atuação do legislador e administrador, não poderá jamais negar a possibilidade de elas virem a ser revisadas pelo Poder Judiciário. Para tanto, basta lembrar que as políticas públicas, além de afirmadas por intermédio da lei, serão executadas através de atos administrativos, sendo largamente reconhecida a possibilidade de revisão de um e outro pelo Poder Judiciário. A lei se revisa para concluir pela sua validade ou não (a lei inconstitucional será lei nula através do controle concentrado ou difuso) e o ato administrativo também poderá ser auditado pelo juiz, para também se aferir sua validade. Sendo assim, não poderá haver dúvidas sobre o controle exercido pelo judiciário a respeito da implementação das políticas públicas. Nesse sentido, BITENCOURT (2013, p. 72), ensina:

Logo, quando o Estado operar sobre o discurso de políticas públicas o fará através do Poder Legislativo e Executivo. O que não implica que não poderá o Judiciário controlar seu modo de operar no estabelecimento, na definição e na implementação dessas políticas, e que sua decisão substituirá a decisão tomada anteriormente pelo Legislador ou o administrador.

Em si mesmo, os atos de controle que amplamente se permite à atuação jurisdicional já são relevante meio de participação, pois se não instituem as políticas públicas, poderão ser essenciais para a sua eficácia, o que em si mesmo é de estrita relevância à matéria.

A ação de improbidade administrativa é sem dúvidas um importante instrumento de controle da atuação dos agentes públicos em geral, mas notadamente dos atos por eles praticados na implementação de políticas públicas. Não se poderá ter dúvidas a respeito da possibilidade do manejo dessa ação em contrafação a atos de agentes que, durante a implementação de quaisquer políticas públicas, ajam com desonestidade. Logo, embora não seja possível qualificar esta ação como uma política pública em si mesma, a atuação jurisdicional no deslinde delas é relevante tanto para emprestar efetividade a políticas públicas de diversas espécies, como a análise estatística dos resultados concretos delas, igualmente poderão indicar caminhos eficazes, sejam para melhorar as políticas públicas já existentes, sejam para a construção de outras novas.

Sendo assim, o estudo a ser desenvolvido no capítulo seguinte não será o de compreender a ação de improbidade administrativa como uma política pública em si mesma, mas o de averiguar em quanto os seus resultados poderão conduzir primeiro à eficácia das políticas públicas já existentes, e segundo, à construção de novas políticas públicas. Nos

parece, nesse passo, possível mesmo afirmar pela possibilidade de elaboração de uma política pública de controle da administração pública em geral.

4. APRESENTAÇÃO E CRÍTICA DOS DADOS COLETADOS NA PESQUISA DE CAMPO

4.1. Considerações iniciais

Desde a elaboração do projeto de pesquisa que redundou na efetivação da pesquisa e construção do aparato teórico que fundamenta o presente trabalho, sempre se teve por foco a verificação e análise das ações de improbidade administrativa no espaço geográfico proposto, com a finalidade de analisar as respectivas ações e daí sacar específicas conclusões. Notadamente tendentes a verificar a eficácia desta notada atividade jurisdicional no combate às patologias corruptivas, mas também na busca da construção de políticas públicas capazes de aprimorar tal combate.

Enquanto área física de pesquisa, a escolha recaiu sobre a Comarca de Crato-CE, localizada no extremo sul do Estado do Ceará, e de relevante importância histórica local. Note-se que não foram simplesmente questões de proximidade geográfica do pesquisador com o objeto investigado que conduziram à escolha do especificado espaço, mas também se tomou em vista a importância do local no âmbito histórico e econômico para o Estado do Ceará, muito embora não se possa ter deixado de verificar as facilidades da proximidade entre o objeto e o investigador, principalmente as de ordem econômica.

Foram colhidos com sucesso e sem maiores entraves os dados colacionados. As autoridades judiciárias a quem se precisou contatar com o objetivo de garantir acesso aos

autos dos processos que se enquadravam no objeto da pesquisa, facilitaram sem condições o acesso aos autos, assim como também aconteceu com todos os serventuários do Poder Judiciário a quem se precisou recorrer. De logo, é imperioso o reconhecimento de que o princípio da publicidade dos atos judiciais é devidamente respeitado no âmbito da Comarca investigada.

O trabalho propriamente consistiu em examinar os autos de todas as ações de improbidade administrativa que tramitam ou tramitaram na Comarca de Crato-CE, nos últimos cinco anos. Os dados colhidos buscaram apurar a iniciativa para a propositura da ação, o tempo decorrente entre a notícia do fato apurado e o protocolo da petição inicial, se a ação foi ou não precedida de procedimento administrativo prévio, o tempo decorrente entre o ajuizamento da ação e o recebimento (ou não) da petição inicial, contando a defesa preliminar, os principais incidentes processuais ocorridos durante o procedimento, se foi ou não necessário a produção de provas em juízo e o conteúdo da sentença. Nos casos em que houve recurso, também se procurou apurar o tempo entre a propositura da insurgência e o julgamento pelo órgão competente, assim como se a ação em estudo está ou não transitada em julgado.

Com isto, procuramos identificar elementos objetivos através dos quais será possível, ao final, concluir a respeito da efetividade ou não das medidas judiciais adotadas, assim como da necessidade de construção de políticas públicas referentes aos dados coletados, quando e se for o caso.

Feitas as considerações prévias, passaremos a apresentar brevemente a história da Comarca e do Município de Crato-CE e exposição dos dados coletados com objetividade, para em seguida trazermos as críticas que sejam pertinentes a respeito.

4.2. Breves notas históricas sobre a cidade e a Comarca de Crato-CE.

O sopé da Chapada do Araripe, na fronteira geográfica entre os Estados de Ceará, Pernambuco e Piauí, é caracterizado pelo considerável número de nascentes de água, o que diferencia o clima local da tradicional sequidão característica do sertão nordestino. Aí, nesse cenário de “luxuriante vegetação, cheia de águas que brotavam das nascentes do planalto do Araripe, rica de caça e mel e frutos silvestres” (PINHEIRO, 2010, p. 29), deu-se início um povoamento de índios oriundo de doação de terras, acontecimento datado de 1743, e dirigido por frades capuchinhos, que recebeu o nome de Missão do Miranda, mais tarde, em 1764,

transformada em Vila Real do Crato e elevada à categoria de cidade em 1853 (PINHEIRO, 2010).

A comuna sempre exerceu importante papel na vida cearense e nordestina, centro que foi do comércio local e povoado mais desenvolvido do Cariri. Mereceu citação na obra de RIBEIRO (1995), um dos mais portentosos trabalhos da antropologia nacional, referenciado exatamente pela relevância de sua atividade econômica, sede de uma das feiras mais frequentadas do interior nordestino e parada final da linha férrea que ligada o interior à capital do Estado.

Para além da economia, igualmente exerceu preponderância na história local. Foi uma das sedes do levante revolucionário eclodido nos mosteiros de Olinda, Pernambuco, em 1817 e espraiado para várias localidades do interior, com especial destaque ao Crato, onde naquele ano, “do púlpito de sua igreja-matriz o subdiácono José Martiniano de Alencar [pai do romancista José de Alencar], com a adesão dos seus parentes e amigos, proclamou a República” (BORGES, 1997, p. 20). Este movimento encontra-se nas origens de outra revolução republicana que agitou novamente o nordeste brasileiro em 1824, a chamada Confederação do Equador, que tem um irmão de José Martiniano como presidente, o Tristão de Alencar Araripe (ARARIPE, 2014).

Destaca-se, ainda, o fato de ser o Crato a sede da primeira Comarca do interior do Estado do Ceará, fundada em 1816 e instalada no ano seguinte, por ato do Rei português D. João VI, que por força do Alvará de 27 de junho de 1816 decidiu “dividir a comarca do Ceará Grande, e criar outra com a denominação de comarca do Crato, servindo-lhe de cabeça a vila do Crato” com vasta circunscrição territorial. Como afirma BORGES (1997, p. 21), para mencionar a importância e dimensão da novel comarca, “basta dizer que todo o Estado dividia-se apenas em duas comarcas: o Crato e Fortaleza, ou Ceará-Grande”.

Quase meio século depois, no ano de 1844, a cidade foi o berço natal do Cearense do Século XX, o padre Cícero Romão Batista, personagem polêmico, de rica vida religiosa e política. O famoso padre Cícero, afilhado do líder político local de Crato, Coronel Antônio Luiz, foi personagem central do episódio conhecido como milagre de Juazeiro, consistente na suposta transmutação da hóstia que dava à Beata Maria de Araújo, sua assecla, em sangue, o que deu origem ao processo de afastamento do padre da ordem religiosa, a fundação do Município de Juazeiro do Norte, pequena localidade onde se deu o fato e até então um desimportante distrito de Crato, culminando com o ingresso do Padre na vida política, tendo sido o primeiro Prefeito de Juazeiro e também Deputado Federal.

A vida política do padre é marcada principalmente pelo episódio em que, já no ano de 1914, a partir da invasão da cidade de Crato pelos romeiros do padre, empreendeu-se uma marcha até a capital do Estado, com conseqüente derrubada do governo do Estado. A partir de então, torna-se insuperável a influência política do padre para toda a região, o Estado e até mesmo alhures. É sempre lembrado pelos historiadores o episódio em que o padre Cícero outorga o título de capitão a Virgulino Ferreira da Silva, o mais famoso cangaceiro do nordeste, mais conhecido por Lampião (LIRA NETO, 2009).

Não é o momento, por certo, de trazer maiores luzes à história da localidade investigada, mas apenas justificar a pertinência da sua escolha como campo de estudo. Logo, sem maiores delongas, de pronto passaremos ao próximo item do estudo, consistente na apresentação minuciosa dos dados coletados, para somente em seguida iniciarmos as ponderações pertinentes a crítica destes dados.

4.3. Levantamento e principais dados das ações de improbidade administrativa que tramitam na Comarca de Crato ao longo dos últimos cinco anos.

O trabalho de campo necessário ao deslinde do projeto de pesquisa consistiu na visita ao fórum local da Comarca de Crato e consulta dos autos que se referiam à apuração de atos de improbidade administrativa, que tivessem tido início nos últimos cinco anos, ou mesmo que tivessem se iniciado em anos mais remotos, ainda não houvessem transitado em julgado, contados da data da respectiva visita. Procurou-se investigar inclusive os possíveis autos que já estivessem arquivados nesse período, bem como as razões para tanto.

Entretanto, não foram localizados processos arquivados, estando todos ainda em processamento, é dizer, sem que tenham sido fulminados pelo instituto do trânsito em julgado, muito embora parte deles esteja já em grau de recurso. Quanto ao único processo que não se encontrava fisicamente na Comarca foi perquirido a respeito de sua atual tramitação, tendo sido ainda assim possível a verificação dos principais fatos pertinentes ao mesmo, através do cotejo de informações constantes do sistema informatizado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Logo, apesar de mais limitado, a utilização deste recurso permitiu a correta colheita dos dados necessários às conclusões sacadas ao final do trabalho. De toda sorte, deu-se sempre preferência à colheita de dados *in locus*, o que garante a maior exatidão das informações.

Todo esse trabalho, apesar de exaustivo, transcorreu sem maiores transtornos, tendo havido sempre receptividade ao intento do pesquisador. Não se estabeleceu qualquer censura à colheita de dados, o que garante a maior exatidão das informações. No mesmo passo, os dados solicitados, tais como a quantidade, localização e número dos processos procurados, foram todos de fácil acesso através do sistema informatizado do Tribunal de Justiça do Estado.

Do exame dos autos, buscou-se colher as seguintes informações: a) quem foi o autor da demanda; b) se a ação foi precedida ou não de investigação prévia; c) se a ação é fruto do trabalho direto de controle (interno ou externo, conforme seja a hipótese) do proponente da ação ou se o seu ajuizamento decorre da apuração de denúncia feita por pessoa ou órgão externo; d) nos casos em que houve um prévio procedimento administrativo, quanto tempo de apuração decorreu entre o seu início e o efetivo ajuizamento da inicial, inclusive se o réu ainda ocupava o cargo ou função em que teria cometido o possível ato de improbidade; e) quanto tempo decorreu entre o ajuizamento da ação, a notificação inicial do (s) réu (s), e o recebimento da petição inicial ou sua rejeição, conforme tenha sido a hipótese; f) nos casos em que se verificou demora nesse processamento, quais seriam as razões para tanto, e mesmo em que percentual houve demora razoável entre o ajuizamento da ação e o recebimento da petição inicial (apurou-se, ao final, uma média geral quanto a este período); g) se houve a necessidade de audiência de instrução; h) se é possível verificar, caso a caso, a relevância das provas apuradas no processo administrativo preliminar para o deslinde da lide, para o que se observou os fundamentos de fato evocados nas respectivas decisões de mérito, quando estas já existem; i) se o período entre o recebimento da petição inicial, quando foi o caso, e a sentença de primeiro grau, transcorreu em tempo razoável (ao final, também se apurou uma média geral sobre o período); j) se as sentenças, quando houveram, foram absolutórias ou condenatórias e, nos casos de absolvição, se o fundamento para tanto foi a inconsistência de provas ou prescrição, e em que percentuais tais fatos ocorreram; k) se houve inconformismo dos réus, em caso de condenação, ou do autor, nos casos de absolvição e em que grau os tribunais *ad quem* reformaram as decisões de primeiro grau e que fundamentos principais levaram em conta para tanto; l) outras informações que o pesquisador compreendeu pertinente ao estudo.

Se procurou não identificar pessoalmente as partes envolvidas, fazendo-se referência exclusivamente aos cargos que ocupam ou ocupavam, inclusive porque alguns dos processos examinados estavam sob o manto do segredo de justiça. Por razões óbvias, também não

faremos quaisquer referências aos dados dos processos que se reportem a informações sigilosas, como informações bancárias ou fiscais, por exemplo.

Feitos estes esclarecimentos, passaremos à exposição minuciosa dos dados coletados, através dos quais se pretende averiguar as informações buscadas em cada um dos processos examinados.

A Comarca de Crato, Ceará, se trata modernamente de Comarca de terceira entrância, e é constituída por duas Varas Cíveis, duas Varas Criminais, uma Vara de Família e Sucessões e dois Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Por razões óbvias, as consultas foram realizadas nas duas Varas Cíveis, identificadas por numeração ordinal.

Na 1ª Vara Cível foram localizados seis processos, parte importante deles já sentenciada, embora nenhum em tramitação em grau de recurso, pois os prazos recursais respectivos ou estavam correndo ou ainda não se haviam iniciado. Em geral, são processos exageradamente volumosos, o que levou o investigador também a buscar razões que justificassem o fato. A título de exemplo, o mais volumoso deles possui trinta e oito volumes e não foi sentenciado ainda.

Na 2ª Vara Cível foram localizados cinco processos, também em geral bem extensos, embora sem o mesmo volume médio dos encontrados na 1ª Vara. Destes, um está em grau de recurso de apelação, sob os auspícios do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem decisão final. Nenhum se encontra em sede de outro Tribunal, como possibilita o sistema brasileiro através dos recursos especial e extraordinário, de previsão constitucional.

Os processos em questão, todos são referentes a atos praticados na administração de recursos ou interesses do Estado ou Município, excluídos portanto os de interesse da União. Isso, em razão de tais feitos serem da competência da Justiça Federal, não existindo órgão dessa justiça na Comarca estudada, mas sim no vizinho Município de Juazeiro do Norte.

4.3.1. Dados coletados na 1ª Vara Cível da Comarca de Crato – CE.

4.3.1.1.

Nº do Processo: 2024-90.2007.8.06.0071/0

Promovente: Ministério Público Estadual.

Promovidos: Prefeito Municipal e Chefe de Gabinete do Município.

Objeto da apuração: O Ministério Público identificou obra pública sem a placa de identificação da obra, recomendou a correção do ato pelo Município, que não o fez, mesmo tendo se comprometido a tanto.

Paradoxalmente, na inicial, o Ministério Público afirma que obra é da responsabilidade do Estado do Ceará, não do Município e que os agentes municipais estariam mentindo ao se comprometer com o Parquet a afixar a placa de identificação da obra, mesmo não o tendo feito.

Pede liminar para impedir que a Procuradoria do Município venha a realizar a defesa dos réus. No mérito, pede a condenação pelo tipo do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa.

Demonstra nos autos haver proposto Ação Civil Pública para obrigar o Município a pôr a placa de identificação, tendo sido deferida liminar naquela ação.

A ação foi proposta em 26 de abril de 2007.

Não houve procedimento administrativo preparatório, tendo o autor se valido das informações que fundamentaram a Ação Civil Pública já referida. Os réus ainda estavam ocupando os cargos nos quais teriam cometido o ato de improbidade.

Houve concessão de liminar, na forma requerida, despachada em 27 de junho de 2011.

A primeira defesa preliminar foi juntada aos autos em 27 de abril de 2012.

A defesa preliminar do segundo réu, feita por precatória foi juntada aos autos em 13 de março de 2014, quando não mais ocupava o cargo público de provimento eletivo..

Decisão do juiz, recebendo a petição inicial em 01 de maio de 2014.

Houve contestação dos réus. O último destes atos foi protocolado em 24 de julho de 2014. Ambas as partes também agravaram da decisão monocrática que recebeu a petição inicial.

Mesmo tendo sido julgado pelos relatores indeferida a liminar requerida no Agravo de Instrumento, o processo ficou sobrestado até 06 de dezembro de 2016, quando o Tribunal de Justiça cientificou que o recurso interposto foi julgado improcedente.

Autos conclusos para a autoridade judiciária na data da consulta.

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido entre o conhecimento do fato pelo autor e o término do procedimento administrativo	Não houve procedimento administrativo prévio. Os fatos articulados são baseados nos termos da Ação Civil Pública, não
--	---

	contemplada na pesquisa
Tempo decorrido ente o ajuizamento da ação e o despacho inicial do juiz	2 meses e quatro dias
Tempo decorrido entre o despacho inicial e o recebimento da petição inicial	2 anos, 10 meses e 1 dia
Tempo decorrido entre o recebimento da petição inicial e a audiência de instrução	Ainda não há designação de audiência de instrução.

4.3.1.2.

Nº Processo: 32447-92.2014.8.06.0071/0

Promovente: Ministério Público Estadual

Promovidos: Prefeito Municipal, Secretário de Governo do Município, nove Vereadores do Município e dois empresários, sem estarem no exercício de qualquer cargo ou função pública, qualificados como terceiros.

Objeto da apuração: A ação foi instaurada com base em procedimento investigatório prévio, iniciado a partir de denúncia do ex-prefeito do município. Visa apurar a compra de votos por parte do prefeito, a fim de que fossem reprovadas pela Câmara Municipal as contas do ex-prefeito denunciante, as quais tinham conquistado parecer favorável por parte do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará.

No bojo da petição do Ministério Público consta o seguinte:

Com a conclusão do Procedimento 27/2013, restou evidenciado que o atual Prefeito (...), utilizando como intermediário o seu Secretário de Governo (...), montou um esquema que redundou na compra de votos de Vereadores do Crato no caso específico do julgamento das Contas de Governo de 2009 do Ex-Prefeito (...), contando com a participação financeira dos empresários (...), sócios de empresas prósperas, proprietários de várias farmácias nesta região.

Não há pedido de liminar e pede a condenação às sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

A petição inicial foi protocolada em 21 de março de 2014 e o procedimento administrativo foi instaurado em 11 de outubro de 2013, possuindo mais de quatrocentas páginas. Os réus ainda estavam em pleno exercício das funções dos cargos nos quais teriam praticado o ato de improbidade quando a ação foi ajuizada.

Despacho inicial determinando a notificação dos réus para apresentar defesa preliminar, de 26 de março de 2014.

Primeira defesa preliminar apresentada em 20 de abril de 2014 e a última em 22 de abril de 2014.

Decisão recebendo a petição inicial em 01 de maio de 2014, tendo havido um embargo de declaração contra referida decisão.

Primeira contestação apresentada em 13 de junho de 2014 e a última em 25 de setembro de 2014, em razão da contagem diferenciada de prazo para os réus que opuseram embargos de declaração.

Despacho saneador em 04 de dezembro de 2014.

Audiência de instrução iniciada em 27 de maio de 2015, para ouvida de testemunhas.

Continuação da audiência de instrução em 29 de maio de 2015, para ouvida de outras testemunhas.

Decisão do juiz determinando a quebra do sigilo bancário dos réus, em 19 de setembro de 2016.

Última movimentação do processo em 09 de dezembro de 2016, consistente no envio de ofício a autoridade bancária.

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido entre o conhecimento do fato pelo autor da ação e o término do procedimento administrativo	5 meses e 10 dias
Tempo decorrido entre o ajuizamento da ação e o despacho inicial da autoridade judiciária	5 dias
Tempo decorrido entre o despacho inicial e o recebimento da petição inicial	1 mês e nove dias
Tempo decorrido entre o recebimento da petição inicial e o final da audiência de instrução	1 ano e 28 dias (sem que tenha ainda havido o encerramento da instrução processual)
Tempo decorrido entre o final da instrução e a decisão de primeiro grau	Não há decisão de primeiro grau.

4.3.1.3.

Nº Processo:25103-65.2011.8.06.0071/0

Promovente: Ministério Público Estadual.

Promovido: Ex-Reitor da Universidade Regional do Cariri – URCA, oito ex-Pró-Reitores da mesma Universidade, na qualidade de terceiros a cônjuge de um dos pró-reitores, o diretor da Faculdade Ibiapina (pessoa de direito privado que não recebeu diretamente recursos públicos) e a própria Faculdade Ibiapina, enquanto sujeito de direitos. Anotamos que no caso em questão, tanto se admitiu a participação de terceiros que não são agentes públicos mas se beneficiaram dos atos acoimados como ímprobos, como a própria pessoa jurídica que destes atos se aproveitou.

Objeto da apuração: O processo em questão busca apurar irregularidades por conta de má-gestão da Universidade, ocorridas entre os anos de 2003 e 2006. Ditas irregularidades, consistiriam no não cumprimento das normas pertinentes à lei de licitações e contratos administrativos, nomeação de parente de pró-reitor para cargo de diretoria da FUNDETEC (fundação de direito privado, mantida pela Universidade, esta fundação pública), abastecimento de veículo particular com dinheiro público, favorecimento de instituição de ensino impedida de funcionar, emissão de diplomas sem o devido suporte legal.

Pede liminar de bloqueio de bens dos réus.

Petição inicial protocolada em 31 de janeiro de 2011.

Há inquérito civil prévio, que ocupa os dezesseis volumes iniciais do processo, resumindo mais de vinte e oito mil páginas. Nenhum dos réus ocupava mais o cargo ou função em que teriam cometido os atos de improbidade que lhes imputa o autor da ação.

Despacho inicial do juiz, indeferindo o bloqueio de bens, mas determinando a quebra do sigilo fiscal dos envolvidos e chamando a compor a lide a FUNDETEC, datado de 10 de março de 2011.

Pedido de integração da Universidade no polo ativo da demanda em 03 de fevereiro de 2011.

Primeira manifestação preliminar protocolada em 10 de maio de 2011 e a última em 19 de julho de 2011. Não foram notificados todos os réus.

Certidão de Secretaria de Vara, informando que até aquela data ainda não haviam sido notificados para defesa preliminar três réus, datada de 07 de janeiro de 2014.

Despacho do juiz, determinando a notificação dos faltosos em 09 de janeiro de 2014, despacho renovado com a mesma ordem em 24 de julho de 2014.

Novo despacho do juiz, determinando o desmembramento dos autos com relação aos réus que não foram ainda notificados e seguimento do feito quanto aos demais, em 14 de janeiro de 2015.

Manifestação do Ministério Público quanto às defesas preliminares, em 12 de novembro de 2015

Pedido de declaração de prescrição protocolada por um dos réus, datada de 03 de agosto de 2016.

Defesa preliminar de um réu faltante, protocolada em 13 de outubro de 2016.

Última movimentação até a data da consulta.

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido da ciência do fato até o término do procedimento administrativo	5 anos
Tempo decorrido entre o ajuizamento da ação e o despacho inicial da autoridade judiciária.	1 mês e 10 dias
Tempo decorrido entre o despacho inicial e o recebimento da petição inicial	Ainda não houve o despacho de recebimento da petição inicial

4.3.1.4.

Nº Processo: 2041-98.2008.8.06.0071/0

Promovente: Município de Crato.

Promovido: Ex-prefeito do Município.

Objetivo: Apurar irregularidades insanáveis apuradas na prestação de contas do ex-prefeito entre os anos de 2001 a 2004. Referidas contas foram desaprovadas por Parecer prévio do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, o qual foi confirmado pela Câmara Municipal. Especificamente, os fatos se referem à não arrecadação da dívida ativa do Município, por ato omissivo atribuído ao réu, o que consistiria em infringência à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A inicial foi protocolada em 14 de maio de 2008.

O ente público não realizou procedimento administrativo preliminar, valendo-se da documentação produzida pelo Tribunal de Contas dos Municípios. O réu não mais ocupava o cargo no qual teria praticado o ato de improbidade.

Defesa preliminar em 19 de janeiro de 2009.

Recebimento da petição inicial, por despacho de 06 de julho de 2012.

Contestação protocolada em 17 de setembro de 2012.

Segunda contestação em favor do mesmo réu, juntada em 19 de setembro de 2012.

Réplica do Município em 31 de maio de 2013.

Manifestação do Ministério Público pleiteando a produção de provas, em 14 de novembro de 2013.

Despacho saneador, datado de 03 de dezembro de 2013.

Audiência de instrução em 12 de maio de 2014, onde foi ouvida uma testemunha. No referido ato, houve pedido de diligência por parte do réu e do Ministério Público.

Resposta do Município, apresentando apenas parte da documentação requisitada, datada de 01 de abril de 2015.

Manifestação do Ministério Público, em 15 de março de 2016.

Despacho encerrando a instrução processual, datado de 11 de agosto de 2016.

Memoriais do Município em 13 de outubro de 2016.

Manifestação do Ministério Público, pedindo a procedência da demanda, datada de 24 de novembro de 2016.

O réu não apresentou razões finais.

Sentença condenatória, imputando ao réu ato de improbidade capitulado no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, aplicando pena de ressarcimento integral do dano (não liquidado), suspensão dos direitos políticos por cinco anos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público e receber quaisquer benefícios ou incentivos fiscais. Apesar de datada, a sentença ainda não havia sido publicada até a data da consulta (a data da sentença é de 09 de dezembro de 2016).

Autos aguardando o cumprimento de expedientes (publicação e intimação da sentença).

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido entre o conhecimento do fato pelo autor da ação e o término do procedimento administrativo	Não houve procedimento preparatório, estando a inicial fundamentada em informações colhidas junto ao Tribunal de Contas dos Municípios
Tempo decorrido entre o protocolo da exordial e o despacho inicial do juiz	4 dias

Tempo decorrido entre o despacho inicial e o recebimento da petição inicial	4 anos, 1 mês e 12 dias
Tempo decorrido entre o recebimento da petição inicial e o término da instrução	4 anos, 1 mês e 16 dias
Tempo decorrido entre o encerramento da instrução e a sentença de primeiro grau	3 meses e 28 dias
Tempo decorrido entre a sentença de 1º grau e o acórdão de 2º grau de jurisdição	Ainda não decorreu o prazo legal para interposição do recurso.

4.3.1.5.

Nº Processo: 1841-91.2008.08.06.0071/0

Promovente: Ministério Público Estadual.

Promovidos: Três ex-gestores da Companhia de Água do Crato (sociedade de economia mista) e o ex-prefeito municipal.

Objeto: A apuração decorre de investigação tomada a efeito pela Câmara Municipal, a qual constatou: irregularidades na compra de automóvel por parte dos diretores da Companhia de Água Municipal (SAAEC – Sociedade Anônima de Água e Esgotos do Crato), utilização indevida de automóvel da empresa em benefício privado de diretor, endividamento da empresa, compra de veículo para a empresa em nome de funcionário, pagamento de diárias indevidas, doação de dinheiro a entidades irregularmente, irregularidades em projeto de saneamento, apropriação de canos por diretores, irregularidades na implantação de hidrômetros. O ex-prefeito é acusado por atos omissivos.

Não há pedido de liminar. Requer condenação pelos tipos do art. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Especificamente para o ex-prefeito pelos tipos do art. 10 e 11. Junta rol de testemunhas. Petição inicial protocolada em 29 de abril de 2008 (o mandato o ex-prefeito e a atuação dos diretores encerraram em 31 de dezembro de 2004).

Houve instauração de procedimento administrativo prévio por parte do Ministério Público, iniciado em 20 de setembro de 2004. O relatório final da Comissão de Investigação da Câmara Municipal é de 23 de outubro de 2002 (ainda durante a gestão do ex-prefeito).

Despacho determinando a notificação dos réus para apresentação de defesa preliminar em 28 de julho de 2008.

Última defesa preliminar juntada em 20 de agosto de 2008.

Despacho do juiz recebendo a petição inicial, datado de 03 de setembro de 2013.

Primeira contestação juntada em 04 de dezembro de 2013 e a última em 16 de dezembro de 2013 (dois dos réus não contestaram).

Audiência de instrução em 18 de junho de 2014, onde foram ouvidos os réus e três testemunhas. Houve pedido de diligências, inclusive a informação da morte de um dos réus.

Manifestação do Ministério Público, insistindo para o envio dos documentos requisitados por ocasião da audiência de instrução, requerimento datado de 14 de janeiro de 2015.

Requerimento do Ministério Público, pedindo a habilitação do espólio do réu falecido, em 18 de junho de 2015.

Citação do espólio frustrada, conforme certidão de 15 de dezembro de 2015.

Decretada a revelia do espólio em 11 de julho de 2016.

Memoriais do Ministério Público, pedindo a procedência do pedido, em 26 de agosto de 2016.

Intimados, os réus não se manifestaram.

Sentença julgando parcialmente procedente o pedido, para o fim de condenar os réus ao ressarcimento ao erário e despesas processuais. Reconhece, entretanto a prescrição com relação às demais penas, razão pela qual estabelece que a sentença atinge somente um dos réus (um dos diretores da empresa de água), estando por força da prescrição os demais réus absolvidos.

Embargos de declaração do Ministério Público, protocolado em 8 de novembro de 2016.

Autos aguardando cumprimento de expediente (intimação dos réus).

Sem outras movimentações até a data da consulta.

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido entre o conhecimento do fato pelo autor da ação e o encerramento do procedimento administrativo	3 anos, 7 meses e 9 dias (os fatos, na espécie, remontam a 4 anos e oito meses anteriores à instalação do procedimento administrativo)
Tempo decorrido entre o protocolo da exordial e o despacho inicial da autoridade judiciária	2 meses e 29 dias

Tempo decorrido entre o despacho inicial e o recebimento da petição inicial	5 anos, 1 mês e 6 dias
Tempo decorrido entre o recebimento da petição inicial e o encerramento da instrução	2 anos, 5 meses e 8 dias
Tempo decorrido entre o encerramento da instrução e a sentença de primeiro grau	3 meses e 28 dias
Tempo decorrido entre a sentença de primeiro grau e o acórdão de segundo grau de jurisdição	O prazo para interposição de recurso ainda não havia fluído na data da consulta

4.3.1.6.

Nº Processo: 2940-67.2006.8.06.0071/0.

Promovente: Ministério Público Estadual.

Promovidos: Ex-prefeito municipal, ex-secretário de saúde, ex-secretário de ação social, ex-secretário de infraestrutura e ex-diretor do DEMUTRAN (Departamento Municipal de Trânsito).

Objeto: Apurar desmonte ocorrido na máquina pública municipal, com paralisação de vários serviços. O desmonte se caracterizou, segundo os termos da petição inicial,

(...) pela precarização, suspensão temporária ou interrupção de ditos serviços devido a vários atos comissivos e omissivos (especialmente) dos gestores públicos. É uma realidade complexa, para cujo entendimento deve-se manter em mente a principiologia administrativa, conforme bem tratado no art. 37 e ss. da Constituição da República. Igualmente deve-se lembrar que o Administrador não pode ter vontade outra que não a busca do bem comum, tampouco outro meio que não a conduta proba, honesta, impessoal, dentro dos parâmetros legais estritos.

O desmonte objeto da apuração tomada a efeito na ação de improbidade administrativa decorre da derrota eleitoral do ex-gestor, que não logrou sua reeleição.

As irregularidades apontadas são, pontualmente: diminuição e descontinuidade da coleta de lixo; interrupção no atendimento dos postos de saúde e interrupção do transporte de equipes do P. S. F. (Programa Saúde da Família); interrupção do transporte de doentes para tratamento continuado fora do Município; interrupção parcial do fornecimento de órteses/próteses; interrupção do transporte escolar; desobediência às orientações do

TCM/Transição (equipe designada pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará para monitorar o processo de transição em diversos Municípios); antecipação final do ano letivo, sem a reposição de aulas necessária; perdão de multas e desaparecimento de documentos do DEMUTRAN; dívidas não pagas e restos a pagar; falta de material de consumo (expediente/limpeza/informática); falta de medicamentos; cancelamento de convênios de atendimento à criança e ao adolescente.

Pede liminar de bloqueio de bens, inclusive quaisquer contas bancárias de todos os promovidos (não apresenta conta de liquidação). Pede também a quebra do sigilo fiscal e bancário dos réus. Requisita a apreensão de vários documentos, a maioria em poder do próprio Município. Por fim, pede a condenação de todos os promovidos às sanções máximas da lei, nos termos do artigo 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa.

Emenda a inicial, para substituir um dos réus, incluído por engano.

Petição inicial protocolada em 23 de junho de 2006.

Houve inicialmente denúncia formulada pela Câmara de Vereadores e após a instalação de procedimento administrativo a cargo do Ministério Público. O procedimento em questão teve início em 04 de maio de 2005 (já antecedido das investigações a cargo da Câmara Municipal), tendo sido ultimado em março de 2006, contando com mais de 2.400 páginas e compondo os quinze primeiros tomos dos autos.

Protocolo de um segundo pedido de aditamento à inicial, para fazer referência aos tipos da Lei de Improbidade Administrativa, sendo os constantes do art. 10 e 11 e inclusão de novos fatos, consistentes na existência de dívidas não pagas e restos a pagar da administração finda. Fez referência também aos cálculos dos prejuízos sofridos pelo ente público, para a finalidade de especificar os valores a serem bloqueados. Junta novos documentos. Petição datada de 07 de fevereiro de 2007.

Terceiro pedido de aditamento, para encampar nos fundamentos da ação a condenação por danos morais. Protocolo de 21 de agosto de 2007.

Despacho inicial do juiz, determinando a notificação dos réus para apresentar defesa preliminar, que seja oficiada a Receita Federal do Brasil para apresentação da declaração de rendimento dos réus, assim como os cartórios de registro de imóveis, para apresentar as informações que tenham sobre propriedades dos requeridos. Deferiu o pedido de requisição de documentos solicitados na inicial., assim como o bloqueio de bens requeridos. Decisão datada de 10 de setembro de 2007.

Defesa preliminar do primeiro réu protocolada em 08 de novembro de 2007 e do último em 19 de novembro de 2007.

Despacho do juiz recebendo a petição inicial, datado de 17 de outubro de 2008.

Contestação do primeiro réu em 17 de dezembro de 2008 e do último em 13 de janeiro de 2009.

Foram interpostos agravos de instrumento por parte dos réus, inconformados com a decisão de recebimento da inicial. As liminares, em todos os agravos, foram negadas.

Despacho do juiz designando audiência de conciliação, em 16 de agosto de 2010.

Na audiência, houve proposta de transação por parte do Ministério Público, que carreou fundamentos no sentido de sua possibilidade. Não houve aceitação de seus termos por parte dos réus. No ato em questão, as partes especificaram as provas que pretendiam produzir, todas deferidas pelo juiz.

Decisões do Tribunal de Justiça negando seguimento aos agravos de instrumento que haviam sido interpostos. A primeira datada de 08 de novembro de 2011 e a última de 25 de setembro de 2012.

Audiência de instrução, acontecida em 14 de outubro de 2014. Em razão da notícia da morte de um dos réus (ocorrida em 10 de setembro de 2011), foi suspenso o ato para a notificação do espólio do finado.

Audiência de instrução em 26 de novembro de 2014. Foram ouvidas duas testemunhas e fora feito requerimento para oitiva das testemunhas faltosas.

Continuação da audiência de instrução em 05 de fevereiro de 2015. Ouvida das testemunhas presentes, mas constatada ausência de outras.

Autos aguardando a devolução de cartas precatórias e designação de nova data para continuação da audiência de instrução.

Autos com 38 volumes e 7.368 folhas.

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido entre a ciência do fato e o encerramento do processo administrativo	6 anos, 6 meses e 23 dias (o procedimento administrativo prévio, contudo, foi aberto mais de cinco anos após a ocorrência dos fatos, embora o autor tivesse inequívoca ciência dos fatos bem antes dessa data)
Tempo decorrido entre o protocolo da exordial e o despacho inicial da	1 ano, 2 meses e 18 dias

autoridade judiciária	
Tempo decorrido entre o despacho inicial e o recebimento da petição inicial	1 ano, 1 mês e 7 dias
Tempo decorrido entre o recebimento da petição inicial e termo da instrução processual	Ainda não houve o encerramento da instrução processual.

4.3.2. Dados coletados na 2ª Vara Cível da Comarca de Crato – CE.

4.3.2.1.

Nº Processo: 2792-89.2011.06.0071/0

Promovente: Ministério Público Estadual.

Promovido: servidor efetivo, lotado no cemitério público local.

Objeto da investigação: segundo os termos da inicial a ação busca investigar “desvios na administração do cemitério Municipal, consistente na fraude de venda de lotes de túmulos”. No bojo da ação, houve pedido liminar, consistente no bloqueio de bens do réu, por intermédio do Banco Central e dos Cartórios de Registro de Imóveis locais. Pediu-se também a quebra do sigilo bancário.

No mérito, o pedido foi de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multas e ressarcimento ao erário, além de indenização por danos morais.

Houve a instalação de processo administrativo prévio, onde as principais provas carreadas foram o depoimento de várias testemunhas.

Procedimento administrativo instaurado em 19 de maio de 2009 e petição inicial protocolada em 10 de junho de 2011.

À época da propositura da ação, o réu ainda ocupava o cargo no qual se deram os fatos a ele atribuídos.

Despacho inicial em 01 de outubro de 2012.

Despacho recebendo a petição inicial, sem ainda qualquer providência a respeito do pedido liminar, em 06 de fevereiro de 2013.

Primeira audiência de instrução designada para 10 de setembro de 2013. Foram ouvidas quatro testemunhas, e tomado o depoimento pessoal do réu. Houve pedido de diligências pelo Ministério Público.

Resposta do Município em atendimento ao que fora requisitado pelo Ministério Público, protocolada em 27 de fevereiro de 2014.

Nova audiência de instrução, para ouvida das testemunhas restantes do Ministério Público, em 15 de junho de 2014.

Outra audiência para oitiva de nova testemunha, marcada para 26 de maio de 2015 e redesignada para 29 de setembro de 2015.

Despacho do juiz, deferindo a quebra do sigilo bancário do réu, datado de 14 de dezembro de 2015.

Pedido de esclarecimentos à autoridade bancária, por parte do Ministério Público, mais adiante respondido pela impossibilidade (resposta em 14 de novembro de 2016).

Encerrada a instrução processual em 14 de novembro de 2016.

Memorias do Ministério Público, pedindo a condenação e da defesa (Defensoria Pública), pedindo a absolvição.

Autos conclusos para julgamento, na data da consulta.

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido entre a instauração do procedimento administrativo e o ajuizamento da ação.	2 anos e 22 dias
Tempo decorrido entre o ajuizamento da exordial e o despacho inicial da autoridade judiciária	1 ano, 3 meses e 20 dias
Tempo decorrido entre o despacho inicial e o recebimento da petição inicial	1 ano, 2 meses e 5 dias
Tempo decorrido entre o recebimento da petição inicial e o encerramento da instrução processual	2 anos, 11 meses e 8 dias
Tempo decorrido entre o encerramento da instrução processual e a sentença de primeiro grau.	Não há ainda sentença de primeiro grau (os autos estão conclusos para julgamento há menos de um mês, na data da consulta).

4.3.2.2

Nº Proc. 881-04.2009.8.06.0071/0

Promovente: Ministério Público Estadual.

Promovido: ex-Prefeito do Município.

Objeto da investigação: A ação busca, consoante os termos da inaugural, apurar “notícia por parte da Procuradoria Geral do Município de Crato, dando conta de fatos ensejando a realização de possível desmonte no seio da administração Municipal”, após vasta fiscalização a cargo do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (TCM). Na inicial destaca-se a seguinte oração:

Há que ficar bem claro que QUALQUER dos fatos a seguir detalhados caracteriza PLENAMENTE a intenção de realizar o desmonte. Mesmo na eventualidade improvável de a defesa comprovar que não houve o problema ou que não houve o dolo por parte dos administradores, terá que fazê-lo em relação a CADA UM dos elementos doravante tratados.

Os fatos referem-se especificamente ao seguinte: superfaturamento de obras; pagamentos feitos antes da conclusão das obras.

Pede liminarmente o bloqueio de bens do réu e a condenação de acordo com os preceitos legais.

Inicial protocolada em 03 de dezembro de 2009, quando o mandato do ex-prefeito havia acabado em dezembro de 2000.

Houve a instauração de procedimento administrativo, com suporte em várias denúncias, oriundas da Assembleia Legislativa do Estado, da Câmara de Vereadores do Município, assim como da Procuradoria Geral do Município além de notícia do fato trazida pela própria Procuradoria de Justiça do Estado. A primeira das notícias, data de 17 de janeiro de 2001 (data do início das investigações pelo Ministério Público). O último ato do procedimento administrativo data de 24 de abril de 2009.

Despacho inicial do juiz, datado de 16 de dezembro de 2010. No despacho, a autoridade judiciária deferiu o bloqueio de bens e dinheiro depositado em contas bancárias do réu.

Não houve a apresentação da defesa preliminar do réu, apesar de notificado.

Despacho do juiz recebendo a petição inicial, datado de 11 de fevereiro de 2014.

Decretada a revelia do réu em 31 de março de 2014.

Requerimento do Ministério Público, pedindo a produção de provas.

Audiência em 02 de julho de 2014, onde se ouviu uma única testemunha do Ministério Público, tendo este insistido na oitiva das demais testemunhas.

Nova audiência em 23 de setembro de 2014, onde se ouviu as testemunhas restantes. No ato, abriu-se vista dos autos para memoriais.

O Ministério Público requer a conversão dos memoriais em diligência (portanto, não se operou ainda o encerramento da instrução processual), para a finalidade de oficial-se o Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará. Petição protocolada em 1º de outubro de 2014.

Petição do Ministério Público reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva contra o réu, bem como a deliberação do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a repercussão geral em Recurso Extraordinário, para a finalidade de deliberar a respeito da prescritibilidade também das ações que visem o ressarcimento ao erário (Recurso Extraordinário nº 852.475 – São Paulo). Petição datada de 10 de agosto de 2016.

Processo suspenso, aguardando deliberação do Supremo Tribunal Federal.

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido entre o início do procedimento administrativo prévio e o ajuizamento da petição inicial	8 anos, 10 meses e 21 dias
Tempo decorrido entre o ajuizamento da ação e o despacho inicial do juiz	1 ano e 13 dias
Tempo decorrido entre o despacho inicial e o recebimento da exordial	3 anos, 1 mês e 21 dias
Tempo decorrido entre o recebimento da inicial e o encerramento da instrução processual	2 anos, 3 meses e 29 dias
Tempo decorrido entre o encerramento da instrução processual e a sentença de primeiro grau de jurisdição	Não há sentença de primeiro grau. Os autos encontram-se suspensos aguardando deliberação do STF a respeito de Recurso Extraordinário, com repercussão geral sobre a matéria examinada nos autos.

4.3.2.3.

Nº Processo: 33544-64.2013.8.06.0071/0

Promovente: Ministério Público Estadual.

Promovidos: dois engenheiros civis, agentes públicos terceirizados do Estado do Ceará (responsáveis pela medição de obras públicas) e um empresário, empreiteiro de obra pública (qualificado como terceiro).

Objeto da investigação: apurar irregularidade nas medições de obra contratada e devidamente individualizada, tendo havido suposto conluio entre os engenheiros responsáveis pelas medições da obra e o empreiteiro. Os engenheiros foram demitidos em razão dos fatos em questão, tendo estes se dado entre dezembro de 2010 e setembro de 2011.

Petição inicial requerendo a condenação dos réus, na forma do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Não requer medida liminar.

Inicial protocolada em 13 de agosto de 2013. Houve investigação preliminar, autuada em 18 de setembro de 2012, por iniciativa do próprio Estado do Ceará (sujeito passivo do ato de improbidade).

O processo administrativo conta com três volumes (860 páginas), exclusivamente com informações colhidas pelo próprio noticiante. Não há outras diligências por parte do Ministério Público.

Quando do ajuizamento da demanda, nenhum dos agentes públicos qualificados estava no exercício das funções que deram ensejo à investigação.

Despacho inicial do juiz, em 23 de agosto de 2013.

Certidão da Secretaria informando que apenas um dos réus foi notificado, em 15 de janeiro de 2014.

Ministério Público pede a repetição da diligência, em 03 de fevereiro de 2014.

Primeira defesa preliminar, protocolada em 04 de fevereiro de 2014. Os demais não se pronunciaram, sendo que um deles não foi localizado.

Notificação por Edital dos réus não localizados, sem resposta no prazo legal.

Ministério Público requer a produção de provas.

Defensoria pública apresenta defesa do revel, em 02 de julho de 2015.

Despacho de recebimento da petição inicial, em 18 de março de 2016.

Contestação de dois dos réus. Última datada de 20 de setembro de 2016.

Petição do Ministério Público, requerendo diligências (a verificação de haver ou não litispendência desta ação com outra que tramita na Vara da Fazenda Pública, na Capital, em atençaõ e argumento lançado na contestação de um dos réus).

Pedido do Ministério Público deferido pelo juiz em 22 de novembro de 2016.

Última movimentação na data da consulta.

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido entre a notícia do fato, por parte do autor da ação e o ajuizamento da demanda	10 meses e 26 dias (sendo que os fatos apurados se referem a dois anos anteriores – neste caso, houve demora da própria vítima em dar notícia ao Ministério Público)
Tempo decorrido entre o protocolo da exordial e o despacho inicial, pela autoridade judiciária	10 dias
Tempo decorrido entre o despacho inicial e o recebimento da petição inicial	2 anos, 6 meses e 23 dias
Tempo decorrido entre o recebimento da petição inicial e o termo da instrução processual	Não houve ainda o encerramento da instrução processual, estando o feito no aguardo do cumprimento de diligências determinadas pelo juiz.

4.3.2.4.

Nº Processo: 4744-65.2009.9.06.0071/0

Promovente: Ministério Público Estadual.

Promovidos: ex-prefeito Municipal, ex-membros da Comissão Permanente de Licitação e mais 25 terceiros beneficiários dos supostos atos de improbidade denunciados.

Objetivo da apuração: Em decorrência de uma operação da Polícia Federal, visando apurar crimes eleitorais, houve o desdobramento dela em diversas outras investigações. No caso específico da ação, descobriu-se um esquema de fraude em licitações operado no Município, sendo este um braço menor de outro esquema desenvolvido no vizinho Município de Juazeiro do Norte.

O próprio Ministério Público reconheceu que houve atraso no procedimento investigatório a cabo da Polícia Federal e Ministério Público, o que justifica em razão da complexidade da investigação.

A quadrilha denunciada desenvolvia suas atividades a partir das ordens do ex-prefeito.

As investigações tiveram início no final do ano de 2004 (na época eleitoral).

O Ministério Público atribui a cada réu a prática de atos determinados.

Pede liminar de bloqueio dos bens dos réus e, no mérito, a condenação nas penas do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Petição protocolada em 13 de agosto de 2009, quando nenhum dos réus ocupava mais as funções públicas dos cargos indicados na inicial.

Procedimento administrativo instaurado em 07 de outubro de 2005, com mais de 1500 páginas.

Despacho inicial em 24 de julho de 2010.

Última defesa preliminar protocolada em 29 de março de 2011, embora a maioria dos réus não houvesse ainda sido intimada.

Manifestação do Ministério Público, apurando a não existência de notificação de todos os réus, razão pela qual requer a renovação do expediente quanto a eles. Protocolo de 14 de março de 2012.

Quatro anos após o despacho inicial, a maioria dos réus seguia sem ser notificada.

Expedição de novas precatórias, visando notificar os réus domiciliados em outras Comarcas.

Edital de citação dos réus não localizados, datado de 10 de dezembro de 2013.

Manifestação do Ministério Público, reclamando que ainda não haviam sido notificados todos os réus, datada de 27 de junho de 2016.

Nova cota do Ministério Público, solicitando o desmembramento dos autos com relação aos réus ainda não notificados e recebimento da petição inicial quanto aos demais, datado de 22 de setembro de 2016.

Última movimentação na data da consulta: autos conclusos.

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido entre a instauração do procedimento administrativo e o protocolo da petição inicial	3 anos, 10 meses e 6 dias (sendo que os fatos apurados já eram do conhecimento do autor há pelo menos um ano antes da instauração do procedimento administrativo)
Tempo decorrido entre o protocolo da exordial e o despacho inicial da autoridade judiciária	11 meses e 11 dias
Tempo decorrido entre o despacho inicial	Não houve ainda o recebimento da

e o recebimento da petição inicial	petição inicial, pois nem todos os réus foram notificados para apresentar sua defesa preliminar, mesmo passados mais de sete anos do protocolo da petição inicial.
------------------------------------	--

4.3.2.5.

Nº Processo: 31495-50.2013.8.06.0071/0

Promovente: Ministério Público Estadual.

Promovido: Ex-diretor da SAAEC (Sociedade Anônima de Água e Esgotos do Crato), Sociedade de Economia Mista do Município.

Distribuição da petição inicial em 26 de abril de 2013. A atuação do agente como diretor presidente da Sociedade de Economia Mista encerrou-se em 31 de dezembro de 2012.

Despacho inicial do juiz em 13 de maio de 2013.

Defesa preliminar protocolada em 25 de julho de 2014.

Recebimento da petição inicial em 03 de dezembro de 2014.

Contestação juntada em 10 de junho de 2015.

Despacho do juiz declarando a desnecessidade de produção de outras provas e declarando o julgamento do processo no estado em que se encontra, tendo havido ciência e concordância das partes, em 26 de agosto de 2015.

Autos conclusos para julgamento em 20 de novembro de 2015.

Sentença com julgamento parcial do pedido, com a seguinte parte dispositiva: “julgo parcialmente procedente os pedidos iniciais, condenando o promovido pela prática de atos de improbidade administrativa, à suspensão dos direitos políticos; pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder públicos”. Sentença em 26 de novembro de 2015.

Petição de apelação em 28 de março de 2016.

Apelação recebida. Aberto vistas ao Ministério Público.

Autos enviados ao Tribunal em 05 de maio de 2016.

Autos aguardando decisão do Tribunal de Justiça.

Quadro com os principais prazos do processo examinado:

Tempo decorrido entre o procedimento	Uma vez que os autos em questão se
--------------------------------------	------------------------------------

administrativo e o ajuizamento da petição inicial	encontram no Tribunal de Justiça, não foi possível seu exame físico. Em razão disso, não se pôde verificar dados relativos ao procedimento administrativo prévio. Ainda assim, a contagem do tempo entre o término da atividade do agente público e o ajuizamento da petição faz ver que o prazo entre um termo e outro é mínimo, de 4 meses, aproximadamente.
Tempo decorrido entre o protocolo da exordial e o despacho inicial da autoridade judiciária	17 dias
Tempo decorrido entre o despacho inicial e o recebimento da petição inicial	1 ano, 6 meses e 20 dias
Tempo decorrido entre o recebimento da petição inicial e encerramento da instrução processual	8 meses e 23 dias
Tempo decorrido entre o encerramento da instrução processual e a sentença de primeiro grau de jurisdição	3 meses
Tempo decorrido entre a sentença de primeiro grau de jurisdição e o acórdão do Tribunal recorrido	Ainda não há decisão definitiva do Tribunal sobre a matéria

4.4. Crítica aos dados coletados

Levantados os dados objetivamente, transformaremos agora as informações trabalhadas em números estatísticos, levando em conta o total de processos examinados e a quantidade deles que se adequem ou não ao item examinado. Objetivamente, procuraremos transformar em informações estatísticas as seguintes questões: a) quantas ações foram propostas pela própria vítima do ato de improbidade e quantas pelo Ministério Público; b) as ações são precedidas de investigações prévias, tanto as realizadas por órgãos de controle externo, quanto

as no âmbito do controle interno; c) houve algum tipo de controle interno por parte da vítima do ato de improbidade, ou os fatos se apuraram somente a partir de denúncias e atividades de controle externo; d) nos casos em que houve procedimento administrativo, qual o tempo médio de sua duração; e) o tempo médio entre o ajuizamento da ação e o despacho inicial do juiz; f) se houve necessidade de instrução processual, e da relevância das provas apuradas nos procedimentos administrativos prévios; g) o tempo médio da instrução processual; h) o tempo médio entre o ajuizamento da ação e a sentença de mérito; i) percentual de sentenças condenatórias e absolutórias; j) percentual de sentenças reformadas pelo Tribunal.

Daí, podemos afirmar com base nas informações levantadas o seguinte:

91% (noventa e um por cento) das ações examinadas foram propostas pelo Ministério Público. Apenas uma única ação foi proposta pela própria vítima. Das ações propostas pelo Ministério Público, houve denúncia por parte da vítima ou mesmo adesão dela aos termos da ação em quatro delas, o que equivale à afirmação de que em 37% (trinta e sete por cento) das ações houve algum grau de interesse da vítima em colaborar com as apurações. Em duas das ações em que não se apurou interesse direito da vítima, houve a interferência da Câmara Municipal visando apurar e denunciar as irregularidades, o que equivale a um índice de 19% (dezenove por cento). De toda sorte, os dados referentes a este item tornam claro a imprescindibilidade da atuação do Ministério Público para fins de apuração da improbidade administrativa, já que o percentual de vezes em que a própria vítima, mesmo legitimada, toma a iniciativa de propor ela mesma a ação é de apenas 9% (nove por cento). Ainda assim, em quase quarenta por cento das ações houve interesse da vítima em denunciar as irregularidade ou colaborar com sua apuração, o que ainda assim não representa um índice elevado.

Em todos os processos examinados houve a prévia instauração de algum tipo de investigação prévia à propositura da ação, o que é aceitável e mesmo desejado, na medida em que há clara necessidade de apresentação, desde a inicial, de elementos mínimos capazes de dar ensejo à justa causa para a propositura da ação. Meras suposições por certo não poderão ser aceitas como suficientes para o ingresso da ação de improbidade administrativa. Entretanto, em 40% (quarenta por cento) das ações examinadas, além da investigação realizada por outro órgão de controle, como o Poder Legislativo, o Tribunal de Contas ou a própria Polícia, ainda assim o Ministério Público decidiu instaurar o procedimento administrativo prévio, em geral para colher provas desnecessárias e que precisaram ser repetidas na fase judicial, por exigência do princípio democrático do devido processo legal. Aí, encontramos excesso da atividade ministerial. Em 30% (trinta por cento) das ações, o Ministério Público não se fundamentou em outros procedimentos investigatórios, senão os por

ele mesmo realizados. Em outros 30% (trinta por cento) das ações, a principal prova pré-constituída foi a carreada pelo procedimento investigatório do Ministério Público.

Não é o caso de concluir pela desnecessidade do procedimento administrativo, mas o de recomendar sua maior racionalização.

Isso fica claro, quando passamos a fazer a análise do próximo item de nossa catalogação de dados, o do tempo médio de duração do procedimento investigatório. Dos onze processos investigados, em um deles não foi possível verificar dados a respeito da instauração de processo administrativo, o que nos obriga a diminuir o universo investigado quanto a este item. Dos demais processos, dois não foram precedidos de procedimento administrativo promovidos pelo órgão ministerial, ou seja, 80% (oitenta por cento) dos processos baseiam-se em procedimentos administrativos a cargo do Ministério Público (lembrando que dentro desse percentual há os que também contaram com outro tipo de procedimento concomitante ou prévio à investigação do *parquet*). Por seu turno, os processos administrativos, contados da data de sua instauração até o ajuizamento da ação de improbidade duraram, em média (a conta foi feita em meses, desprezando a fração de dias que existam) 44 (quarenta e quatro) meses, o que equivale a quase quatro anos. Obviamente, tanto tempo gasto em investigações preliminares é bem superior ao que poderia ser considerado como razoável, notadamente se chamarmos a atenção para o fato de que o prazo prescricional da improbidade (salvo o caso de dano ao erário) é de cinco anos. Se formos levar em conta o prazo a partir da ocorrência dos fatos imputados aos réus (que, em alguns casos, é o termo inicial da prescrição adotado pela lei), não da abertura do procedimento administrativo, então a média verificada será consideravelmente alargada (também desconsiderando-se os dias) para quase 61 (sessenta e um) meses, o que é pouco mais de cinco anos. Esta constatação justifica porque parte das ações de improbidade já se encontravam prescritas quando do seu ajuizamento, o que em si mesmo é fator de incontestável ineficácia da norma constitucional.

Se é verdade que a própria natureza da improbidade administrativa impõe o dever de a acusação demonstrar uma complexa série de requisitos, o que conduz à necessidade de realização de procedimento administrativo prévio, até porque nas hipóteses em que não houver uma demonstração mínima desses requisitos dará ensejo à rejeição liminar da ação, logo após a defesa preliminar do réu. Isso não significa, contudo, a necessidade de produção de provas exaustivas já no bojo do processo administrativo, pois a ação de improbidade tomará o rito comum logo após o recebimento da petição inicial, o que permite ampla produção probatória. Por isso, no mesmo passo que a lei exige uma mínima produção probatória desde a inicial, admite que exista uma fase probatória mais ampla e profunda, na

qual será possível carrear mais fortes elementos probatórios. É uma situação bem distinta, convenhamos, da do mandado de segurança, onde a prova impreterivelmente deverá estar pré-constituída. Tal evidência leva à conclusão no sentido de que muito embora deva haver uma fase administrativa prévia à propositura da ação, esta não poderá ser exaustiva nem longa em excesso. O momento processual adequado para a produção de provas sempre será o da fase probatória, depois de estabelecido o contraditório. O procedimento preparatório deverá cuidar exclusivamente de carrear elementos referentes à prova da materialidade e indícios suficientes de autoria. Afora esses elementos, deverão ser produzidas apenas as provas urgentes, que possam perecer pelo decurso do tempo.

A propósito, é relevante a indagação no sentido de se o procedimento administrativo prévio deve ou não ser garantido pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. Uma vez verificado o conteúdo do art. 5º, LV, da Constituição Federal, a resposta afirmativa é imperativa, inclusive porque não há como se negar a natureza de processo administrativo do procedimento prévio tratado pela Lei de Improbidade Administrativa. Assim, salvo casos em que o sigilo seja imprescindível ao sucesso da colheita da prova pretendida, será sempre condição de legalidade desse procedimento a oportunidade do contraditório e da ampla defesa. Ora, isso conduz à necessidade de uma dupla procedimentalização, com apresentação dobrada dos atos de defesa e produção de provas, uma na fase preparatório e outra na etapa judicial, o que é desarrazoada imposição de custos dobrado ao já combalido aparelho estatal. Sem falar na evidente perda de tempo.

Em uma palavra, nem é razoável a dupla procedimentalização, nem muito menos a sua demora excessiva. Desta forma, é necessário que o procedimento administrativo prévio se resume às investigações indispensáveis à colheita dos elementos imprescindíveis à propositura da ação. Tudo o mais deverá ficar a cargo do Poder Judiciário, pois é sob seus auspícios que deverá se desenvolver a instrução processual. Se trata, aliás, de imperativo decorrente do próprio sistema constitucional. Todo o excesso, seja do Ministério Público, seja da própria Administração Pública no procedimento prévio será naturalmente irrazoável, e na medida em que serve para frustrar a efetividade da punição dos atos de improbidade, conforme bem demonstram os dados coletados em campo, estará maculado por flagrante inconstitucionalidade. Nesse sentido, NOHARA (2006) ressalta que a atuação da Administração Pública, quando por atos irrazoáveis frustrar a efetividade das normas constitucionais (das de caráter programáticas, inclusive) serão inconstitucionais, sendo possível seu controle por parte do Poder Judiciário.

Mesmo a atividade do Ministério Público possui inegável natureza administrativa, sendo nesse sentido possível ainda nessa hipótese a admissibilidade de controle judicial de suas atividades, resguardada esta, por óbvio, ao exame da sua legalidade, no que se poderá encampar a noção de razoabilidade enquanto elemento compositor do sentido da legalidade.

Então, é preciso estabelecer limites à atividade prévia de investigação. Não exatamente no que tange aos atos que a investigação poderá abarcar, porque a atividade de controle exercida tanto pelo Ministério Público quanto pela própria Administração não poderá jamais sofrer amarras desse tipo. Mas é imperioso um limite temporal, a fim de que as investigações preliminares não ultrapassem um prazo razoável de duração, sob pena de frustrar a própria possibilidade de punição dos atos ímprobos. Ter ciência de que a finalidade dessa investigação prévia é a colheita dos primeiros elementos de prova, e não sua exaustão, sem dúvidas auxiliará no cumprimento de tal desiderato.

Neste passo, é inevitável a comparação entre o procedimento administrativo prévio e o inquérito policial porque, guardadas as peculiaridades que os distinguem, ambos estão a buscar indícios de autoria e provas da materialidade delitiva, no que pese um servir à persecução penal e o outro à apuração dos atos de improbidade. Ainda assim, há mais elementos comuns que distintivos entre ambos. No âmbito do processo penal, a lei expressa a necessidade de que o inquérito policial seja ultimado em até trinta dias, quando o réu estiver solto. A Lei da Improbidade Administrativa não disciplina a respeito do tempo necessário à ultimateção do processo administrativo, mas há uma inevitável analogia a ser feita entre um e outro. Mesmo exagerando no prazo, por compreender que a apuração dos atos de improbidade muitas vezes pode conduzir a situações de complexo deslinde, ainda assim não será razoável dizer que a investigação possa durar mais que um ano. Assim, para fins de construção da estatística a seguir, consideraremos ser razoável que a investigação prévia dure, no máximo, um ano, reputando por isso irrazoáveis as que tenha consumido prazo maior que esse.

Mesmo tendo em conta prazo tão alargado, pois salvo nos casos de investigações extremamente complexas não será jamais razoável aguardar-se um ano entre a ciência do fato e o ajuizamento da ação, ainda assim constatamos que dos processos investigados 78% (setenta e oito por cento) deles consumiram mais de um ano na investigação preparatória, o que expõe um dos grandes fatores de ineficácia da Lei de Improbidade Administrativa: a dupla procedimentalização e o excesso de demora para a ultimateção dos processos administrativos.

Em nenhum dos processos estudados os fatos vieram à luz através dos atos de controle interno a cargo da própria Administração. Nas vezes em que existiu investigação por

iniciativa da própria administração, esta sempre foi decorrência de alguma denúncia, não da atividade regular do controle interno, o que evidencia a especial ineficácia dos meios de controle interno da responsabilidade de todos os entes da Administração Pública. Estatisticamente, em apenas 18% (dezoito por cento) dos processos estudados houve a instauração de processo administrativo por conta do próprio ente, sujeito passivo do ato de improbidade, todos eles em resposta a denúncias formuladas por pessoas externas ao seu corpo de agentes responsáveis pelo controle interno.

De acordo com as informações coletadas, o tempo médio decorrido entre o ajuizamento da ação e o despacho inicial do juiz foi de 169 (cento e sessenta e nove) dias, ou cinco meses e meio. Dos processos examinados, contudo, 45,5% (quarenta e cinco e meio por cento) foram despachados em tempo menor que um mês. Assim, apesar do tempo médio bem extenso para o exame inicial pela autoridade judiciária dos autos, é importante a quantidade de processos que ganharam apreciação ágil por parte do Poder Judiciário, inclusive porque é grande o número de ações dessa natureza que pedem providência preliminares de urgência. A média geral cresce na verdade em razão da existência de alguns processos que tiveram a apreciação inicial excessivamente retardada. Do total de processos examinados, 28% (vinte e oito por cento) tiveram o despacho inicial com mais de um ano do ajuizamento da ação e igual índice de 28% (vinte e oito por cento) obtiveram o despacho inicial com mais de um mês e menos de seis. 18% (dezoito por cento) do total das ações foram despachadas em menos de dez dias, o que é um índice de razoável eficiência.

Estas informações levam à conclusão de que, muito embora tenhamos verificado casos em que a autoridade judiciária demorou excessivamente para fazer a primeira análise da ação ajuizada, sabidamente uma análise perfunctória, que não se aprofunda no mérito da liça, em geral não é este fator predominante que conduz à ineficiência da ação de improbidade enquanto meio de combate às patologias corruptivas. Ainda assim, as informações coletadas revelam a necessidade de um controle mais próximo na verificação do tempo em que os juízes levam para despachar as ações sob seus auspícios. Do exame dos autos, não foi possível verificar as razões da demora nos casos em que tais ocorreram. Entretanto, em todos as hipóteses em que o despacho inicial demorou mais que seis meses, se tratavam de ações extremamente volumosas. Não é possível afirmar que o tamanho dos autos implique em maior demora para o despacho inicial do juiz, mas é esta uma hipótese passível de ser investigada em futuros estudos, haja vista que tal conclusão não se impõe inexoravelmente da leitura dos dados coletados.

Com relação ao tempo decorrente entre o ajuizamento da petição inicial e o seu recebimento pela autoridade judiciária, transcorrida, portanto, a fase de defesa preliminar, os dados coletados informam que esse tempo, em média é de 45 meses (desprezando-se os dias), o que equivale a uma média de 3,75 anos entre o ajuizamento da ação e o despacho que recebeu a petição inicial, sem contar com a possível interposição de recurso de agravo de instrumento, pelo qual se poderá reformar a decisão em questão. Para a finalidade de confecção do cálculo, verificamos que em duas das ações examinadas ainda não havia o despacho em questão, razão pela qual calculamos o prazo decorrido até a data do exame dos autos para o levantamento dos dados aqui em discussão. Portanto, a média apurada tende a ser ainda maior que o dado estatístico afirmado.

Reconhecidamente se trata de uma média bastante alta, para muito além de qualquer critério de razoabilidade. O procedimento da ação de improbidade administrativa admite uma fase preliminar, o que importa em chamar o réu duas vezes à relação processual: uma para apresentar a defesa preliminar e outra para compor propriamente a lide através da citação. Isto em si é uma razão que enseja natural atraso no procedimento. Contudo, não nos parece ser a causa principal que justifica o fenômeno, pelo menos não ela isoladamente.

Quando refazemos a média do tempo decorrido entre o ajuizamento da demanda e o recebimento da petição inicial dividindo os processos examinados em dois grupos distintos, um o dos processos com cinco réus ou menos e outro o dos processos com mais de cinco réus, o resultado do tempo médio de duração dos feitos até o recebimento da exordial parece nos revelar um dado importante. Enquanto o tempo médio das ações, contado entre o ajuizamento e o recebimento da inicial, que tenham no máximo cinco réus é de 40 meses (3,3 anos) o do grupo de ações que têm mais que cinco réus é de 57 meses (4,75 anos). Logo, a informação nos parece apontar para o fato de que nas ações com mais réus, o tempo médio de tramitação costuma ser mais dilatado, por mais que se fale em prazos comuns e que a doutrina mais autorizada reconheça vantagens na reunião de ações em uma mesma relação processual (MARQUES, 1999), o que inclui, entre outras vantagens, a não ocorrência de decisões contraditórias a respeito dos mesmos fatos. Ainda assim, a análise levantada torna evidente que sob o ângulo do combate às patologias corruptivas há muitas desvantagens em processos com número excessivo de partes, havendo natural demora no seu seguimento em razão das dificuldades de localização de todos os réus, sua intimação para atos subsequentes à citação, bem como a regra de que o início da contagem do prazo de defesa começa somente com o chamamento de todos os réus, porque se trata de prazo comum.

Basta dizer que das três ações examinadas que possuem mais que cinco réus (o número exato é de treze, doze e vinte e nove, respectivamente), em apenas uma delas houve o despacho de recebimento da petição inicial, sendo que foram ajuizadas há mais de cinco e sete anos a outra. Já com relação a todas as ações com menos de cinco réus, houve o despacho de recebimento da petição inicial, sem exceção. Transformando essas informações em dados estatísticos, podemos então dizer que enquanto cem por cento das ações examinadas que contam com cinco réus ou menos possuem despacho de recebimento da inicial, nas que têm número maior que este de partes, as demandadas obtiveram tal despacho em somente 34% (trinta e quatro por cento) dos casos.

Outra informação que revela a pertinência do argumento levantado é que nas duas ações já indicadas em que, transcorridos mais de cinco anos do seu ajuizamento, não ocorreu ainda o recebimento da petição inicial, houve o pedido de desmembramento das ações, a fim de que tramitassem em autos separados as em que não houve ainda o chamamento inicial dos réus (mesmo que por intermédio da publicação de edital), tendo mesmo tal providência sido deferida em uma delas.

Os dados claramente revelam as dificuldades de localização dos réus, muito especialmente quando forem em número considerável e se forem domiciliados fora da sede da Comarca. Especialmente nas ações em que haviam réus domiciliado em outras Comarcas, é onde se verificou o maior retardo no andamento da ação, com inúmeras repetições das tentativas de notificação, o envio de cartas precatórias que jamais obtiveram respostas. O próprio juízo foi desidioso em verificar o retardo, havendo casos em que a providência de requerer a devolução de carta precatória aconteceu vários anos após a sua expedição. Tal constatação revela que o método da carta precatória é ineficaz, mas também que não há um adequado controle interno por parte da própria secretaria na verificação da devolução em prazo adequado das precatórias expedidas. Na mesma toada, não existe qualquer acompanhamento regular dos processos por parte de seu autor, pois em todas as hipóteses, o Ministério Público somente se pronunciou nas vezes em que foi intimado a falar nos autos. O retardo no andamento dos processos examinados jamais fora objeto de qualquer reclamação por parte do parquet, que exclusivamente consultou os autos nas vezes em que foi intimado pelo juízo. O controle pelas corregedorias do Tribunal igualmente se demonstrou ineficiente.

No caso deste item de exame, é até mesmo questionável a franca predileção dos juízes pela citação através de carta precatória, quando o Código de Processo Civil, tanto o em vigor quanto o revogado claramente dão preferência à citação através dos correios. Muito embora os dados examinados não permitam esclarecer essa questão, parece-nos possível a hipótese de

tal preferência ser decorrência da falsa impressão de se tratar a improbidade administrativa de tipo de responsabilidade criminal.

É preciso se tratar seriamente, portanto, a respeito de um controle de acompanhamento das ações de improbidade administrativa, uma vez que dos autos examinados, o descaso na verificação da regularidade dos processos é constatado tanto naqueles em que o autor é o Ministério Público, quanto nos em que a autoria coube ao próprio ente lesado.

O próximo item examinado é a verificação do tempo gasto na instrução processual. Para melhor clareza dessa informação, levamos inicialmente em conta apenas o tempo gasto entre o recebimento da petição inicial e o encerramento da instrução, porque dessa forma, os entraves verificados na fase inicial não contaminarão a informação em questão. Somente mais adiante é que levaremos em conta o tempo total entre o ajuizamento e o encerramento da instrução e prolação da sentença, quando esta existir. A partir dos dados coletados, a primeira verificação é de que mais da metade das ações ainda não encerraram a instrução processual, ou seja, 55% (cinquenta e cinco por cento) das ações ou não encerraram a instrução, ou simplesmente ainda não a iniciaram, como é o caso já anotado de duas delas, é dizer, em 18% (dezoito por cento) das ações nem houve o recebimento da petição inicial, nem muito menos, por óbvio, o início da instrução processual. Dos outros 45% (quarenta e cinco por cento) dos processos examinados, o tempo médio decorrido entre o recebimento da petição inicial e o encerramento da instrução processual é de 34,4 meses, o equivalente a 2,8 anos. Se incluirmos nos cálculos também os processos em que não se ultimou a instrução, para o que será levado em conta a data da consulta, posto a inexistência de outro parâmetro, então a média de duração dos processos no item em exame será de 45,27 meses, ou 3,7 anos.

Novamente se constata graves problemas do Poder Judiciário em concluir a fase de instrução. A partir do que se compulsou nos autos, verificamos que há duas razões principais a darem causa ao retardo em questão: a demora na designação de audiência e a letargia com que os órgãos públicos em geral respondem às requisições de documentos, em muitos casos sendo necessário o envio de mais que uma correspondência solicitando a documentação e reclamando respostas às missivas anteriores, em uma prática que consome preciosos anos da tramitação processual.

Dos processos examinados, apenas 27% (vinte e sete por cento) deles foram sentenciados em primeiro grau. Contudo, considerando os que já obtiveram decisão definitiva, mesmo sem o trânsito em julgado, o tempo médio decorrido entre o encerramento da instrução processual e o ato decisório é de apenas três meses, o que é tempo razoável, principalmente se levando em conta as médias anteriores apresentadas.

Ainda, das ações examinadas a mais antiga delas é de 2006 e a mais recente de 2014. Ou seja, há mais de dois anos não é protocolada nenhuma ação de improbidade administrativa na Comarca de Crato, o que não significa que a administração pública esteja em plena regularidade, mas talvez queira dizer que há falha nos atos de controle da Administração Pública, o que é importante fator ensejador das práticas corruptivas. Pois quanto menor a fiscalização, maior será a corrupção e quase nenhuma a percepção social de suas práticas nefastas.

Em 73% (setenta e três por cento) das ações estudadas, os réus já não mais ocupavam os cargos ou funções nas quais teriam acontecido os atos de improbidade de que eram acusados, o que faz ver a necessidade de cuidar-se da ocorrência ou não de prescrição nos processos estudados. Neste sentido, lembramos a regra contida no artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa, que pondera dois termos iniciais para a contagem da prescrição no âmbito da improbidade administrativa. Até cinco anos após o término do mandato ou do fim do exercício do cargo ou função comissionado em que ocorreu o ato acoimado; ou dentro do prazo prescricional para a pena de demissão, nos demais casos. Nesta última hipótese, o prazo prescricional será determinado pela legislação local, em regra o Estatuto dos Servidores Públicos do respectivo ente, e é contado da ciência do fato pela administração, independentemente de o agente haver ou não se afastado do cargo ou função (GARCIA, 2011). Em geral, a maioria das leis estabelece prazo de cinco anos, como são o exemplo do Estatuto Federal, do Estado do Ceará e do Município de Crato, para aquelas infrações apenas com demissão.

Daí a relevância de se examinar se as ações em trâmite vêm sendo processadas há mais de cinco anos, contados a partir do fim do mandato do agente político ou agente administrativo que exerça cargo em comissão ou função comissionada, ou da ciência do fato pela Administração com relação aos demais agentes públicos. É de se levar em conta, também o instituto da interrupção da prescrição, que a teor da legislação processual em vigor, ocorre uma única vez desde o recebimento da petição inicial. Conforme é firme na lição dos estudiosos da matéria, interrompe-se a prescrição com o protocolo da petição inicial.

A prescrição, assim como os fatos que dão ensejo à sua interrupção são, em regra, tratados na própria legislação de direito civil, no que pese sua inegável natureza de instituto processual, pois o que se extingue com a prescrição é o direito de ação, não a obrigação estabelecida pelo direito material (DINIZ, 2012). Já segundo o Código de Processo Civil em vigor, um dos efeitos da citação válida do réu é a interrupção da prescrição (artigo 240). Nas palavras de MONTENEGRO FILHO (2016, p. 250), “o despacho que ordena a citação

interrompe a prescrição, que retroage à data de propositura da ação, prevendo a lei que o autor deve promover a citação nos 10 dias seguintes”. Na lição de DINIZ (2012, p. 436), esclarece-se:

A interrupção, que, após a vigência do novo Código Civil, somente poderá ocorrer uma vez (art. 202 do CC), evitando protelações abusivas, produz efeito no passado, inutilizando o tempo transcorrido, e no futuro, determinando o reinício da prescrição, recontando-se o prazo prescricional, como se nunca houvesse fluído. Evita-se a provocação da interrupção toda vez que se der a proximidade do prazo para consumir a prescrição, fazendo com que fique *ad infinitum* o poder de exigir a pretensão, dando permanência ao estado de espera do adversário. Assim, ensina-nos Matiello, qualquer que tenha sido a causa originária da primeira interrupção, dever-se-ão desconsiderar as posteriores, pois, após o seu reinício, o prazo prescricional não mais poderá ser interrompido, mas nada impede que seja suspenso, se ocorrerem quaisquer causas suspensivas, refreando temporariamente aquela contagem.

Em relação ao rito especial da ação de improbidade administrativa, há firme jurisprudência compreendendo que o termo de interrupção da prescrição não será a citação do réu, que acontece somente após o recebimento formal da petição inicial, mas na verdade com a notificação para a apresentação da defesa preliminar, retroagindo à data do protocolo da petição inicial. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Esclarecidas estas questões, os dados coletados informam que o tempo médio entre o termo do mandato eletivo; da desincompatibilização do cargo ou função de confiança ou da ciência inequívoca da Administração, nos demais casos é de 38 (trinta e oito) meses, o que equivale a 3,1 ano. Em média, portanto, a petição inicial vem sendo protocolada antes de efetivada a prescrição, notadamente porque o prazo é contado a partir da desincompatibilização do cargo ou função, não da ocorrência do fato, porque acaso o cálculo fosse tomado em conta a partir dos fatos, seria inevitável a ocorrência de prescrição em vários casos. Das ações analisadas, havia uma delas, contudo, já culminada pela prescrição já desde o seu ajuizamento, pois o réu (ex-prefeito Municipal) se desincompatibilizou do cargo em dezembro de 2000, enquanto a ação foi proposta em dezembro de 2009. Estatisticamente, pois, em 91% (noventa e um por cento dos casos) a demanda foi proposta antes da ocorrência da prescrição. Em três das ações, é dizer, 28% (vinte e oito por cento) dos casos, os agentes públicos ainda ocupavam os respectivos cargos quando do protocolo da exordial.

Portanto, apesar de haver sido verificado morosidade na realização dos procedimentos preparatórios, ainda assim o órgão de controle foi razoavelmente eficaz, tendo sido possível o ajuizamento das respectivas ações dentro do prazo fatal da prescrição. O mesmo não se poderá dizer das conclusões referentes ao tempo médio de duração dos processos desde o protocolo da petição inicial até a sentença de mérito, quando houver, ou da data da consulta,

quando esta ainda não existir. Aí, o tempo de duração médio dos processos, entre um marco e outro passa a estrondosos 78 (setenta e oito) meses, ou 6,5 anos. Portanto, se houve razoável eficácia do titular da ação quanto ao ajuizamento da demanda em prazo eficaz, o Poder Judiciário não logrou qualquer sucesso no que se refere à capacidade de julgar as ações de improbidade administrativa antes dos cinco anos fatais. Assim é que 72% (setenta e dois por cento) das ações examinadas foram já fulminadas pela prescrição, não tendo a maioria delas sequer chegado à fase decisório antes desse marco. Há casos extremos, onde, por exemplo, onde passados já mais de dez anos do ajuizamento da ação sequer foi encerrada a instrução processual, ou que, depois de mais de seis anos de tramitação, sequer a petição inicial foi recebida. Se trata, a toda prova, de um índice de ineficiência no mínimo preocupante.

Anote-se, por oportuno, que tendo em vista a natureza não penal da ação de improbidade administrativa, não incidirá sobre ela a regra do art. 117, do Código Penal que prevê várias causas de interrupção da prescrição, como por exemplo o recebimento da denúncia e a sentença condenatória de primeiro grau. Aqui, há a inegável incidência do art. 202, I, do Código Civil, que expressamente admite a interrupção por uma única vez, conforme já exposto.

Esta evidência, traz à tona a necessidade de construção de políticas públicas de controle da atividade judicial, não obviamente no sentido de policiar o conteúdo das decisões dos juízes, mas de cobrar que as demandas sejam julgadas em prazo razoável, garantindo inclusive a efetividade do direito fundamental disciplinado no art. 5º, LXXVIII, que garante a razoável duração do processo. Por mais que seja reconhecidamente uma norma programática, não se pode pretender com isso que vire letra morta. Quando nada, deve ser importante norte de orientação ao intérprete e aplicador da norma, muito especialmente o juiz.

Tendo em vista as normas estabelecidas pelo vigente Código de Processo Civil, em consonância com as regras processuais trazidas pela própria Lei de Improbidade Administrativa, nos parece razoável concluir que o processo que apure atos de improbidade administrativa deverá se desenvolver, razoavelmente, em atenção aos seguintes prazos: despacho inicial do juiz: até 30 dias após o ajuizamento da ação (mesmo prazo concedido para a prolação de sentença); expediente de notificação do réu: 30 dias; defesa preliminar do réu: 10 dias; despacho do juiz recebendo ou rejeitando a petição inicial: 30 dias; (muito embora seja praxis nos processos examinados o retorno dos autos ao Ministério Público para apresentação de réplica, não existe previsão legal desta fase, que racionalmente terá vez somente após a contestação e nas hipóteses admitidas expressamente pela lei processual); expediente para citação do réu: 30 dias; contestação do réu: 15 dias; despacho saneador do

juiz: 30 dias; indicação de provas pelas partes: 10 dias; designação de audiência de instrução: 30 dias; diligências excepcionais necessárias para ulatimação da instrução: 60 dias; despacho do juiz encerrando a instrução e abrindo vistas para memoriais: 30 dias; memoriais, em prazos separados: 20 dias (10 dias para cada parte); sentença: 30 dias.

Neste padrão, poderemos então dizer que o prazo para o encerramento da ação deverá ser de exatos 355 dias, é dizer, razoavelmente, todo o desenvolvimento do processo no primeiro grau de jurisdição não deveria ultrapassar este período. Note-se que os maiores prazos compreendidos nas ponderações do parágrafo anterior são dados ao magistrado e à burocracia do judiciário, sabidamente onde os processos mais encalham na sua marcha processual. Todo processo que dure mais que um ano (arredondando-se o total de dias da conta apresentada), entre o protocolo da petição inicial e a sentença, acaso não existam razões de superior importância, estará ferindo o direito fundamental à razoável duração do processo. Naturalmente não se trata de conta cerrada e imutável. As peculiaridades do caso concreto sempre autorizarão o juiz a justificadamente dilatar os prazos da burocracia judiciária. O que não se admite é, conforme verificado, os processos durem bem mais que cinco anos, em média, entre o início e a sentença de primeiro grau de jurisdição.

O último dos itens verificados é o do conteúdo das sentenças terminativas do feito. De todas as sentenças produzidas, todas elas foram de procedência do pedido autoral, é dizer, que reconheceram a existência de atos de improbidade administrativa, mesmo quando foi a vez de declarar também a ocorrência de prescrição. Dos autos examinados, verificamos tanto uma hipótese em que se reconheceu a prescrição dos atos de improbidade que foram causa de enriquecimento ilícito e que feriram princípios administrativos, porém que ainda assim imputaram a pena referente ao ressarcimento ao erário, assim como houve caso em que, apesar de flagrantemente prescrita a pretensão autoral, ainda assim o juiz impingiu a condenação sem qualquer consideração a este respeito. Em ambos os casos, os recursos que eventualmente venham a ser interposto (o prazo recursal não havia se iniciado na data da consulta) muito provavelmente embrenharão no debate pertinente a ocorrência ou não da prescrição, bem como da possibilidade de declaração da prescrição também com relação aos danos ao erário, conforme se debate no seio do Recurso Extraordinário 852.475 – SP, com repercussão geral reconhecida, cujo julgamento resolverá em definitivo a questão a respeito da interpretação possível ao artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, exatamente o que determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento contra a Fazenda Pública.

Na mesma linha dessa tese, também se defende que, uma vez verificada a prescrição das sanções referentes à improbidade, o ressarcimento deverá ser discutido em nova relação

processual (GARCIA, 2011). Estas são teses jurídicas passíveis de debate no âmbito do Tribunal de Justiça, assim como em sede de novos recursos, tanto pela via do Recurso Especial quanto do Extraordinário, ambos de previsão constitucional. Concretamente, no entanto, não há, entre as ações examinadas, nenhuma que tenha recebido ainda deliberação do Tribunal de Justiça, razão porque não é possível deduzir maiores dados estatísticos a propósito dessa fase das ações.

Enfim, trazemos esquematicamente o seguinte quadro didático, com o resumo dos dados estatísticos mais relevantes coletados, com a finalidade de auxiliar a consulta das informações analisadas:

EVENTO	DADO (PERCENTUAL OU TEMPORAL)
Ações propostas pelo Ministério Público	91%
Ações que tiveram início a partir de denúncia da vítima ou contaram com a adesão dela à ação	37%
Ações onde houveram investigações concomitante do Ministério Público e de outro órgão de controle	40%
Ações em que houve exclusivamente investigação preliminar a cargo do Ministério Público	30%
Tempo médio do procedimento administrativo prévio	3,6 anos
Procedimentos administrativos que duraram mais que um ano	78%
Instauração de procedimento administrativo por conta do próprio ente vítima do ato de improbidade	18%
Ações que obtiveram despacho inicial em menos de trinta dias, contados do ajuizamento	45,5%
Ações que obtiveram despacho inicial com mais de um ano, contado do ajuizamento	27,5%
Ações que obtiveram despacho inicial com mais de um mês e menos de seis meses, contados do ajuizamento	27,5%
Ações que obtiveram despacho inicial com menos de 10 dias, contados do ajuizamento	18%
Média de tempo entre a propositura da ação e o recebimento	3,7 anos

da petição inicial	
Ações com até cinco réus que tiveram a inicial recebida	100%
Ações com mais de cinco réus que tiveram a inicial recebida	34%
Ações que não encerraram a instrução processual	55%
Tempo médio entre o recebimento da petição inicial e o encerramento da instrução processual	2,8 anos
Processos sentenciados em primeiro grau de jurisdição	27%
Tempo médio entre o fim da instrução e a sentença de primeiro grau	3 meses
Tempo médio entre a desincompatibilização no cargo pelo agente público ou ciência do fato pela administração, conforme seja a hipótese de início da prescrição e a propositura da petição inicial	3,1 anos
Ações ajuizadas antes da ocorrência da prescrição	91%
Ações ajuizadas enquanto o agente ainda ocupava o cargo em que se atribui a prática de ato improbo	28%
Tempo médio de tramitação entre a propositura da ação e a sentença de primeiro grau (ou a data da consulta, quando não há ainda sentença)	6,5 anos
Ações prescritas após o ajuizamento	72%

É neste sentido, o de contribuir para uma maior eficiência do controle dos atos praticados pela Administração Pública, visando evitar as patologias corruptivas, que se lançaram as luzes do presente estudo. Portanto, é imperioso que se estabeleçam a partir das críticas formuladas, planos de ação no sentido almejado, o que pretendemos seja realizado por intermédio de políticas públicas específicas, das quais trataremos com maior clareza a partir do tópico seguinte.

4.5. Políticas públicas de controle

A concepção do Estado democrático de direito, dentre outras vertentes, impõe um novo dimensionamento do papel estabelecido para cada um dos poderes clássicos concebidos ao tempo do iluminismo. O estabelecimento da dignidade da pessoa humana como o elemento

central dos direitos fundamentais (SARLET, 2003), impõe notadamente ao Poder Judiciário um inovador papel imprescindível à sua efetividade. A própria ideia de direitos fundamentais impõe agora a sua concepção não somente como o conteúdo arbitrário da lei, nem a efetivação de determinados serviços em acordo com a discricionariedade da administração. É ao Poder Judiciário a quem se incumbe o dever de garantir a efetividade de todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, a regra do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, quando impõe a aplicação imediata de todos os direitos afirmados no catálogo brasileiro é dirigida também (talvez principalmente) ao Poder Judiciário. É nesta seara de ideias que surge o ativismo judicial, pois se trata de valioso instrumento para tal desiderato.

Muito embora ao poder judiciário não caiba propriamente a criação de políticas públicas, este novo papel implementado pelo moderno constitucionalismo muito menos lhe permite ficar alheio ao conjunto da atividade desenvolvida pelos demais poderes. A contemporaneidade reclama mesmo a superação dos clássicos limites estabelecidos pela velha teoria da tripartição dos poderes (PENNA, 2011), para impor que ao judiciário, no âmbito do controle da atividade administrativa, uma atuação contra todos os tipos de abusos praticados pelos demais poderes, tanto os comissivos quanto omissivos. É nessa dinâmica que se permite o controle pelo poder judiciário das políticas públicas em geral (BITENCOURT, 2013).

Na atuação geral do controle da atividade administrativa, inclui-se o controle contra as patologias corruptivas como um dos mais importantes, haja vista os males nefastos trazidos por suas práticas, pois é na corrupção onde se verificam os maiores fracassos na implementação das atividades estatais em geral, a das políticas públicas em especial. Quanto maior for o grau de corrupção, mais deficitários serão os serviços de saúde, educação, assistência e assim sucessivamente. O controle da atividade administrativa visando coibir as patologias corruptivas pode ser compreendido em si mesmo como uma política pública de alta relevância, cujo fundamento mais remoto encontramos na própria Constituição Federal. A ação de improbidade administrativa é sem dúvidas uma das mais importantes ferramentas de combate a estas patologias corruptivas, verdadeiro instrumento que é capaz de dar efetividade ao rechaço normativo contra os atos de improbidade.

BITENCOURT (2013) adverte a respeito das dificuldades em classificar quais seriam as políticas públicas estabelecidas a partir da própria Constituição Federal, haja vista a falta de critérios claros adotados pelo constituinte originário. No entanto, muito menos será lícito dizer que a Carta Política não tenha criado políticas públicas. No mesmo passo, esclarece que nem todos os direitos fundamentais demandam o estabelecimento de políticas públicas, muito embora com relação a alguns deles, tal seja mesmo imprescindível. No âmbito dos direitos

transindividuais, talvez mesmo porque sua titularidade seja indeterminada, é onde “encontramos uma grande necessidade de políticas públicas para a efetivação e garantia desses direitos” (BITENCOURT, 2013, p. 136). Assim, ao mesmo tempo em que a Constituição institui direitos fundamentais de terceira dimensão, como os direitos ambientais e do consumidor, por exemplo, estabelece uma série de garantias imprescindíveis à sua realização. A ação civil pública é de longe o melhor exemplo de um remédio jurídico hábil a obrigar o poder público a efetivar políticas públicas das mais diferentes naturezas. É dessa observação que se conclui a respeito do novo papel do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas (PENNA, 211).

A respeito da improbidade administrativa, o seu fundamento mais destacado se encontra especificamente no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e tem na atuação do poder judiciário seu ator mais proeminente. Assim, o sucesso no combate aos atos de improbidade administrativa depende da eficiência da atuação do poder judiciário, que o faz sabidamente através do exercício do direito de ação, por intermédio do processo judicial. Aí não se poderá negar que o instituto da improbidade administrativa poderá ser compreendido enquanto uma política pública instituída pela própria Carta Política, cujo objetivo maior é instrumentalizar a garantia à probidade da atuação administrativa em geral. E mais, que se trata de uma política de Estado, não simplesmente de governo, pois como ensina BITENCOURT (2013, p. 136-7), “quando a política pública estiver tratando da consolidação do paradigma de fundo, da garantia da soberania nacional e da ordem pública em si, voltada para a estruturação do próprio Estado, a política em questão, é *política pública de Estado*”.

Por outro lado, os dados levantados na pesquisa de campo deixam evidente a grande dificuldade, pelo menos no âmbito do espaço e tempo investigados, dos órgãos do poder judiciário investigados em se desincumbir de tais atribuições. Basta citar o elevado índice de prescrições verificado antes da prolação de sentença de primeiro grau de jurisdição. As razões que conduzem a este estado de coisas são de múltiplas fontes, não duvidamos. Porém, a estrutura do processo em si mesmo deve ser compreendida como talvez a mais importante delas. Pois, na lição de PENNA (2011, p. 222):

Não somente em relação à definição das “políticas públicas” sindicáveis pela via processual judicial, mas especialmente para possibilitar efetiva participação do cidadão em sua implementação, patenteia-se urgente a formulação de propostas para a criação de instrumentos (meios), isto é, procedimentais aptos a tais desideratos, sob pena do debate continuar circunscrito aos mesmos entraves (separação de poderes, reserva do possível, limites da coisa deduzida à teoria processual da simples relação jurídica de natureza individualista) de forte conotação ideológica e dogmática ou pragmática circunstancial.

O autor em questão faz ver que todo o sistema de direito processual civil brasileiro, ainda fortemente impregnado com a ideologia das clássicas obras italianas (quem tem em Liebman, talvez, seu mais robusto representante), ainda reparte a tarefa de solução de conflitos entre dois marcos de há muito superados, as causas de direito público e privado. Na verdade, a Constituição brasileira não referenda mais esta repartição, preferindo francamente a distinção entre as ações de interesse coletivo e individual, dando franca preferência às ações coletivas. (PENNA, 2011). Muito embora o vigente Código de Processo Civil tenha apresentado avanços na sistematização dos processos coletivos, ainda se verificam importantes falhas em seus enunciados normativos, principalmente no que diz respeito às técnicas de execução de seus julgados.

As ações que visam o controle judicial da atividade administrativa possuem uma natureza mais coletiva que individual, o que não se confunde com o fato de poderem ser propostas individualmente por pessoas naturais, pois mesmo aí se estará buscando a tutela de interesses coletivos. A ação de improbidade administrativa sem dúvidas se enquadra como espécie desse importante gênero. Mais exato ainda seria afirmar que este conjunto de garantias constitucionais tutelar direitos transindividuais.

Sem dúvidas uma das ferramentas que deverá ser utilizada para a efetividade das políticas de controle da atividade administrativa é a ampliação do rol de legitimados para a proposição da referida ação, como em geral, recomenda-se a ampliação dos legitimados para o exercício de todas as formas de controle, a exemplo da ação popular, garantida constitucionalmente. Dinamizar-se o procedimento, sem a imposição de reservas ao pleno exercício do princípio do devido processo legal, igualmente é providência salutar. Novamente em PENNA (2011, p. 277), verificamos essa importante observação:

A efetividade processual reclamada não se obtém por diversas razões, na sua maioria por motivos inconfessáveis. Fato é que, também se incita o cidadão comum a creditar suas esperanças na ideia de um “judiciário salvador”, de “nova mentalidade” dos juízes, sem contudo, esclarecer a esse cidadão de que se continua a trabalhar no foro judicial estaque de tutelas individuais (privadas) e públicas (coletivas), além de sistemas codificados ultrapassados, que valorizam nulidades e ritos sem sentido, próprio de um Estado pouco ou nada comprometido com a participação da sociedade.

Com GORDILLO (1982) compreendemos a participação popular como a mais importante das ferramentas de rompimento com o estado de letargia da atualidade, que reproduz a lógica da impunidade e que possui na clássica morosidade da justiça uma das ferramentas mais poderosas para este fim. Portanto, juntamente com a necessidade de

profunda reformulação do sistema judicial, capaz de dar efetividade ao direito fundamental da razoável duração do processo, compreendemos imperioso o estabelecimento de ferramentas de controle popular da própria atividade desempenhada pelo Poder Judiciário e Ministério Público, flagrantemente os grandes responsáveis pelo alto índice de impunidade verificado nos processos investigados. Afinal, de nada valerá a reforma do procedimento judicial se este seguir tramitando no leito da eterna morosidade tão própria dos processos judiciais.

O Conselho Nacional de Justiça, na medida em que recomenda a prioridade do julgamento de determinadas ações, estabelecendo metas de julgamento das ações mais antigas, expressamente reconhece a existência do problema. Contudo, as medidas adotadas pelo órgão de controle interno do Poder Judiciário nacional não são suficientes. É preciso incrementar a atividade de controle da atuação não somente dos juízes, como também dos promotores. Não no sentido de estabelecer um controle ideológico, referente ao conteúdo das decisões, mas de eficiência, com o encerramento das ações judiciais sob seus auspícios em tempo razoável e a determinação de justificação plausível para as hipóteses em que tal não se concretize. Como adverte RIVERO (2006, p. 166), “a lentidão das decisões lhes compromete a eficácia e lhes mina a autoridade (...). Ela constitui, além disso, uma violação do direito reconhecido (...) a que todo litigante tenha ‘sua vida ouvida num prazo razoável’”. O excesso de processos em relação ao número de juízes e promotores até pode justificar a morosidade do ponto de vista do agente público que não pode ser cobrado para além de sua força e capacidade, mas jamais na perspectiva do Estado, que segue responsável pela entrega de uma prestação jurisdicional justa e em prazo aceitável.

Portanto, é somente com a ampliação da possibilidade de participação popular nesse controle que se poderá almejar a efetividade da atividade judicial no controle e punição das patologias corruptivas. Novamente, com PENNA (2011, p. 281) se assevera que “a tentativa quase que frequente de cercear a participação democrática do cidadão por intermédio da via processual judicial, com criação de obstáculos procedimentais que dificultam ou até impedem o exercício do direito de ação que vise ao controle e implementação de políticas públicas” é meio refratário que somente robustece os índices de ineficácia da atividade jurisdicional.

A participação popular reclamada deverá ser estabelecida por diversas frentes, sendo a primeira delas concernente a uma reforma da legislação em vigor, que deverá ampliar a legitimação ativa para a proposição das ações de improbidade administrativa, por meio do que se legitime não apenas o cidadão comum, mas também associações de representação da sociedade civil, da mais ampla ordem. Afinal, a atuação solitária do cidadão, embora não podendo ser desprestigiada, não será jamais suficiente, pela natural disparidade de armas

existente entre o indivíduo e o detentor do poder. Assim como acontece na ação civil pública, deverão ser legitimados o maior número possível de entidades representativas da sociedade civil, mas também o cidadão isoladamente. Importante também, nesse sentido, que se ampliem os instrumentos conhecidos do processo coletivo, que permita da maneira mais democrática possível a participação irrestrita dos chamados amigos da causa (*amicus curae*), sujeitos que sem dúvida ampliarão o conteúdo do debate da causa, legitimando cada vez mais o resultado final do processo. Nunca é demais lembrar que o processo somente será legítimo se antes for democrático.

Muito se reclama na contemporaneidade a respeito da ausência de legitimidade do poder judiciário no controle e efetivação das políticas públicas, notadamente porque seus membros não são eleitos. A par disso, não se pode duvidar que a abertura desse poder ao amplo e pleno controle popular de suas atividades sem dúvidas porá por terra os argumentos relativos à sua ilegitimidade. Quanto mais fechado for, mais ilegítimas serão suas deliberações, porque não se estabelecerá o precedente e necessário discurso de legitimação, tão importante no moderno conceito de democracia. É somente por intermédio da égide do devido processo legal, é dizer, do processo democrático ou legitimado pelo discurso, que se alcançará a plena eficácia dos instrumentos de controle. A política pública propugnada no presente trabalho diz respeito, portanto, à necessidade de legitimação por meio do controle popular, da atividade dos membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, especificamente em matéria de ação de improbidade administrativa. Como se disse, não no sentido de controle ideológico, mas de eficiência de sua atividade.

Por certo, não é o lugar aqui para o estabelecimento de uma política pública de controle em minúcias, mas a de propugnar por sua urgente necessidade, pois embora seja relevante pauta dos trabalhos da academia, as políticas públicas necessariamente terão de ser geradas bem fundo nas entranhas do Estado. Por enquanto, tratamos de estabelecer cientificamente sua necessidade, dando as razões técnicas, aqui por intermédio da estatística e dos discursos de autoridade dos quais lançamos seguidamente mão. Contudo, cômicos estamos de ser esta apenas a primeira fase de um longo e intricado processo, a fase de identificação do problema. Como afirma CRISTSINELIS (2003, p. 48), ainda estamos no rudimentar momento de verificar, mesmo que com argumentos científicos, que há “algo que incomoda, prejudica, gera insatisfação, mas não chega a constituir um item da agenda governamental, ou seja, não se encontra entre as prioridades dos tomadores de decisão”.

Mas é este o limite da ciência, que não poderá jamais prescindir da força e legitimidade da sociedade civil organizada e da cidadania ativa como indispensáveis instrumentos para a sua concretização.

5. CONCLUSÕES

Historicamente, os sistemas jurídicos em geral sempre rechaçaram as práticas corruptivas. Há notícias de regras de combate à corrupção ainda na lei das XII tábuas, de Roma e até mesmo antes. No Brasil também desde sua primeira Constituição se admitia a sanção pelos atos que importassem em enriquecimento ilícito praticados pelos agentes públicos. Todavia, muito embora sempre tenha existido esse rechaço formal, a legislação regulamentadora da matéria sempre foi deficitária, ou porque não regulava adequadamente a matéria, ou porque não era efetivada ou mesmo porque era utilizada como instrumento de perseguição política, como é o exemplo do AI5, documento áureo da ditadura militar brasileira.

A Constituição de 1988 inaugura uma nova fase no tratamento das patologias corruptivas, muito especialmente quanto estabeleceu-se o seu regulamento através da Lei Federal 9.429/92, que inovou profundamente na matéria ao admitir se constituírem atos de improbidade também os que causassem danos ao erário ou que simplesmente descumprissem princípios de direito administrativo, sem embargos de ter estabelecido mais dinamismo ao procedimento investigatório e sanções aplicáveis.

A improbidade administrativa se relaciona com as patologias corruptivas porque o seu fundamento maior está na imoralidade do ato praticado. Uma vez que o conceito jurídico de imoralidade é mais um conceito indeterminado, a compreensão de ato imoral está na percepção de sua desonestidade. Todo ato improbo é desonesto e imoral, por isso também será um ato de corrupção, na dinâmica ampla pela qual estamos compreendendo esta expressão (patologias corruptivas).

Em um panorama eminentemente teórico não há grandes críticas a serem feitas no que se refere ao tratamento legal deferido às improbidades administrativas. Em contrário ao grosso da legislação revogada, a lei em vigor foi precisa na definição da maioria dos elementos necessários à configuração do ilícito, bem como instrumentalizou os legitimados para propor dos instrumentos necessários à consecução de sua efetividade. Por exemplo, a própria lei prevê a possibilidade de bloqueio liminar de bens dos agentes públicos em

quantidade suficiente para a satisfação de futura condenação. Na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais, a lei determina uma fase procedimental prévia, onde o juiz deverá verificar a existência de justa causa para a propositura da ação, antes mesmo do recebimento da petição inicial. Na mesma linha garante a maior liberdade possível para o exercício do contraditório e da ampla defesa quando determina que após a fase preliminar, o rito processual será o do procedimento comum.

O combate às patologias corruptivas poderia se enquadrar na definição dos direitos fundamentais de terceira dimensão, afinal, o princípio da moralidade, introduzido pelo caput do artigo 37 da Constituição brasileira, assim como o supra princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, e mesmo o conjunto dos princípios formatadores do Regime Jurídico Administrativo, impõe sem dúvidas de um lado para a administração o dever de uma ação proba e para o administrado o direito de uma atuação estatal transparente e honesta. Nessa ótica de ideias, não será absurdo compreender que o instituto da improbidade administrativa deverá ser compreendido como uma política pública instituída exatamente para dar efetividade ao direito transindividual de uma administração proba. Anote-se, por oportuno, que é corrente a compreensão da melhor doutrina no sentido de reconhecer que nem todos os direitos fundamentais estarão inseridos expressamente no catálogo, havendo os que serão alocados em outras partes da Constituição e mesmo aqueles que sejam decorrentes da interpretação legítima. É isto exatamente o que se pretende dizer com a expressão direitos fundamentais em sentido formal.

A compreensão da improbidade administrativa enquanto espécie de política pública de combate à corrupção encontra sério óbice, contudo, nos estudos especializados quando estes estabelecem o primado de que políticas públicas são competências próprias do Poder Legislativo, que as institui por lei e do Poder Executivo, que as efetivam pela ação administrativa, mas não do Poder Judiciário. O máximo que se poderá concluir para esse pensamento será a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário das políticas públicas, mas jamais sua institucionalização ou execução.

Pensamentos mais avançados, no entanto, conseguem compreender que o papel delegado ao Poder Judiciário no atual modelo do Estado democrático de direito, impõe a ele o dever de uma atuação mais concreta diante das vicissitudes sociais. A ideia mesmo do ativismo judicial se baseia precisamente na premissa de que o Poder Judiciário deverá sem dúvidas ser agente efetivador dos direitos fundamentais, muito notadamente dos de terceira dimensão. A partir dessa ótica, se inova na possibilidade de admitir que o Poder Judiciário também poderá instituir e controlar políticas públicas, pensamento que permitiria o

estabelecimento da ideia almejada de ver o instituto da improbidade com a marca de uma política pública.

Embora esse caminho teórico claramente tenha se apresentado, preferimos agir com mais denodo, para alcançarmos uma posição intermediária entre um ponto de vista e outro, especificamente para compreender que muito embora não possa o Poder Judiciário instituir políticas públicas, mas simplesmente controlar a atuação dos outros poderes na sua institucionalização e execução, ainda assim é possível o estabelecimento de políticas públicas de controle da atuação do Poder Judiciário no combate às patologias corruptivas.

A análise de campo foi fundamental para a compreensão prática da lei de improbidade administrativa. Enquanto no plano meramente teórico podemos afirmar que em geral a lei brasileira de combate às patologias corruptivas é uma lei boa, que necessita ser melhorada, mas que possui institutos sérios e coerentes, acordes com a melhor compreensão estabelecida pela academia jurídica, na realidade cotidiana do foro, constata-se uma preocupante ineficácia. Estatisticamente, os elementos colhidos permitem concluir que, pelo menos na área geográfica investigada, é elevado e injustificado o índice de ineficácia das sanções de improbidade administrativa. Muito embora existam apurações, que redundam no ajuizamento de ações, há excessiva demora nas investigações preliminares e retardo maior ainda na conclusão dos respectivos processos. Tanto que se apurou um desconcertante índice de 72% (setenta e dois por cento) das ações já fulminadas pela prescrição.

Também não existe uma prática de fiscalização por parte do Ministério Público, principal legitimado para o ajuizamento dessa espécie de demanda, vez que em todos os casos analisados sempre agiu em resposta a alguma denúncia que lhe fora formulada, mas jamais por iniciativa própria. Ao mesmo tempo em que este dado evidencia a falta de aparelhamento do órgão de controle em questão, ressalta a importância da participação popular, uma vez que em grande número de casos as ações foram ajuizadas em resposta a denúncias de populares no exercício do direito de petição.

Da parte do Poder Judiciário, a verificação sobre sua falta de estrutura para responder adequadamente às demandas que lhe foram apresentadas é ainda mais patente, conforme se afere do retardo final no julgamento dos feitos, que na sua maioria prescreveram antes mesmo da sentença de primeiro grau, fruto da demora isolada de cada uma das fases analisadas. No mínimo, as conclusões nos conduzem ao reconhecimento da quase absoluta ineficácia do direito fundamental à razoável duração do processo.

As causas para esta constatação vão bem além da pura e simples falta de estrutura do respectivo aparelhamento dos respectivos órgãos, sejam os do Poder Judiciário, sejam os do

Ministério Público. Razões para tanto encontramos na própria estrutura do processo, enquanto instrumento da burocracia, excessivamente formalista e alheio ao comando de razoabilidade inspirado a partir da hermenêutica constitucional. Portanto, ao mesmo tempo em que se impõe um melhor aparelhamento dos citados órgãos, se exige uma mais profunda reforma do sistema de processo civil como um todo. Mesmo o novo Código de Processo Civil, já em vigor, não é suficiente para atender a tão urgente reclamo.

O conjunto dessas constatações representam, ainda, a efetiva verificação da realidade prática cotejada no campo teórico a respeito da administração paralela. Os dados analisados não deixam dúvidas quanto à evidência de que ao lado do sistema formal de direito processual, há um outro paralelo representado pela realidade de ineficácia e impunidade aos atos de improbidade administrativa. Esta realidade em si mesma é mais um fator a alimentar a máquina das patologias corruptivas, pois quanto mais irrealizável for a norma, mais poderoso será o parasistema jurídico equivalente. É dizer: quanto maior a impunidade, maior a corrupção. É esta a lógica simples e objetiva do parasistema desvelado através do nosso estudo.

É, portanto, inevitável a constatação de que algo precisa urgentemente ser feito. A tal propósito, nossa humilde e despretensiosa contribuição, tanto porque reconhecemos as nossas limitações de ordem intelectual, como também conhecemos o grande esforço necessário à mudança desse paradigma, que por sua dimensão e profundidade impõe a participação ativa e consciente, sobretudo, da sociedade civil organizada, é no sentido de recomendar duas séries de ações: uma tendente a inovar na ordem legal para a finalidade de ampliar a legitimação ativa para a proposição da ação de improbidade administrativa, e a segunda é a da instituição de uma política pública de controle da atividade dos membros da magistratura e do Ministério Público, por meio do qual se permite à sociedade ter ciência do tempo real de andamento dos processos e exija das autoridades responsáveis justificativas plausíveis para os atrasos verificados.

Os dados levantados não conduzem à conclusão de que o Poder Judiciário está julgando mal, mas que o está fazendo tardiamente. O índice de ações julgadas procedentes encontrado na pesquisa de campo revela claramente esse dado. É importante, portanto, que o controle sugerido a título de política pública inovadora seja no sentido de cobrar presteza e efetividade das decisões, mas que em nenhum momento permita o controle ideológico do conteúdo das decisões. Desta maneira, os juízes e promotores continuarão detentores das mesmas prerrogativas e garantias historicamente a eles conferidas, mas a elas teria acrescidos o dever de prestar contas da eficiência de seu trabalho. A propósito, a eficiência já é um princípio

explícito da administração pública. Nada mais natural que cobrar sua verificação em face de todos os poderes e órgãos da República, não somente do Poder Executivo.

Pontualmente, então, apresentamos a seguinte síntese conclusiva:

1. As origens mais remotas das patologias corruptivas, as encontramos desde os agrupamentos sociais mais primitivos. Está ela, contudo, intimamente associada à formação do Estado moderno e contemporâneo;
2. A vigente constituição brasileira, dando continuidade à preocupação do ordenamento que revogou, revela preocupação no combate às patologias corruptivas, sendo o instituto da improbidade administrativa um dos mais importantes instrumentos para esse combate;
3. Tanto em nível de tratamento constitucional, quanto no regulamento correlato, há uma adequada sistematização legal do instituto da improbidade administrativa. Embora se possa fazer críticas e mesmo sugestões quanto à necessidade de inovações quanto ao sistema positivado que disciplina a matéria, a lei compõe adequadamente as questões referentes aos requisitos, penas e procedimento;
4. Entre as críticas possíveis, entretanto, a mais importante delas sem dúvidas é no sentido da ampliação da legitimação ativa para a propositura da ação, pois a participação popular é elemento indispensável para o adequado controle da atividade administrativa. A ampliação proposta é no sentido de permitir que tanto o cidadão comum, como um rol cada vez mais amplo de entidades da sociedade civil organizada possam também ter a iniciativa desse controle.
5. O processo judicial, da maneira que está sistematizado no direito brasileiro, em si mesmo é outro óbice para a efetividade do combate às patologias corruptivas por intermédio da ação de improbidade administrativa. A pesquisa de campo revela, pelo elevado índice de ineficácia dos processos estudados, da urgente necessidade de reforma do próprio processo. O processo brasileiro não é legítimo tanto porque poderia ser mais democrático, como também porque precisa ser mais eficiente. As razões disso não estão somente no excesso de demanda, mas igualmente na formatação dos procedimentos, voltados à solução de querelas individuais, em prejuízo aos coletivos. Logo, coletivizar o processo é um caminho necessário à eficácia pretendida.
6. Também compreendemos a necessidade de estabelecimento de política pública de acompanhamento da atividade dos agentes públicos responsáveis pelo controle da administração, impondo mecanismos que obriguem as respectivas autoridades a

prestarem conta de suas ações, notadamente determinando o dever de justificarem adequadamente eventuais retardos no andamento processual. Por parte do Ministério Público, é necessário mais agilidade na apuração preliminar que em geral fazem; e maior zelo no acompanhamento das ações de sua responsabilidade. Às autoridades judiciárias é preciso que se instrumentalizem dos meios necessários à ultimateção dos procedimentos em tempo razoável.

7. No âmbito da política pública propugnada, compreendemos ser necessário estabelecer um tempo máximo para o cumprimento de cada uma das diversas fases do procedimento da ação de improbidade administrativa, procedimento comum, com uma fase preliminar. Para a finalidade de cumprimento do princípio da razoabilidade (que também se assenta no direito fundamental à razoável duração do processo) a ação deverá ser ultimada em primeiro grau em pelo menos um ano de tramitação, contado do ajuizamento à sentença. Desta maneira, sempre que for ultrapassado o tempo recomendado para cada uma das fases individualmente, será obrigatório à autoridade judiciária justificar tanto ao órgão de controle do Poder Judiciário, quanto publicamente, as razões que justificam seu retardo, sendo possível a qualquer cidadão cobrar explicações quando entender necessário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed. Ed. Malheiros. São Paulo. 2012.

ALMEIDA, Eduardo de. RECK, Janriè Rodrigues. Direito & Ação Comunicativa. HS Editora. Porto Alegre. 2013.

ALTHUSSER, Louis. Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado. Editorial Presença/Forense. Rio de Janeiro. *s.d.*

ARARIPE, Pedro Jaime de Alencar. A Confederação do Equador para Jovens. Premius Editora. Fortaleza. 2014.

ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 12ª Edição. GEN; Forense Universitária. Rio de Janeiro. 2014.

BALLESTEROS, Jesús. Sobre el Sentido del Derecho. Segunda Edición. Tecnos. Madrid. 1997.

BEZERRA FILHO, Aluizio. Atos de Improbidade Administrativa. Lei 8,429/92 anotada e comentada. 2ª Ed. revista e atualizada. Juruá Editora. Curitiba. 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Núria Fabris Editora. Porto Alegre. 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed. Malheiros. São Paulo. 1999.

BORGES, Raimundo de Oliveira. Memória Histórica da Comarca do Crato. UFC. Casa José de Alencar. Programa Editorial. Fortaleza. 1997.

BRASIL. Conjugados. Códigos 4 em 1 Saraiva. Legislação Administrativa. Legislação Constitucional. CPC. Constituição Federal. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nocoletti. 10ª Ed. Saraiva. São Paulo. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2138 – improbidade x crime de responsabilidade – citação cap. 2). Consulta 12 de novembro de 2016. Disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521649>. Acesso em 12 de novembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 852.475 – São Paulo. Relator Ministro Teori Zavaski. Disponível em www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp%3Fid%3D309570386%26tipoApp%3D.pdf+%3D1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 23 de dezembro de 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas. Editora Saraiva. São Paul. 2013.

BOURDIEU, Pierre. Sobre O Estado. Ed. Companhia das Letras. 1ª reimpressão. São Paulo. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. Arte do Direito. Bookseller. Campinas. 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª Ed. Ed. Atlas. São Paulo. 2014.

CAVALCANTE, Ruszel Lima Verde. Corrupção. Origens e uma visão de combate. Fundação Astrojildo Pereira – Edições FAP. Brasília. 2006.

CRETILLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo. 1ª Ed. Ed. Forense. São Paulo. 1967.

CRITSINELIS, Marco Falcão. Políticas Públicas e Normas Jurídicas. América Jurídica. Rio de Janeiro. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25ª Ed. Editora Atlas. São Paulo. 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 29ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2012.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. 11ª Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 2006.

ELIAS, Norbert. O Processo Civilizador: Uma História dos Costumes. Jorge Zahar Editora. Rio de Janeiro. 1994.

ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Cuarta Edición. Ed. Civitas. Madrid. 1983.

FOUCAULT, Michel. Em Defesa da Sociedade (Curso Collège de France 1975 – 1976). Martins Fontes. São Paulo. 2005.

GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. Revista, ampliada e atualizada. 6ª Ed. Lumen Juris Editora. Rio de Janeiro. 2011.

GORDILLO, Agustín. La Administración Paralela. El parasistema jurídico-administrativo. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1982.

_____, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Parte General. 8ª Edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires. 2003.

GORCZEVSKY, Clovis. Direitos Humanos, Educação e Cidadania. Conhecer, educar, praticar. EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2009.

GRIMM, Dieter. Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Editorial Trotta. Madrid. 2006.

HABERMAS, Jürgen.agir Comunicativo e Razão Destrancendentalizada. Ed. Tempo; Brasileiro. Rio de Janeiro. 2002.

_____, Jürgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Volume I. Ed. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro. 1997.

_____, Jürgen. Direito e Democracia. Entre facticidade e validade. Volume II. 2ª Ed. Ed. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro. 2003.

_____, Jürgen. Teoría de la Acción Comunicativa, I: racionalidade de la acción y racionalización social. Madrid. Taurus, 1999.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Texto na íntegra. Editora Rideel. São Paulo. 2005.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. I, Tomo II (arts. 11 a 27). 4ª Ed. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro. 1958.

_____, Nelson. Comentários ao Código Penal. Vol. IX (arts. 250 a 361). 2ª Ed. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro. 1959.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11ª Ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2015.

JUSTINIANUS. Flavius Petrus Sabbatius. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2ª Edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La Jurisdicción Constitucional. Entre judicialización y activismo judicial: existe realmente "un" o "el" activismo?. Estudios Constitucionales, año 10, n. 2. Chile. 2012.

_____, Mônia Clarissa Hening. Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007.

LEAL, Rogério Gesta. Teoria do Estado. Cidadania e Poder Político na Modernidade. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 1997.

_____, Rogério Gesta. Direitos Humanos no Brasil. Desafios à democracia. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 1997.

_____, Rogério Gesta. Estado, Administração Pública e Sociedade – novos paradigmas. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2006.

_____, Rogério Gesta. Patologias Corruptivas nas Relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos. Edunisc. Santa Cruz do Sul. 2013.

_____, Rogério Gesta (organizador). Direitos Sociais e Políticas Públicas. Tomo 8. EDUNISC. Santa Cruz do Sul. 2008.

LIRA NETO, Padre Cícero. Poder, Fé e Guerra no Sertão. Companhia das Letras. São Paulo. 2009.

LUÑO, Antonio Perez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 8ª Ed. Ed. Tecnos. Madrid. 2003.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. 1ª Ed. atualizada. Ed. Millennium. Campinas. 2000.

MARX, Karl. Manuscritos Econômicos-Filosóficos e outros textos escolhidos. 2ª Ed. Abril Cultural. São Paulo. 1978.

MAURER, Harmut. Direito Administrativo Geral. 14ª Ed. revisada e complementada (1ª Ed. brasileira). Ed. Manole. Baurueri. 2006.

MAYER, Otto. Derecho Administrativo Alemán. Tomo I. Parte General. 2ª Edición inalterada. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1982.

MEIRA, Silvio A. B. A Lei das XII Tábuas. Fonte do Direito Público e Privado. 3ª Ed. revista e aumentada. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1972.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª Edição. Editora Malheiros. São Paulo. 2006.

_____, Hely Lopes. WALD, Arnold. MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e Ações Constitucionais. 35ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 30ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2013.

MELLO, Owaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo. 3ª Ed. Vol. I. Introdução. 3ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2007.

MILESKI, Helio Saul. O Estado Contemporâneo e a Corrupção. Ed. Fórum. Belo Horizonte. 2015.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tomo I. 4ª Ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 1983.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil. 12ª Ed. Atlas. São Paulo. 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6ª Ed. Saraiva. São Paulo. 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Parte Introdutória. Parte Geral. Parte Especial. 14ª Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos. Ed. Atlas. São Paulo. 2006.

_____, Irene Patrícia. Direito Administrativo. 3ª Ed. Atlas. São Paulo. 2013.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 3ª Ed. Jurídico Atlas. São Paulo. 2007.

PENNA, Saulo. Versiani. Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2011.

PINHEIRO, Irineu. FIGUEIREDO FILHO, José. Cidade do Crato. Edições UFC. Fortaleza. 2010.

PISIER, Evelyne. História das Ideias Políticas. Ed. Manole. Baurueri. 2004.

RIBEIRO, Darcy. O Povo Brasileiro. A formação e o sentido do Brasil. 2ª Ed. Companhia das Letras. 1999.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. Liberdades públicas. Martins Fontes. São Paulo. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 3ª Ed. revista, atualizada e ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2003.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2004.

SIMÃO, Calil. Improbidade Administrativa. Teoria e Prática. 2ª Ed. Revista, atualizada, ampliada. JHMIZUNO Editora Distribuidora. Cidade Jardim. 2014.

SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares. Teoria do Estado. Segunda Edição. Del Rey. Belo Horizonte. 2004.

SOUZA. Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral. Corrupção & Improbidade Administrativa. Críticas e Controle. 1ª reimpressão. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2012.

THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO. Novo Código de Processo Civil Anotado. 20ª Ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2016.

TRAVIESO, Juan Antonio. Historia de Los Derechos Humanos e Garantías. Análises em la comunidad internacional e en la Argentina. Ed. Heliasta. Buenos Aires. 2005.

WEBER, Max. Éconoie et société. Paris. Plon. 1971.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y Constitución. Ed. Minima Trotta. Madrid. 2005.

_____, Gustavo. El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia. Oitava Edição. Editorial Trotta. Madrid. 2008.

ZALUAR, Alba. Exclusão e Políticas Públicas: dilemas teóricos e alternativas políticas. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, nº 35, outubro de 1997. São Paulo. Cortez, 1997.