



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

BRENON NUNES DE FREITAS

PRINCÍPIO TRANSINDIVIDUAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E A
CORRELAÇÃO COM O DIREITO HUMANO AO “BOM GOVERNO”

SOUSA - PB
2010

BRENON NUNES DE FREITAS

PRINCÍPIO TRANSINDIVIDUAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E A
CORRELAÇÃO COM O DIREITO HUMANO AO “BOM GOVERNO”

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Paulo Henriques da Fonseca.

SOUSA - PB
2010

BRENON NUNES DE FREITAS

PRINCÍPIO TRANSINDIVIDUAL À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E A
CORRELAÇÃO COM O DIREITO HUMANO AO "BOM GOVERNO".

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof Pe. Paulo Henriques da
Fonseca

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientador: Prof Pe. Paulo Henriques da Fonseca
Professor Orientador

Examinador interno

Examinador externo

À Deus, a minha Mãe e meu Pai, irmãos, com
muito afeto.

AGRADECIMENTOS

A meus Pais, Verônica e Antônio, grandes pilares de minha vida e bálsamo da minha existência.

A meu parêlha Bruno (o nego), Júnior e Alan, meus irmãos, pelo companheirismo.

Aos meus avós paternos e maternos, Francisco Bernado (*in memorian*), Neusa Bernado da Rocha (*in memorian*); Israel(*in memorian*) e Iracema (*in memorian*), pela presença espiritual.

Aos meus tios paternos e maternos, Adelmo, Adilson, Ezaú, Fernando, Dodô, Marluce, Edilene, Nanete, Valdenice, Aliete (*in memorian*); Chico, Edineusa, Fátima, Lourdinha (*in memorian*), Edileusa (*in memorian*), e demais familiares pela presença constante na minha criação.

A minha namorada Vanuza, pelo amor e compreensão.

A minha cunhada Gabriela e minha sobrinha Sophia pela renovação dos sentimentos de amor.

Aos meus amigos, Felipe, Netinho, Mauro, Chameguinho, Gustavo, Paulo César, Sandro, Sérgio, Romerinho, Piu Paulino, Nego, Odilon, Zé Paulino, Lincoln, Humberto, Zé de Cazuzza, Alberto, Ary, Edson Porto, Bosquinho, Epifânio, pelas boas conversas e companheirismo.

As minhas amigas, Nielly, Lívia, Mariana Prata, Gianny, Milena, Amanda Cely, Amanda Saturnino, Ana Lívia, Anna Mélia (prima), pela sinceridade.

A Dr^a Remédios, juíza de Direito, pelos ensinamentos e por depositar confiança no meu modesto trabalho.

Aos funcionários do Cartório da 2ª Vara de Sousa-PB, Sandra, Herlânio, Carla, Yuri, Ricardo, pelo acolhimento e orientação.

Ao Professor Pe. Paulo Henriques, pela orientação nesse trabalho e pela paciência.
Aos funcionários do CCJS, em especial aos guardas Lô e Carlinhos, pelas boas conversas.

Aos meus colegas de sala, pela cooperação no aprendizado.

Por fim, sou grato a Deus, por galgar mais um degrau da vida.

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.”

(Rui Barbosa)

RESUMO

Este trabalho analisa o princípio da probidade na administração pública e sua correlação com o direito humano ao “bom governo”. Destarte, a tônica problemática da presente pesquisa se baseia na análise de como decorreu a evolução deste princípio, de suas dificuldades de aplicação e relacionar o direito humano ao bom governo à sua efetivação. O objetivo consiste em avaliar a dinâmica evolução histórica do princípio da probidade na administração pública e as conseqüências da sociedade patrimonialista para a eficácia do princípio em epígrafe, bem como realizar pesquisa minuciosa na busca do ajuste da administração a este princípio e assegurar o direito humano ao bom governo. Justifica-se o presente trabalho a busca do constante debate sobre o tema da (im)probidade no universo jurídico brasileiro e na necessidade de se procurar um meio de efetivamente salvaguardar a boa governança. Para tal aspiração, adota-se o método dedutivo analítico e faz uso de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. No que tange à doutrina, vislumbra-se uma compreensão de que o princípio da probidade por uma séria de matizes foi, e é desrespeitado, outrossim, a doutrina destaca avanços positivos na aplicação do princípio. Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não tem permitido a produção de resultados no seio social dos elementos normativos adstritos ao princípio da probidade.

Palavras-chave: (Im)Probidade Administrativa. Direitos Humanos. Bom Governo.

ABSTRACT

This research work analyzes the principle of probity in public administration and its correlation with the human right to "good government". Thus, the problematic tonic of the present research is based on an analysis of how the evolution of this principle occurred, its difficulties on the implementation and to relate the human right to good government to its effectiveness. The objective consists in assess the dynamic historical development of the principle of probity in public administration and the consequences of patrimonial society for the effectiveness of the principle above and as well as to realize a minute research in finding the adjustment of administration to this principle and ensuring the human right to good government. Justifies the present work the search for constant debate on the issue of (un)probity in the Brazilian legal universe and the need to find a way to effectively safeguard good governance. For this aspiration, it is adopted the analytical and deductive method makes use of bibliographic and jurisprudence research. With respect to doctrine, there is evidence of an understanding that the principle of probity by a series of shades was and is disrespected; moreover, the doctrine highlights positive developments in implementing the principle. Moreover, the jurisprudence of the Supreme Court has not allowed the production of social outcomes within the normative elements attached to the principle of probity.

Keywords: Administrative (un)Probity. Human Rights. Good Government.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA (IN)EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA (IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA	12
2.1 HISTÓRICO BRASILEIRO DAS PRÁTICAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS	12
2.2 SOCIEDADE PATRIMONIALISTA E A INEFICÁCIA DO PRINCÍPIO REPUBLICANO	16
2.3 AS REFORMAS ADMINISTRATIVAS NO BRASIL	18
3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CORRELAÇÃO COM O DIREITO HUMANO AO BOM GOVERNO	25
3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	25
3.1.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado	25
3.1.2 Princípio da Legalidade	26
3.1.3 Princípio da impessoalidade	27
3.1.4 Princípio da Moralidade	29
3.2 DIREITO HUMANO AO BOM GOVERNO E PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	30
4 ESTUDO DOS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINÁRIOS E ETIMOLÓGICO DO PRINCÍPIO DA (IM)PROBIDADE	34
4.1 ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DA PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	34
4.2. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CRIME DE RESPONSABILIDADE. ANÁLISE DA DECISÃO DA RECLAMAÇÃO 2138-6-DF (CASO SARDEMBERG) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	36
5 CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

No bojo das práticas políticas e administrativas vivenciadas pela sociedade brasileira está a herança legada do tipo de dominação tradicionalista patrimonial no Estado Brasileiro, com efeito, os fatores endógenos e exógenos do poder se interpenetraram e trouxeram o complexo e dinâmico arranjo da administração pública brasileira.

Nesse âmbito de cognição, os problemas advindos das más políticas empregadas na administração pública brasileira é, quiçá, responsável pela imperiosa dificuldade de implementação do princípio da probidade em administração pública.

Ademais, o problema da corrupção se funda efetivamente no costume social patrimonialista da dificuldade de diferenciação do público do privado, no arraigamento das relações de jogo de interesse entre os indivíduos e não de uma realização de uma administração pública voltada para o interesse público.

No entanto, deve-se viabilizar um meio de tornar eficaz o princípio da probidade administrativa, e o caminho seria o respeito às instituições públicas e a cobrança da sociedade organizada para que a administração pública busque a efetivação deste princípio fundamental, pois o cidadão, ator do Estado Democrático de Direito e que contribui para os fins da administração pública tem o direito de ter um bom governo por questões óbvias. A administração pública está obrigada a distribuir seus préstimos universalmente aos seus administrados.

Diante disso, o objetivo da presente pesquisa se manifesta na exposição dos fatores que contribuíram para os altos índices de improbidade no setor público, bem como a análise da correlação da possível mudança de rumo da administração pública brasileira baseada na efetivação do direito humano ao bom governo, a análise não necessariamente precisa ser esgotada tendo em vista a generalidade do assunto proposto.

Ademais, no presente trabalho busca-se analisar o tratamento dado ao princípio da probidade na administração pública pela aplicação, nos principais tribunais brasileiros, dos regimes sancionatórios que versam sobre esta temática.

Outrossim, justifica-se o trabalho pela enorme incipiência sobre o assunto e confusão terminológica dos institutos adstritos ao tema, e a necessidade da

comunidade acadêmica brasileira se atentar para os barbarismos acontecidos nos bastidores da administração pública brasileira. Não obstante, também se justifica pela necessidade de pôr no campo da pesquisa científica esta problemática de alta relevância social.

Por sua vez, com o intento de viabilizar o sustentáculo teórico que propicie reservas na fundamentação, adotou-se o método dedutivo, uma vez que teve como ponto material a doutrina, jurisprudência e legislação mais genérica para convergência de situações particulares, também fez uso do método histórico comparativo.

Desta feita, o capítulo das considerações Preliminares acerca da (in)eficácia do princípio da probidade na administração pública, apresenta excertos históricos sobre as políticas empregadas no curso do desenvolvimento da administração pública brasileira, concepções do porque da corrupção na administração pública e da análise da dificuldade de separação do público e privada do ponto de vista sociológico.

Nada obstante, o capítulo da administração pública na constituição federal e a correlação com o direito humano ao bom governo se propõe a analisar os princípios da administração pública brasileira e a possibilidade de aplicação da teoria do bom governo na administração pública brasileira.

Por derradeiro, o capítulo do estudo dos aspectos jurisprudenciais, doutrinários e etimológicos do princípio da (im)probidade, busca decompor quais os avanços e descompassos das searas doutrinárias e jurisprudenciais sobre a aplicação ao caso concreto do princípio da probidade administrativa e das elucubrações acadêmicas sobre o princípio em epígrafe, analisando as posições doutrinárias e a jurisprudência do Supremo Tribunal federal e do Superior Tribunal Justiça.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES ACERCA DA (IN)EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA (IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Patenteia-se que os costumes do passado exercem forte influência na sociedade presente, por mais que os sistemas de contenção das práticas de improbidade tenham se aperfeiçoado, suas formas se amoldaram ao sistema posto e formaram novos tipos de corrupção da coisa pública. Nesse contexto busca-se quais as práticas políticas que culminaram com a problemática situacional da administração pública brasileira.

2.1 HISTÓRICO BRASILEIRO DAS PRÁTICAS POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS

Partindo de uma análise acurada dos desdobramentos da história das práticas administrativas do Estado Brasileiro, consegue-se vislumbrar quais os fatores sociais políticos que influenciaram o arranjo da moderna administração pública. O estudo das práticas administrativas, sobretudo no período que compreende o império brasileiro e a república velha, dá suporte à perquirição minudente do quadro da administração pública no que tange as formas primitivas de corrupção e os atos de (im)probidade administrativa.

Os favores da máquina administrativa, a subserviência eleitoral, o compadrio clientelista se fizeram presentes na história brasileira e hodiernamente também se fazem presentes, no entanto estas práticas se manifestam de forma velada, à espreita das inovações legislativas que tentam barrar seus mecanismos, sob novas vestes e amparado pela vetusta e intermitente blindagem legal.

Merecem destaque e conceituação das práticas políticas utilizadas pela sociedade brasileira, a exemplo: compadrio, relação sócio-política em que o chefe local cede proteção a outra o cliente em troca de apoio, mantendo a aliança e a sujeição pessoal foi usada em larga escala pela sociedade brasileira por muitos anos. O mandonismo local que se insere não como um sistema, mas como uma característica política e se reflete na figura do chefe local que detinha o poder de

mando sob os munícipes, baseado muitas vezes na coação exercida por um exército privado, os famosos capangas, pessoas que se punham a serviço do chefe local mediante soldo, para fazer a sua segurança e coagir a população a seguir suas ordens, nas palavras do estudioso Carvalho (1966,p.154).

O mandonismo não é um sistema, é uma característica da política tradicional. Existe desde o início da colonização e sobrevive ainda hoje em regiões isoladas. A tendência é que desapareça completamente à medida que os direitos civis e políticos alcancem todos os cidadãos. A história do mandonismo confunde-se com a história da formação da cidadania.

A figura do eleitor da república velha era sinônimo de dependência do chefe local, seu papel social se manifestava no pacto com o coronel, que em troca de favores, benefícios e empregos, mantinha firme a sua lealdade ao sistema coronelista. Outrossim, ao lado dos coronéis, estavam os cabos eleitorais, verdadeiros mercadores do sufrágio eleitoral, eram estas pessoas que adentravam nas tortuosas veredas do país continental, nos mais longínquos rincões, em busca manutenção do sufrágio popular em favor de seus chefes gerais. Sobre o tema, obtempera Faoro, (2004, p.700):

[...] O coronel fazia a política e complementava a administração pública no âmbito municipal, dentro do partido, partido único, mas não monolítico, tumultuado na base por dissensões de famílias e grupos, sedentos da conquista do poder, que, por não reconhecido burocraticamente, se volatiliza, entregue às ambições e aos interesses. O coronelismo se manifesta num compromisso, numa troca de proveitos, entre chefe político e o governo estadual, com o atendimento, por parte daquele, dos interesses e reivindicações do eleitorado rural. As despesas eleitorais cabem, em regra, ao coronel, por conta do seu patrimônio. Em troca, os empregos públicos, sejam, os municipais ou estaduais sediados na comuna, obedecem as indicações.

O coronelismo é, pois, um sistema político nacional com forte influência na esfera pública atual. O Estado garante o poder do coronel sobre os dissidentes e opositores, no mais das vezes, cedendo-lhe funções, em todas as esferas públicas, em contrapartida o coronel garante seu apoio ao governo, mais acentuadamente com o voto. Na escala superior, os governadores de Estado dão seu apoio ao presidente em troca do recebem o apoio logístico para permanecerem no poder. A figura do coronel é indiscutivelmente complexa, a imagem simplista do coronel, como sendo aquele grande latifundiário insulado em sua fazenda vem hodiernamente merecendo críticas, na opinião de Carvalho (2004, p.55), vê-se:

[...] emerge das novas pesquisas um quadro mais complexo em que coexistem vários tipos de coronéis, desde latifundiários a comerciantes, médicos e até mesmo padres. O suposto isolamento dos potentados em seus domínios também é revisto. Alguns estavam diretamente envolvidos no comércio de exportação, como os coronéis baianos da Chapada Diamantina, quase todos se envolviam na política estadual, alguns na política federal.

O Clientelismo por sua vez é considerado como sendo um atributo do sistema político que pode variar sua aplicação dependendo do grau de barganha das figuras nas relações políticas e que adaptado ao momento até então exercem forte influência na administração pública brasileira, portanto o coronelismo neste sentido pode se envolver nas relações de favores do sistema clientelista, mais não é o único, o conceito é mais abrangente, é semelhante à prática do mandonismo, no entanto, se manifesta de forma bilateral. Neste sentido, é possível vislumbrar que com o enfraquecimento do coronelismo e do mandonismo local, este se ampliou sobremaneira, pois na medida em que os coronéis perdem o poder de comandar o controle do voto da população, eles perdem sua importância perante o governo, sendo transferido a barganha política aos responsáveis pela execução da relação clientelista.

A despeito das más políticas empregadas na sociedade brasileira, comenta Faoro (2004, p.386).

[...] O "cabresto" não desapareceu, mas alargou-se para muitas mãos, só uma coisa permanece: a dependência do eleitor, mais ávido de mercês, e não mais autônomo. Os partidos amoldaram-se aos tempos novos, amenizando a compreensão para adequá-la a "arranjar" empregos, favores, benefícios para cabos eleitorais, às influências locais. Ao lado dos chefes gerais, rasteja a camada ampla dos traficantes, também oficiais, o cordão umbilical de muitas léguas, preso ao gabinete, ao gabinete do poder.

Como corolário desta situação vivenciada pela sociedade brasileira, vê-se o trauma deixado pelas práticas políticas do passado, a compressão da completa irresponsabilidade da gestão da coisa pública, a inobservância dos princípios da administração pública, o desvirtuamento da atividade discricionária do administrador, dando espaço aos caprichos e conchavos políticos.

Em meio a essas constatações patenteia-se que os gestores públicos ainda não atentaram para a separação do público e do privado, administram ainda sob os auspícios das más políticas de outrora, ainda assim não incutiram em suas mentes a valoração do espírito da *res pública*.

A problemática do desrespeito ao princípio da probidade administrativa é tão complexa quanto parece, o espectro das más políticas empregadas na nossa sociedade reflete no turbilhão da compreensão do corpo social sobre o cumprimento de seus deveres como cidadãos.

No que tange do levantamento das possíveis causas que levam ao não respeito ao princípio da probidade administrativa nos dias atuais, o estudioso Paiva (200, p.99) elenca:

[...] A falta de ética geral e institucional; o excessivo grau de intervenção estatal na economia aliada à ampliação da gama de serviços públicos e dos níveis de regulação e de burocratização; a dispensa da efetivação da boa-fé nas relações entre agentes públicos e particulares ou entre aqueles e o próprio Estado; o baixo nível salarial dos agentes públicos; o *lobby* e os grupos ocultos de pressão; a precariedade dos sistemas de fiscalização e controle interno e externo; a certeza da impunidade agravada com expedientes como o foro privilegiado (devido à sobrecarga dos órgãos judiciais revisores com a ampliação de competências originárias) e a tese da imunidade dos agentes políticos ao regime comum de responsabilidade; às deficiências do controle no sistema presidencialista, aos vícios do sistema político-partidário (financiamento privado ou misto de campanhas; aparelhamento; loteamentos políticos; coronelismo; clientelismo) e a pluralização dos cargos comissionados além das atribuições de assessoramento, chefia e direção em nível superior; a falta de independência dos órgãos controladores; a concentração de poderes; a internacionalização da lavagem de dinheiro.

Elucidada a correlação existente entre as práticas políticas arraigadas na sociedade de época passada com a moderna configuração da administração pública, se faz necessário avaliar as possíveis conseqüências para a sociedade. Aponta-se a intensificação dos processos de miserabilidade e a injustiça na distribuição de renda; os baixos índices de desenvolvimento econômico e social; o aumento do custo real de bens e serviços; a incredulidade na administração pública e em seus órgãos e agentes; a resistência à implementação da democracia. Não obstante, todas essas práticas administrativas aqui expostas, refletem na não observância do princípio da probidade administrativa.

2.2 SOCIEDADE PATRIMONIALISTA E A INEFICÁCIA DO PRINCÍPIO REPUBLICANO

Ainda sobre o tema da não produção do efeito desejado do princípio da probidade administrativa e de suas causas, remete-se à análise da formação do patrimonialismo Brasileiro e a dificuldade de implementação do republicanismo.

No que concerne ao tema do patrimonialismo, Velez (2006, p. 64-67) destaca algumas características em comum, veja-se:

[...] (1) Senhores de terra e mandatários reais são mais fortes que a sociedade, sem poder social a população não tem representação e torna-se marginal na dinâmica político-administrativa. (2) O Estado, embora maior que a sociedade, não possui instância pública de bem estar social. (3) Complexo de clã: A solidariedade social ao grupo parental. Ocorre a privatização do Estado. (4) Autoritarismo e terrorismo político se justificam pela tese de que o Estado precisa de poder total para solucionar os problemas. (5) A cidadania ou seja, o direito do indivíduo, não vale nada. Só o pertencimento a um grupo de poder constitui direito. É um refinamento da lei do mais forte. (6) Estabelece-se a ética privada ou grupo como norma. A essência do Patrimonialismo é a corrupção da noção de Estado como esfera do público [...].

A base histórica conceitual do patrimonialismo se funda na prática indiscriminada do poder legalmente conferido que não realiza a essencial diferenciação entre a esfera pública e a privada na vida política de determinado Estado, no Brasil a gênese deste fenômeno social deu-se com a vinda da coroa portuguesa.

Quem primeiro elencou a noção teórica de patrimonialismo foi Max Weber, sociólogo alemão, que associava esse fenômeno social a o uso da coisa pública como se privada fosse. Antes mesmo de se formar o conceito de Patrimonialismo, foi preciso investigar quais os fenômenos que originam a dominação social. Para tanto, dentro das bases do pensamento sociológico, foi particularizado três formas de dominação social legítima: dominação carismática; dominação racional legal e dominação tradicional. Nesse diapasão Weber (1999, p. 33) conceitua dominação como sendo “a probabilidade de encontrar obediência a uma norma de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis”.

Assim, se tem que o patrimonialismo foi amplamente patenteado pela administração pública brasileira e é sucedâneo da forma de dominação social

tradicional, manifestando-se como uma dominação exercida com base em um direito pessoal, embora decorrente de laços tradicionais, obedecendo-se ao chefe por uma servidão instável e interna derivada do costume. Deste modo, o patrimonialismo é um estado de dominação executado por um líder, que está legitimada pela tradição e se caracteriza no poder individual do líder protegido pelo corpo burocrático formado com base em relações pessoais, exercendo o poder sob um determinado povo, sua formação recebe forte influência da instituição família.

Outrossim, no Patrimonialismo os interesses públicos e privados estão amalgamados em si, não há uma distinção das duas esferas, a administração pública é tratada como tema eminentemente pessoal em que o líder ou governante tem total poder sobre as instituições que lhe legitimam o poder. Sobre o tema, o eminente Holanda esclarece (1969, p.105-6).

Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário "patrimonial" do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário "patrimonial", a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem, relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalece a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer as funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que merecem os candidatos, e muito menos de acordo com as capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.

Sobre o princípio republicano, tem-se que este se manifesta quando a vontade do povo está acima dos interesses particulares, de grupos, famílias, classes dentre outros aspectos.

A noção sobre o patrimonialismo dada pelo autor Holanda, nos remete a situação da formação da sociedade brasileira que foi marcada fortemente pela influência dos valores familiares, pelo caráter privatista do trato da *res pública*, a figura do homem público nacional, atrelado a influência cultural do patriarcalismo, da família, do uso suas experiências como ser particular no *múnus* público lhe conferido, transpondo seus padrões e valores privados para a seara pública. Assim, Holanda pondera(1969, p.106):

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos defeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera, por excelência dos chamados “contatos primitivos”, dos laços de sangue e de coração – está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendam assentar a sociedade em normas antiparticularistas.

Diante de tais considerações, registra-se que houve e há uma grande dificuldade em preservar o princípio da probidade na administração pública em virtude de toda questão de dominação cultural patrimonialista existente, que não respeita a concepção republicana de estado, não concebe a estrutura do corpo estatal como algo público que merecia ser tratada como tal. A respeito da concepção republicana, Canotilho (2000, p. 1363) assevera:

Segundo a teoria republicana a política é uma dimensão constitucional da formação da vontade democrática e por isso: (1) assume a forma de um compromisso ético-político referente a uma identidade colectiva no seio da comunidade; (2) não existe espaço social fora do espaço político traduzindo-se a política numa forma de reflexão do bem comum; (3) a democracia é, desta forma, a auto-organização política da comunidade no seu conjunto.

Desse modo, percebe-se que o desprestígio do princípio republicano remonta de longas datas, e que todas as tentativas da efetivação do princípio esbarram no tradicional apego ao domínio patrimonialista. Como sucedâneo da inobservância do princípio republicano vê-se a inaplicabilidade da probidade na administração pública.

2.3 AS REFORMAS ADMINISTRATIVAS NO BRASIL

A concepção de reforma administrativa do Estado está intrinsecamente ligado com a iniciativa de substituição e de mudança no sistema organizacional do

Estado. Assim, trata-se de uma alteração profunda dos sistemas de dominação. Com base nas mudanças implementadas pelas reformas se extrai que as relações de poder são quem delimitam o teor da reforma. As reformas são, antes de tudo, a gênese de uma nova ordem institucional que busca rearticular o aparelho burocrático para futuro projeto de gestão pública.

Com efeito, as reformas administrativas levadas ao plano da execução não conseguiram até os dias de hoje superar o patrimonialismo e a fase burocrática, nesse contexto, salutar se faz à transcrição de trecho de estudo sobre a administração pública de Storck (1997, p.7):

A história da administração pública brasileira é a história do estamento, do patrimonialismo, do rei, senhor das terras, das gentes e dos cargos. É a história dos amigos do rei, os quais modernamente se inserem no tecido da administração pública pela via do contrato sem concurso, sem aferição prévia da capacitação.

Em outros termos, a autora sustenta que o Brasil ainda não chegou a desvencilhar da sua administração o ranço da história de práticas administrativas aplicadas no curso da evolução administrativa do país.

Ainda sobre o mote das reformas administrativas implementadas no Brasil, Andrade(1993, p. 26) pondera:

Os processos históricos que levaram à crise atual são longos e complexos. No caso da administração pública, as disfuncionalidades atuais são o efeito conjunto de intrusões ou intervenções políticas não planejadas e não sistêmicas, no modelo daspiano original. São três, em resumo, os momentos mais importantes desse processo. Num primeiro momento, a arquitetura weberiana do modelo foi desfigurada pela transformação dos cargos políticos em moeda de troca política. Em seguida, agregou-se caoticamente à administração direta um enorme setor empresarial, autárquico e fundacional que fugiu ao controle central e facilitou, pela multiplicação dos órgãos e empresas com alto grau de autonomia, a feudalização da máquina por interesses privados.

Percebe-se que o autor atribui a atual conjuntura de crise na administração pública à desvirtuação do modelo burocrático weberiano pela barganha dos cargos públicos, à criação de entidades autárquicas e fundacionais que fugiram do controle da administração e da exacerbada autonomia dada empresas públicas que por conseqüência favoreceram o interesse privado.

A primeira grande reforma que o Estado brasileiro vivenciou foi a reforma do governo varguista de 1930, em que seus principais pressupostos eram a implementação sistematizada da simplificação do aparelho administrativo e das atividades orçamentárias, nesse momento forma-se o DASP (Departamento do Serviço Público) que é tido como o primeiro lampejo de sistematização administrativa no Brasil. Sua maior contribuição foi o avanço na tentativa de generalizar a sistemática de mérito no serviço público.

Acerca da criação do DASP Santos (1997,p.32) afirma:

É praticamente unânime a avaliação de que a Reforma de 1936, representou, à época, um momento fundamental para a reforma administrativa em geral, e para a reforma da administração de pessoal em especial.

Outrossim, apesar dos avanços da reforma administrativa do período varguista, com a implantação de um novo modelo administrativo pautado na revisão estrutural da administração pública e da renovação de seus métodos, a reforma perdeu força com a queda do Estado novo, após 1945.

A segunda grande reforma da administração pública brasileira, foi a de 1964, chamada de "administração para o desenvolvimento", o Estado brasileiro, neste momento sob os auspícios do regime militar, introduziu alterações significativas no delineamento da administração pública, a reforma de 1964 foi eminentemente descentralizadora, se voltava para a distribuição das atividades do setor público, nesse período também foi instituída a política da substituição dos servidores estatutários para o regime celetista. O elemento normativo responsável pelo novo disciplinamento da administração pública foi o Decreto Lei nº 200. A pesquisadora Wallich (1984,p.52) enumera os principais princípios da reforma de 1964 inseridos no Decreto Lei nº 200:

1. planejamento, descentralização, delegação de autoridade, coordenação e controle;
2. expansão das empresas estatais, de órgãos independentes (fundações) e semi-independentes (autarquias);
3. fortalecimento e expansão do sistema de mérito;
4. diretrizes gerais para um novo plano de classificação de cargos;
5. reagrupamento de departamentos, divisões e serviços em 16 ministérios.

Muito embora a Reforma Administrativa de 1964 tenha logrado avanços no serviço público, sabe-se que a profissionalização dos servidores e empregados

públicos deixaram muito à desejar, o gerenciamento estatal não se orientou para o recrutamento de servidores públicos usando como condição para sua inserção no serviço público o concurso público, este período foi permeado pela contratação sob regime celetista sem a necessidade do concurso público. Acerca da situação, vê-se excerto de um pronunciamento conferido pelo então ministro-extraordinário para a reforma administrativa, Aluísio (apud SANTOS 1997,p.41):

"Como exemplo dessa lógica, a partir de meados da década de 70 houve uma significativa proliferação de planos de cargos específicos de autarquias em regime especial e fundações, que, em grande parte, achavam-se subordinadas, originalmente, às regras básicas ditadas pela administração direta por meio do órgão central do Sistema de Pessoal Civil. Até 1985, foram criadas 104 tabelas especiais e emergenciais, abrangendo quase 100.000 empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, contratados sem a exigência de concurso público e com níveis salariais superiores aos do Plano de Classificação de Cargos — PCC, estabelecido pela Lei no 5.645, de 1970"

Dessa maneira, percebe-se que a reforma administrativa do período autoritário de exceção teve sérias inadequações à conjuntura da época, Marcelino(1987, p.24), apresenta as três grandes dificuldades de adequação da reforma a realidade da gestão pública brasileira, senão vejamos:

1.elaboração segundo modelos ou concepções de racionalidade não-ajustáveis à realidade brasileira; 2. atuação preferencial sobre os meios, não estando direcionadas para o objetivo de instrumentação das políticas do setor público; 3. falta de uma concepção de estratégia que permitisse a viabilidade de projetos de acordo com políticas de superação de resistências, acomodação de conflitos, adequação aos recursos disponíveis e de determinação de finalidade no tempo".

Assim, tem-se que a dimensão das mudanças da reforma de 1964 foram um tanto ineficazes, entretantes, vislumbra-se que não produziram os perquiridos avanços administrativos funcionais.

Adiante, o Brasil experimentou a reforma do período da "Nova República" compreendida entre a gestão de Sarney e Collor, essa reforma caminhou no sentido inverso da reforma do regime militar, pois, enquanto aquela primava pela estatização e nomeação de funções comissionadas e celetistas sem o concurso público, esta se notabilizou pela desestatização das empresas públicas e desburocratização do serviço público e primou pelo estado mínimo. Os postulados básicos desta reforma eram promover a função social da administração pública brasileira, defender o

cidadão, sob a ótica de que este é quem propriamente custeia os serviços e beneficiário da aplicação dos serviços públicos, Marcelino (1987, p.31) registra:

Os documentos básicos da reforma pretendida pelo governo Sarney reforçam a preocupação com o cidadão, idéia que surgiu pela primeira vez no programa de desburocratização dos governos militares. Objetivam, de forma incisiva, recuperar a função social da administração pública, baseando-se, assim, no direito do cidadão aos serviços que ele próprio custeia mediante o pagamento de tributos. A orientação geral, ademais, pretendia romper com o globalismo e imediatismo de propostas anteriores: a nova estratégia seria pautada pelo gradualismo e pelo instrumentalismo.

Nesse época merecem destaque a criação de importantes órgãos no programa de reforma administrativa da nova república, dentre eles, a SEDAP (Secretaria de Administração Pública da Presidência da República) este órgão foi o centro da reforma administrativa, com a incumbência de modernizar, desburocratizar e reformular o modelo de gestão pública. Não obstante, foi criada como instituição vinculada à SEDAP a Fundação Centro de Formação do Servidor Público (FUNCEP) que tinha o *múnus* de aperfeiçoar a profissionalização do servidor público, outrossim, no mesmo período é criada a ENAP (Escola Nacional de Administração Pública).

No que tange a reforma administrativa executada na administração de Collor, esta primou pela chamada modernização do Estado, percebe-se seu viés neoliberal, quando propunha a desregulamentação, a desestatização e a abertura econômica. Acerca deste período Santos (1997, p.48) esclarece:

Do ponto de vista da ação administrativa, a reforma redundou na demissão ou dispensa de 112 mil servidores, entre celetistas não-estáveis, ocupantes de cargos comissionados e de funções de assessoramento superior; além disso, 45 mil servidores optaram por se aposentar.

Na mesma esteira, evidencia-se que a reforma administrativa de Collor, foi, até certo ponto ineficaz e não produziu resultados concretos, pois suas mudanças administrativas percorriam o caminho do imediatismo e suas implementações políticas foram asistemáticas. Sob este enfoque Santos (1997, p.49):

Além da desestruturação de setores inteiros da Administração Federal, esta reforma não deixou resultados perenes, quer em termos de cultura

reformista, quer em termos de metodologias, técnicas ou processos. Sequer um diagnóstico consistente pode ser elaborado a partir de sua intervenção, pois em nenhum momento o voluntarismo que a marcou permitiu que a abordagem do ambiente administrativo se desse de maneira científica.

Por derradeiro, tem-se a reforma do Ministro Bresser Pereira do governo de Fernando Henrique Cardoso, esta reforma teve como norte a criação do Ministério de Administração e Reforma do Estado (MARE) e o Plano Diretor da Reforma do Estado, a atribuição do MARE era a modernização da gestão estatal e a interação da qualidade do serviço público. O plano Diretor da Reforma do Estado trouxe dentre outras mudanças, a organização de uma gestão política de recursos humanos e a criação das organizações sociais e as agências executivas. Segundo Santos (1997) a criação destas organizações são objeto de muita controvérsia, ele afirma que esse sistema deu origem a criação de várias entidades que provocaram grandes distorções e aumento considerável do nepotismo.

Após explanação acerca das principais reformas administrativas do Estado Brasileiro, percebe-se que os objetivos práticos pretendidos nas reformas não se concretizaram, sobretudo os préstimos do serviço público e almejada melhoria gerencial da administração pública do Brasil e da América Latina. Assim assevera Kliksberg (1988, p.64):

Os objetivos finais dos movimentos de reforma estão longe de se concretizar. Em grande parte da América Latina, os gargalos principais da capacidade gerencial do Estado permanecem intactos. Por exemplo, em numerosos países latino-americanos as decisões de alto nível são tomadas com base em metodologias primárias e rudimentares. Outro problema relaciona-se com a fisionomia característica dos Estados latino-americanos, integrados por um corpo central (presidência, ministérios) e um amplo setor constituído pelas empresas públicas, institutos autônomos e outras entidades de administração descentralizada. Ambos operam claramente desconexos. A hipótese básica da descentralização, que implicava autonomia administrativa, mas com o poder central retendo a atribuição de fixar políticas, não funcionou na realidade. O Estado se apresenta desarticulado. Nestes e em outros aspectos fundamentais, a reforma não conseguiu os impactos profundos pretendidos.

Destarte, no que diz respeito às constantes reformas administrativas implementadas pelo governo Brasileiro conjectura-se um efeito negativo da alternância de poder, qual seja, as reformas administrativas não se consolidaram, a todo tempo se transmudando, invertendo ideologicamente a forma de gestão da

administração pública terminaram por conduzir a organização administrativa do Estado Brasileiro a uma completa confusão ideológica.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CORRELAÇÃO COM O DIREITO HUMANO AO BOM GOVERNO

A aplicação do Direito humano ao bom governo é de fundamental importância para o funcionamento convincente do Estado democrático de Direito, tendo como norte o respeito aos princípios constitucionais da Administração Pública.

3.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Em intróito, antes de tecer considerações sobre os princípios da administração pública, torna-se relevante à conceituação do que é administração pública. nessa esteira Meirelles (2007, p.325)

Em sentido formal, a Administração Pública, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

Com efeito, a administração pública é essa *longa manus* que interfere na vida do particular para concretizar o primado do interesse público, a administração pública deve diuturnamente proporcionar a realização dos serviços públicos para que a sociedade seja guarnecida de suas necessidades. Para que a administração pública preste esses serviços, deve-se referenciar por seus princípios constitucionais. A grande parte dos princípios constitucionais da administração pública encontram-se positivados no Artigo 37 da Constituição Federal. Os princípios têm eficácia imediata e funcionam como normas implícitas e explícitas programáticas do sistema administrativo constitucional, estes princípios impedem a alteração do curso da boa prestação do serviço público.

3.1.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado

O princípio constitucional da Supremacia do Direito público sobre o interesse privado é inerente à existência do Estado de Direito e é designação lógica da convivência social. Assim, o princípio em epígrafe é a materialização da superioridade da maioria em detrimento do particular. Há referência constitucional a este princípio da nos institutos da requisição e desapropriação, conforme prescreve o Art. 5º, XXIV e XXV, pelos quais fica evidenciada a supremacia do interesse público. Sobre a aplicação do princípio pondera Mello (2010, p.96):

Como expressão desta supremacia, a administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante *atos unilaterais*. Tais atos são imperativos como quaisquer atos do Estado. Demais disso, trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Bastas vezes ensejam, ainda, que a própria administração possa, por si mesma, executar a pretensão traduzida no ato, sem a necessidade de recorrer previamente às vias judiciais para obtê-la. É a chamada auto-executoriedade dos atos administrativos. Esta, contudo, não corre sempre, mas apenas nas seguintes duas hipóteses: a) quando a lei expressamente preveja tal comportamento; b) quando a providência for urgente ao ponto de demandá-la de imediato, por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotado.

Nessa senda, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem em seu bojo o próprio elemento finalístico do Estado de Direito, ou seja, a consecução dos serviços públicos voltados para preservação dos direitos da maioria em detrimento do particular.

3.1.2 Princípio da Legalidade

Anotado como base do Estado de Direito e do regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade é esculpido no Artigo 5º, inciso II da Constituição Federal (2010) e prescreve que: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Partindo da dicção do inciso II do Artigo 5º da CF, sucede-se a dedução de que somente a lei, pode introduzir inovações na criação de novos institutos jurídicos na ordem jurídica. Na seara do

Direito Administrativo, se afirma a extensão dada pela indisponibilidade dos interesses públicos, o agente político administrador público, em observância ao princípio da legalidade, só deve atuar no estrito termo estabelecido pela lei.

Sobre o princípio em comento tem-se a lição de Mello (2010, p.100):

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo - a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo poder legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

Tem-se, pois, que ao passo que na seara privada o axioma jurídico que se apropria é de que tudo que não é proibido é permitido, no campo do direito público a idéia é que a administração só pode fazer o que a lei autoriza de forma expressa.

Desta feita, se assegura que a Administração Pública deve se cingir ao princípio da legalidade somente manifestando seus atos no que a lei lhe delega. Em outros termos a utilidade dos atos administrativos é a materialização das disposições legais, sendo-lhe vedado a inovação no corpo legislativo. Sobre o tema, preleciona Mello (2010, p. 101):

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração pública às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo poder legislativo, pois é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.

Por fim, o administrador somente pode fazer o que a lei autoriza e essa autorização deve ser no sentido de prover o interesse público caracterizados na lei, fazendo e consonância com a forma estabelecida.

3.1.3 Princípio da impessoalidade

Por princípio impessoalidade da Administração Pública define-se a obrigatoriedade dos atos realizados pela administração pública, devem ser distribuídos genericamente à sociedade, sem se privilegiar pessoas ou situações específicas. Em outras palavras, os atos administrativos são imputados não ao servidor que os presta, mas ao órgão administrativo em que o agente público desenvolve suas atividades.

A reprodução da definição deste princípio revela que ele pode ser visto sob dois prismas: a impessoalidade do ponto de vista da administração pública quando da materialização do ato administrativo e a impessoalidade da pessoa a quem é dirigido o ato.

A justificativa do princípio da administração pública reside na condição de que a administração pública é financiada pelo dinheiro público e a propósito deve servir ao interesse genérico de quem a custeou, pois não existe hierarquia ou benefício de ordem na distribuição dos serviços públicos.

Sobre o princípio em análise, Mello (2010, p.114) obtempera:

Nele se traduz a idéia de que a administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado expressamente no Art.37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como "todos são iguais perante a lei" (art.5º, *caput*), a *fortiori* teriam de sê-lo perante a administração.

Destarte, podemos exemplificar a violação ao princípio, mencionando a promoção de publicidade de agente político com administrador com o erário público.

Outrossim, o princípio da impessoalidade se diferencia do princípio da isonomia pela dimensão particular. A isonomia distributiva não abarca a concepção a atribuição dos atos administrativos do órgão que a manifesta, proibindo, como sucedâneo lógico, a possibilidade de apropriação indevida dos serviços da administração pública por agentes públicos. Ainda sobre a conceituação do princípio Meirelles (1998, p.85) nos dá lição:

O princípio da impessoalidade, referido na constituição de 1988 (art.37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao

administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. esse princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas.

Não obstante, por outro prisma, o princípio da impessoalidade deve se exprimir na pessoa a quem é dirigida os serviços públicos. Tem-se como garantia de que este não pode favorecido ou lesado na consecução da atividade da administração pública.

Por fim, este princípio da administração pública tem relevante papel na condução dos serviços públicos de forma democrática e universal.

3.1.4 Princípio da Moralidade

O princípio da Moralidade Administrativa de início observa-se que ele tem natureza programática, não tendo auto aplicação a casos concretos, no entanto por expresso envolvimento do princípio da moralidade no *caput* do art. 37, da Carta Magna. Ao agente público não é suficiente cumprir os estritos termos da lei, deve-se se adequar ao princípio da moralidade, pois nem tudo que é legal é moral e vice-versa. Se não fosse assim, um ato administrativo imoral e aparentemente legal não poderia ser invalidado.

Embutido no conceito de moralidade se encontra o objeto de estudo, a probidade administrativa. Em estudo sobre o princípio da moralidade assim preleciona Mello (2010, p.119):

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Viola-los implicará violação ao próprio direito, configurando a ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do At.37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, tão oportunamente encarecidos pelo Mestre espanhol Jesús Gonzáles Perez em monografia preciosa. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e ilhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de alicia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Desta forma, tem-se que o princípio da moralidade reporta-se aos valores morais das normas jurídicas e será transgredido quando ou violado norma de ordem moral no seio da sociedade e traja repercussão depreciativa da norma jurídica valorada.

Na mesma senda é a lição de Freitas (1997, p. 68):

Dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos basilares vigentes, cumprindo, de maneira precipua até, proteger e vivificar, exemplarmente, a lealdade e a boa-fé para com a sociedade, bem como travar o combate contra toda e qualquer lesão moral provocada por ações públicas destituídas de probidade e honradez.

Desta feita, está delineado o princípio da moralidade na administração pública como um princípio basilar que dá sustentação à ordem da administração pública num estado de Direito.

3.2 DIREITO HUMANO AO BOM GOVERNO E PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A idéia de transparência, justaposta à Administração Pública se manifesta como uma dedução do princípio da publicidade, se materializando mais especificamente na expansão deste princípio para o modelo de gestão pública voltada para a participação e fiscalização exercidas pela sociedade.

Dessa forma, seria de bom grado que o Estado Democrático de Direito transmudasse do agir estatal acentuadamente centralizado para o modelo de gestão com participação da sociedade na fiscalização e transparência, só assim o primado do direito ao bom governo seria respeitado. O que se perquire hodiernamente é a total ação estatal orientada para alcance dos objetivos fundamentais do art. 3º da nossa Carta Magna.

Sobre a proposição, Cabanes (2004, p.84) preleciona:

Introduz-se então a idéia de governança, que se contrapõe à concepção anterior de que as instituições públicas se identifiquem como meramente detentoras do monopólio da construção legítima, para introduzir a percepção

de que de outras organizações humanas, de outros atores, se possa construir um consenso cidadão para, através da regulação econômica e social, alcançar o bem comum.

É nesse ínterim que são reanalisadas as vetustas idéias atinentes à ação do Estado de Direito como ente dotado de poder de agir indiscriminadamente, para efetuar simetria com as demandas populares postas ao Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, Freitas (2004, p. 19-22):

Se governança traduz a capacidade das sociedades humanas de se dotar de sistemas de representação, instituições, processos e corpos sociais que articulados, permitam uma gestão democrática de seus próprios interesses, o compromisso valorativo que a Carta de Outubro, por sua vez, traça para o exercício do poder que ela, igualmente, estrutura organicamente, passa a se constituir fundamento último de validade desse mesmo agir do poder, que encontrará na prática da boa governança, seu fundamento de legitimidade.

A transparência da administração estatal mais do que um elemento hirtó na administração pública é um direcionamento ao bom governo transcendente que busca a qualidade dos serviços da administração pública, num estado democrático em que vence, ao menos teoricamente, a maioria, não se pode se furtar ao uso deste mecanismo de participação social e de controle da administração pública que atribui mecanismos de aperfeiçoamento da gestão pública.

Ainda vale registrar o ensinamento de Freitas (2007, p.89):

Se de característica associada ao agir está-se falando, natural que o conteúdo que se reconheça à prática transparente guarde igualmente esse traço de dinâmica. A ação transparente da Administração Pública, portanto, traduz-se: 1) na manutenção de um fluxo de informações; 2) pertinentes, confiáveis, inteligíveis e oferecidas no momento oportuno; 3) relacionadas aos vetores diretos e indiretos que influenciam esse mesmo agir administrativo 4) dirigidas ativamente às diversas estruturas de poder e à cidadania. A contrario sensu, atenta contra a transparência, a ocultação de informações atinentes ao mesmo agir da Administração, seja no seu extremo máximo – de negativa absoluta de qualquer elemento de informação – seja nas dezenas de matizes mais suaves de violação à transparência, que envolvem a oferta de informação insuficiente, ininteligível, extemporânea, ociosa ou irrelevante, e tantas outras deficiências que os desvios de finalidade contingentes podem permitir.

Avalia-se a interação administrativa como transparente, a boa compreensão das informações que precisam ser informadas, e a sua oblação em

momento apropriado. Nestes termos é irresistível que não se permita o compromisso da transparência da gestão por motivos de ordem paternalista. A compreensão da informação deve ser pontuada de forma a que a sociedade embora alheia aos termos técnicos da atividade administrativa possa compreendê-la.

Nesse contexto pontua Valle (2007, p.8):

Completa-se a qualificação das informações – como instrumentais à concretização da transparência – a sua oferta em ocasião oportuna, ou seja, em momento que permita àqueles que são beneficiários da transparência, um oportunidade real de exame e reação tempestiva em relação a esses mesmos elementos. Frise-se aqui que a transparência é característica instrumental ao incremento da governança – e nesse sentido, constitui um ganho desejável maximizar as possibilidades de contribuição da sociedade organizada e da cidadania à formação da decisão do poder público.

Mister se faz que o modelo de gestão aliado à política do bom governo se manifeste de forma articulada com o intuito de barrar as possíveis desvirtuações do agir administrativo adequado, isso se materializa com a implementação de ações articuladas do governo por intermédio do bom uso da discricionariedade administrativa, com foco no interesse público. Com a execução de planos políticos voltados para a boa governança, o Estado poderia se desvencilhar das práticas políticas patrimonialistas que ainda estão vivificadas até os dias de hoje no corpo da administração pública brasileira.

Dessa forma, Valle (2007, p.10) preleciona:

Importante ainda que a transparência se exercite, tendo em conta uma dimensão relacional das várias vertentes do agir administrativo. Isso porque, como se sabe, administrar não se constitui na adoção de atos ou condutas isoladas, desconectados entre si, mas sim no norteamento de um conjunto de ações e inações necessariamente articuladas por intermédio de políticas públicas, subordinadas por sua vez pelas opções finalísticas formuladas pela Constituição ao Estado Brasileiro[5]. Se assim o é, a prática transparente há de ter em conta, quando da concepção de um determinado programa ou ação, as relações de inter-penetração, de retro-alimentação, de dependência mútua que ele possa manter com outras decisões administrativas anteriores. Afinal, uma escolha pública isoladamente considerada pode se reputar inadequada, insuficiente ou inoportuna – ao passo que, vista nas suas relações matriciais com outras, ela se tem por justificável e legítima.

No que tange ao cidadão, a transparência se constitui em um serviço prestado a toda a sociedade de forma a determinar a busca pela excelência do serviço público. Se de um lado é necessário fazer-se conhecer a razão reguladora

do desenvolvimento de cada qual das funções estatais, por outro viés o arcabouço formado para o controle das funções estatais exige a noção das repartições controladoras, dos direcionamentos determinadores do agir da administração pública.

Nesse ínterim salutar se faz memorar o ensinamento de Valle (2007, p.18):

É certo a Administração lida com o coletivo de pessoas e interesses representados na sociedade – e em tempos de pluralismo, é previsível que sempre haja algum nível de inconformismo e crítica em relação à sua atuação. O traço da transparência, todavia, não se erigirá jamais em cláusula de bloqueio, paralisando a Administração enquanto não alcançada a unanimidade na anuência para com os seus termos. Aquilo de que se cogita, é que se tenham oferecido, de forma efetiva, respeitado o parâmetro sempre incidente da proporcionalidade, as possibilidades de participação e contribuição ao cunhar do agir administrativo, que permitam a afirmação de que ele seja, não perfeito, mas legítimo – e isso é o mais que se pode desejar do agir do poder.

Portanto, a concepção do bom governo como direito humano aliado a transparência administrativa estabelece o direito do cidadão de vindicar a sua efetividade e, com efeito, ajudar na orientação da ordem administrativa no intuito de refrear a corrupção tão prejudicial a um Estado democrático constituído.

4 ESTUDO DOS ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS, DOUTRINÁRIOS E ETIMOLÓGICO DO PRINCÍPIO DA (IM)PROBIDADE

Cumprido destacar inicialmente a análise da base principiológica do princípio da probidade administrativa.

Outrossim, urge destacar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o princípio da probidade administrativa no Brasil, tendo como norte a prestigiada doutrina brasileira sobre o tema e a jurisprudência dos principais tribunais do País.

4.1 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DA PROBIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da probidade liga-se etimologicamente à honradez, decência, integridade de caráter, moralidade, desse modo, revela-se que a probidade é atributo subjetivo positivo que impõe certas atitudes benéficas para o seio social, o princípio da probidade na administração pública sugere ao agente público que este desempenhe seu papel de acordo com os primados da retidão, justiça, integridade de caráter e que oriente sua conduta no plano da administração pública de acordo com os postulados éticos e morais, nesse sentido Meireles (1998) define a probidade administrativa como sendo um dever do agente público e afirma que este dever em epígrafe está constitucionalmente integrado na conduta do agente público, como elemento necessário à legitimidade de seus atos.

Sobre o dever de probidade assim esclarece Gasparini (2000, p.138):

Assim, se várias pessoas têm o interesse no uso privativo de certo bem público, não pode o agente público, mesmo que a lei lhe faculte, escolher livremente uma. A escolha há, nesses casos, de ser por licitação. Entre dois ou mais nomeáveis a titular de um cargo de provimento em comissão, a nomeação há de incidir naquele com mais experiência, com mais títulos, com mais capacidade, se todos gozam da mesma confiança do agente competente para nomear. Esses dois exemplos elucidam casos em que haverá afronta ao dever de probidade se o agente público não se portar conforme o indicado.

Ademais, o vocábulo probidade está explicitamente considerado na legislação pátria, tanto na nossa carta política como na legislação infraconstitucional há a recorrência do de sua menção. Com efeito, Meirelles (1998, p.94) pondera:

O velho e esquecido conceito romano do *probus* e do *improbus* administrador público está presente na nossa legislação administrativa, como também na Constituição da República, que pune a improbidade da Administração com sanções políticas, administrativas e penais, nos seguintes termos: " Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, 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".[grifos nossos]

Em contraponto ao princípio da probidade levado à efeito na administração pública, tem-se seu reverso, a improbidade administrativa que significa dentre as inúmeras acepções, desonestidade, falsidade, corrupção administrativa. O agente público que não obedece aos regramentos da normatização da improbidade administrativa poderá responder civil, administrativa e penalmente por seus atos.

Sobre a conceituação de improbidade administrativa Filho (2005, p.81) preceitua:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo "tráfico de influência" nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos...De forma geral, a improbidade administrativa não reclama tanta elaboração para que seja reconhecida. Estará caracterizada sempre que a conduta administrativa contrastar qualquer dos princípios fixados no art. 37, *caput* da CF (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), independentemente da geração de efetivo prejuízo ao erário.

Dessa maneira, entende-se que improbidade administrativa é um emaranhado de ações volitivas praticadas por agentes públicos ou equiparados com o intuito de burlar a administração pública. É salutar buscar-se o debate da improbidade administrativa não só no campo jurídico normativo, mas ,sobretudo, no seu aspecto político jurídico em razão da importância crucial de seu combate e do

efeito devastador e prejudicial à ordem republicana. Nessa esteira, importante excerto se extrai de Beltrão (0000,p.0).

Inicialmente, a fixação da pretendida equação implica em não reduzir os atos de improbidade administrativa ao seu aspecto estritamente jurídico-legal, mas em considerar, sobretudo, a sua inserção política, como fato inerente a uma sociedade e a um regime republicano. Do mesmo modo importa levar em conta que a aludida *usurpação* não se circunscreve ao aspecto meramente material, a exemplo do enriquecimento ilícito ou dos danos provocados ao patrimônio público, mas em ter por referência seus resultados, de dimensões sociais e políticas muito mais amplas, com conseqüências deletérias para o regime e para a sociedade como um todo.

4.2. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E CRIME DE RESPONSABILIDADE. ANÁLISE DA DECISÃO DA RECLAMAÇÃO 2138-6-DF (CASO SARDEMBERG) DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No que tange à diferenciação do Crime de Responsabilidade da Lei 1079/50 e dos atos de Improbidade Administrativa, (Lei 8429/92), de acordo com a interpretação do julgamento da Reclamação nº 2138 do STF, é que o crime de responsabilidade somente se aplica aos agentes políticos e os atos de improbidade administrativa se aplicariam ao gênero agentes públicos. A conseqüência imediata seria a mudança da competência por prerrogativa de foro para os crimes de responsabilidade disciplinada na Constituição Federal do Artigo 102 ao artigo 109.

Nesse aspecto, vale registrar primeiramente a base conceitual de agente público e agente político. Acerca da definição de agente público Pazzaglini (2002, p.23) explicita:

O conceito de agente público, para os efeitos da LIA, é mais abrangente do que o comumente adotado em outros institutos do Direito Público. Com efeito, contempla todas as pessoas físicas que, de qualquer modo, com ou sem vínculo empregatício, definitivo ou transitoriamente, exerçam alguma função pública ou de interesse público, remunerada ou não, nos órgãos e entidades das administrações direta e indireta dos entes da Federação; nos poderes Judiciário e Legislativo nas esferas de atuação; nos Ministérios Públicos Federais, Estaduais e Distritais; nos Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios; nas empresas incorporadas ao patrimônio público; nas empresas privadas dependentes de controle direto ou indireto do Poder Público; e nas entidades privadas de interesse público.

Assim, os agentes públicos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa contemplam até mesmo os agentes políticos, malgrado a decisão do Supremo Tribunal Federal pela não aplicação dos atos de improbidade a estes agentes, a Lei 8.429/92 é clara em seu artigo 2º onde prescreve:

Art.2º Reputa-se agente público, para efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Diante de tais considerações, tem-se que agente público é o gênero de todo agente que atue na cooperação do funcionamento da administração pública, não importando sua área de atuação e podem se classificar em: agentes políticos; agentes autônomos; servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público. A análise da aplicação da lei de improbidade e dos crimes de responsabilidade se propõe somente a apreciar a dicotomia existente entre o gênero agentes públicos de sua espécie agentes políticos, de modo que o estudo somente se aterá a estes conceitos.

Com efeito, agente político é espécie de agente de cooperação da administração pública que se diferencia por sua finalidade de realização de primados constitucionais, com a representatividade da participação popular nos segmentos diretivos, enquanto que os agentes públicos, com a exclusão dos agentes políticos, se projetam na administração pública para exercer função pública voltada para a distribuição do serviço público sem caráter de tomada de decisões.

Nesse contexto, Mello (2004, p.229-230) dá lição:

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, os prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos chefes de executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores. O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política.

Feitas considerações sobre os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade, salutar se faz perquirir qual a

natureza da lei dos crimes de responsabilidade e a natureza dos atos de improbidade.

Há uma celeuma no meio jurídico acerca da natureza da lei de improbidade administrativa, o Supremo Tribunal Federal em julgado discutível, deu conformação penal à natureza dos atos de Improbidade Administrativa, a decisão tumultuou a jurisprudência de todos os outros tribunais brasileiros que atribuía a lei de improbidade administrativa natureza de sanção cível-administrativa.

O posicionamento também vai de encontro disposição constitucional do artigo 37 § 4º que prescreve: "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". Ou seja, o Supremo ao definir a natureza dos atos de improbidade administrativa como sendo de sanção penal foi incongruente com a própria inteligência do mandamento constitucional do Artigo 37 §4.

Outrossim, a natureza penal da lei de improbidade administrativa traria contratempos de aplicação e adequação, pois as figuras típicas da lei de improbidade administrativa são abertas e sua interpretação necessita do caso concreto. Sobre o tema, Batista (1990, p.81-82) expõe "[...]O maior perigo atual para o princípio da legalidade, em virtude da forma com que se apresenta, são os chamados tipos penais abertos ou amplos".

Ademais, o sistema penal pátrio é autônomo em relação a outros ramos, sobre o tema discorre Zaffaroni (1999, p.102-103):

Que o direito penal seja 'acessório' no que diz respeito à tutela jurídica – no sentido de que funciona quando uma conduta merece coerção jurídica complementar de caráter preventivo especial ou reparador particular, nas hipóteses em que não se provê suficientemente a segurança jurídica com a coerção jurídica reparadora ordinária –, não é uma circunstância que lhe subtraia autonomia científica e legislativa, mas, ao contrário, é precisamente o que lhe dá autonomia e fisionomia próprias. Que os bens jurídicos sejam tutelados por uma coerção reparadora ordinária e por outra preventiva ou reparadora especial, é algo que não duplica os bens jurídicos: um cofre de segurança custodiado por dois agentes não são dois cofres de segurança; a dupla tutela não duplica o objeto da tutela. Todavia, isto não afeta a autonomia científica e legislativa do direito penal, mas, ao contrário, permite que ele elabore seus próprios conceitos, a partir do particular enfoque tutelar preventivo especial ou reparador extraordinário de que carece a coerção por meio de que se realiza a restante tutela jurídica.

Tem por coerente considerar, pois, considerar o sistema próprio de sanções da lei de improbidade administrativa, que considera os atos de improbidade administrativa como sendo sanções cível-administrativas.

No que concerne à natureza jurídica dos crimes de responsabilidade, tanto a doutrina como a seara jurisprudencial chegaram a um denominador comum sobre a natureza da Lei nº 1079/50 que elenca os Crimes de Responsabilidade, em meio a pujante disparidade dos institutos dos crimes comuns e dos institutos de responsabilidade, a doutrina e a jurisprudência decidiram pela definição como produto de um direito sancionador político-administrativo, com mais tendência à sanção política.

Acerca da Reclamação nº 2.138-6 do Supremo Tribunal Federal, que discutiu a aplicabilidade da Lei de improbidade administrativa aos agentes políticos e ratificou o entendimento da existência de dois regimes distintos, o dos agentes políticos, os crimes de responsabilidade e o regime dos agentes públicos afóra os agentes políticos, dos atos de improbidade administrativa e da impossibilidade de incidir ao mesmo agente dois regimes. O acórdão restou assim ementado, Supremo Tribunal Federal (2007):

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº

8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição. II.3.Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II.4.Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, "c", da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II.5.Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Nos termos deste acórdão o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Reclamação, e, por conseguinte firmou entendimento da não aplicabilidade da Lei de improbidade administrativa aos agentes políticos, somente incidindo a estes agentes os crimes de responsabilidade tipificados na Lei nº 1059/50. Data vênia, o acórdão proferido por nossa mais alta corte somente veio para tirar a eficácia e efetividade da Lei de improbidade administrativa que tão bem nos trouxe préstimos no combate à corrupção, tornar inaplicável tal elemento normativo aos agentes políticos, seria um verdadeiro estímulo à corrupção e um atentado ao princípio da probidade.

Andaria bem se os julgadores da Reclamação em epígrafe proferissem seus votos no sentido de que, se os agentes políticos praticassem os crimes de responsabilidade tipificado na lei nº 1.059/50, respondessem por esta lei e se incidissem em ato de improbidade na tipificação cerrada da Lei 8.429/92, que estes fossem enquadrados como tal. Nessa esteira tem-se o excerto do voto-vencido do eminente ministro Veloso (2007):

Posta assim a questão, é forçoso convir que os agentes políticos mencionados somente respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados na lei especial (CF, parágrafo único do art. 85). No que não estiver tipificado como tal, não há falar em crime de responsabilidade. E no que não estiver tipificado como crime de responsabilidade, mas estiver

definido como ato de improbidade, responderá o agente político na forma da lei própria, a Lei 8.249, de 1992, aplicável a qualquer agente público, certo que "reputa-se como agente público, para efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior".

Nessa mesma senda, é imperioso que o Superior Tribunal de Justiça há muito tempo já compartilhava do posicionamento da Reclamação 2138-6-DF: Senão veja-se a decisão singular do Ministro Gilmar Mendes (2002):

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EX-PREFEITO. CONDUTA OMISSIVA. CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO POLÍTICO ADMINISTRATIVA. DECRETO-LEI N.º 201/67. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N.º 8.429/92. COEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. VOTO DIVERGENTE DO RELATOR.

1. Hipótese em que a controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se em definir se a conduta do ex-prefeito, consistente na negativa do fornecimento de informações solicitadas pela Câmara Municipal, pode ser enquadrada, simultaneamente, no Decreto-lei n.º 201/67 que disciplina as sanções por infrações político-administrativas, e na Lei n.º 8.429/92, que define os atos de improbidade administrativa.

2. Os ilícitos previstos na Lei n.º 8.429/92 encerram delitos de responsabilidade quando perpetrados por agentes políticos diferenciando-se daqueles praticados por servidores em geral. 3. Determinadas autoridades públicas não são assemelhados aos servidores em geral, por força do cargo por elas exercido, e, conseqüentemente, não se inserem na redução conceitual do art. 2º da Lei n.º 8.429/92 ('Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior'), posto encartados na lei que prevê os crimes de responsabilidade.

4. O agente político exerce parcela de soberania do Estado e por cause atuam com a independência inextensível aos servidores em geral, que estão sujeitos às limitações hierárquicas e ao regime comum de responsabilidade.

5. A responsabilidade do agente político obedece a padrões diversos e é perquirida por outros meios. A imputação de improbidade a esses agentes implica em categorizar a conduta como 'crime de responsabilidade', de natureza especial.

6. A Lei de Improbidade Administrativa admite no seu organismo atos de improbidade subsumíveis a regime jurídico diverso, como se colhe do art. 14, § 3º da lei 8.429/92 ('§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.'). por isso que se infere excluída da abrangência da lei os crimes de responsabilidade imputáveis aos agentes políticos.

7. O Decreto-lei n.º 201/67, disciplina os crimes de responsabilidade dos dos agentes políticos (prefeitos e vereadores), punindo-a com rigor maior do que o da lei de improbidade. Na concepção axiológica, os crimes de responsabilidade abarcam os crimes e as infrações político-administrativas

com sanções penais, deixando, apenas, ao desabrigo de sua regulação, os ilícitos civis, cuja transgressão implicam sanção pecuniária.

8. Conclusivamente, os fatos tipificadores dos atos de improbidade administrativa não podem ser imputados aos agentes políticos, salvo através da propositura da correspectiva ação por crime de responsabilidade.

9. O realce político-institucional do thema iudicandum sobressai das conseqüências das sanções inerentes aos atos ditos ímprobos, tais como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos.

10. As sanções da ação por improbidade podem ser mais graves que as sanções criminais *tout court*, mercê do gravame para o equilíbrio jurídico-institucional, o que lhe empresta notável colorido de infração penal que distingue os atos ilícitos civis dos atos ilícitos criminais.

11. Resta inegável que, no atinente aos agentes políticos, os delitos de improbidade encerram crimes de responsabilidade e, em assim sendo, revela importância prática a indicação da autoridade potencialmente apenável e da autoridade aplicadora da pena.

12. A ausência de uma correta exegese das regras de apuração da improbidade pode conduzir a situações ilógicas, como aquela retratada na Reclamação 2138, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, que por seu turno, calcou-se na Reclamação 591, assim sintetizada:

'A ação de improbidade tende a impor sanções gravíssimas: perda do cargo e inabilitação, para o exercício de unção pública, por prazo que pode chegar a dez anos. Ora, se um magistrado houver de responder pela prática da mais insignificante das contravenções, a que não seja cominada pena maior que multa, assegura-se-lhe foro próprio, por prerrogativa de função. Será julgado pelo Tribunal de Justiça, por este Tribunal Supremo. Entretanto a admitir a tese que ora rejeito, um juiz de primeiro grau poderá destituir do cargo um Ministro do STF e impor-lhe pena de inabilitação para outra função por até dez anos. Vê-se que se está diante de solução que é incompatível como o sistema.'

13. A eficácia jurídica da solução da demanda de improbidade faz sobrepor-se a essência sobre o rótulo, e contribui para emergir a questão de fundo sobre a questão da forma. Consoante assentou o Ministro Humberto Gomes de Barros na Rcl 591: 'a ação tem como origem atos de improbidade que geram responsabilidade de natureza civil, qual seja aquela de ressarcir o erário, relativo à indisponibilidade de bens. No entanto, a sanção traduzida na suspensão dos direitos políticos tem natureza, evidentemente, punitiva. É uma sanção, como aquela da perda de função pública, que transcende a seara do direito civil. A circunstância de a lei denominá-la civil em nada impressiona. Em verdade, no nosso ordenamento jurídico, não existe qualquer separação estanque entre as leis civis e as leis penais.' 59

14. A doutrina, à luz do sistema, conduz à inexorável conclusão de que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da lei de improbidade. O fundamento é a prerrogativa pro populo e não privilégio no dizer de Hely Lopes Meirelles, verbis:

'Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração, na área de sua atuação, pois não são hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais da jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juizes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. (...)

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior

resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados' (MEIRELLES, 2005, p. 76-77)

15. Aplicar-se a Lei de Improbidade, cegamente, pode conduzir à situações insustentáveis enunciadas pelo voto preliminar do Ministro Jobim, assim descritos:

a) o afastamento cautelar do Presidente da República (art. 20, par. único. da Lei 8.429/92) mediante iniciativa de membro do Ministério Público, a despeito das normas constitucionais que fazem o próprio processo penal a ser movido perante esta Corte depender da autorização por dois terços da Câmara dos Deputados (CF, art. 102, I, b, c; c o art. 86, caput); ou ainda o seu afastamento definitivo, se transitar em julgado a sentença de primeiro grau na ação de improbidade que venha a determinar a cassação de seus direitos políticos e a perda do cargo:

b) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do Congresso Nacional e do presidente da Câmara dos Deputados nas mesma condições do item anterior, a despeito de o texto constitucional assegurar-lhes ampla imunidade material, foro por prerrogativa de função em matéria criminal perante o STF (CF, art. 102, I, b) e regime próprio de responsabilidade parlamentar (CF, art. 55, II);

c) o afastamento cautelar ou definitivo do presidente do STF, de qualquer de seus membros ou de membros de qualquer Corte Superior, em razão de decisão de juiz de primeiro grau; 60

d) o afastamento cautelar ou definitivo de Ministro de Estado, dos Comandantes das Forças Armadas, de Governador de Estado, nas mesmas condições dos itens anteriores;

e) o afastamento cautelar ou definitivo do procurador-geral em razão de ação de improbidade movida por membro do Ministério Público e recebida pelo juiz de primeiro grau nas condições dos itens anteriores'

16. Politicamente, a Constituição Federal inadmite o concurso de regimes de responsabilidade dos agentes políticos pela Lei de Improbidade e pela norma definidora dos Crimes de Responsabilidade, posto inaceitável bis in idem.

17. A submissão dos agentes políticos ao regime jurídico dos crimes de responsabilidade, até mesmo por suas severas punições, torna inequívoca a total ausência de uma suposta "impunidade" deletéria ao Estado Democrático de Direito.

18. Voto para divergir do e. Relator e negar provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, mantendo o acórdão recorrido por seus fundamentos."

Com o julgado, as entidades de defesa do patrimônio público, do princípio da moralidade e seu sucedâneo princípio da probidade perderam força no combate às diversas práticas de corrupção na administração pública brasileira, pois muito embora a decisão da Reclamação não tenha efeito *erga omnes*, não possibilitando a extinção imediata das ações de improbidade administrativa contra os agentes políticos, estas ações estão fadadas a não procedibilidade. Ainda faz-se oportuno mencionar outro trecho do voto-vencido do Ministro Carlos Veloso (2007) na Reclamação em epígrafe:

No "ranking" internacional dos países onde há corrupção, estamos muito mal colocados. Esse "ranking" é organizado, de regra, por organizações não governamentais que combatem esse mal. Precisamos, portanto, nos esforçar, cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar a máxima eficácia à Lei de Improbidade. Refiro-me, especialmente, às administrações municipais. Temos mais de cinco mil municípios. Em cada um deles, há um promotor fiscalizando a coisa pública municipal. Abolir a ação de improbidade relativamente aos agentes públicos municipais seria, repito, um estímulo à corrupção.

Portanto, a não incidência dos agentes políticos aos atos de improbidade administrativa prevista na lei, condicionaria à intensificação do sentimento de impunidade e na descrença nas instituições públicas. Não obstante, extrair a eficácia da lei de improbidade administrativa relativamente aos agentes políticos e ressurgir a competência da lei dos crimes de responsabilidade seria andar na contramão da inovação legislativa, uma vez que a Lei que rege os crimes de responsabilidade é da longínqua data 1959, e a lei de improbidade administrativa data de 1992, e foi promulgada em tempos em que o direito público se dinamizava e adveio ainda com o afã de tentar reprimir os diversos atos atentatórios à Administração Pública.

5 CONCLUSÃO

As práticas políticas e administrativas aplicadas na administração pública brasileira foi herança legada do modelo de dominação tradicionalista patrimonial no Estado Brasileiro, efetivamente, os fatores endógenos e exógenos do poder se interpenetraram e nos a problemática do arranjo da administração pública brasileira.

Ainda assim, após análise do histórico e dinâmico processo evolutivo da administração pública brasileira, percebeu-se que as políticas com viés patrimonialista foram responsáveis pela agravamento da famigerada corrupção administrativa.

Nessa via, desde a vinda da coroa portuguesa ao Brasil a sociedade brasileira sofreu as interferências dos interesses privados em sua administração pública, a concepção estamental burocrática de gestão disseminou as bases do problema da não observância da probidade na administração pública brasileira.

Por outro prisma, este trabalho perquiriu quais as alternativas de efetivação do princípio da probidade na administração pública brasileira, e o que se vislumbrou foi a possibilidade de implementação de um modelo de gestão voltado para ao agir administrativo adequado, tendo como vetor disciplinador o interesse público, isso com suporte no direito humano ao bom governo. Não obstante, o estudo fez constatar que o campo, para o desenvolvimento de um bom governo, é o da administração local. Outrossim, o ajuste da administração pública em busca de uma maior transparência dos atos administrativos também está inserido neste esboço do Direito Humano a boa governança.

Para a perquirição das respostas colhidas com a materialização da pesquisa, foram avaliados os sistemas políticos predominantes na gênese da criação do Estado brasileiro, o tipo de dominação tradicional patrimonialista vivenciado no Brasil, as grandes reformas administrativas a partir de 1930 do governo de Vargas até as recentes reformas administrativas, o delineamento dos princípios constitucionais da administração pública, bem como o estudo de julgados e posicionamentos doutrinários sobre a probidade e seu reverso a improbidade.

Também se constatou que há uma distância entre intenção da aplicação de um modelo de gestão baseado na teoria do bom governo com o efetivo gesto dos agentes públicos.

Diante disso, conclui-se que o principal vetor da dificuldade de implementação do princípio da probidade administrativa é a herança de uma sociedade arraigadamente patrimonial que não consegue distinguir o público do privado. Ainda assim, vislumbrou-se a possibilidade de correlação do direito humano ao bom governo ao princípio da probidade e de ser realmente aplicado na administração pública com o fito de barrar a infiltração da improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Regis de Castro. **Estrutura e Organização do Poder Executivo - Administração Pública Brasileira**, Vol. 2, Brasília, ENAP-CEDEC, 1993, p. 26.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, São Paulo Editora Revan, 1990, p. 81/82.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em :<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 out de 2010.

_____. **Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legisla.htm>>. Acesso em 1º out de 2010.

_____. **Lei 8.429, Improbidade Administrativa (1992)**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências: publicação em 2 de junho de 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8429.htm>>. 2 de out de 2010.

_____. **Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Questões sobre a reforma administrativa: respostas a questões formuladas pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados**, destinada a proferir parecer à PEC nº 173-A/95, em reunião realizada no dia 7 de dezembro de 1995 / Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado: Brasília: MARE, 1997. 23 p. (Cadernos MARE da reforma do estado; c. 10)

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138-DF. Corte Especial. Relator: Min. Nelson Jobim. **Diário de Justiça da União**, Brasília, DF, 17 set. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Reclamação nº. 2.186 MC-DF.**
Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 28 out.
2002d. p. 75.

CABANES, Arnaud. **Essai sur la gouvernance publique:** um constat sans
concession quelques solutions sans idéologie. Paris: Gaulino Éditeur, 2004.

CARVALHO, José Murilo de, artigo apresentado no simpósio sobre "**Nation-
Building in Latin America: Conflict Between Local Power and National Power in the
Nineteenth Century**", em homenagem a Raymond Buve, Leiden, Holanda, 20-21 de
abril de 1995.

_____, José Murilo de. (1966), "Barbacena: A Família, a Política e uma
Hipótese". Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 20.

FAORO, Raymundo, 1925 -2003. **Os donos do poder: formação do patronato
político brasileiro/** Raymundo Faoro. -3ª .ed. ver. – São Paulo:Globo, 2001.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à
boa administração pública.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____, Juarez. **O controle dos atos administrativos e seus princípios
fundamentais.** São Paulo, Malheiros,2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 5. ed., rev.atual. e aum.- São Paulo:
Saraiva, 2000.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria
José Olympio, 1969.

KLIKSBERG, Bernardo. (1988a.), "Um novo paradigma em gestão pública". Revista
do Serviço Público, Brasília, v. 116, no 2, mai/jun.
. (1988b), "A gerência na década de 90". Revista de Administração
Pública, Rio de Janeiro, v. 22, no 1, jan./mar.

MARCELINO, Gileno Fernandes. (1989), "Administração pública brasileira: evolução,
situação atual e perspectivas futuras". **Revista do Serviço Público,** Brasília, v. 117,
no 2, set./dez.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24.ed.(atual. Eurico Azevedo *et al.*). São Paulo, Malheiros. 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa**: comentada. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Luíz Alberto. (1997), **Reforma administrativa no contexto da democracia**. Brasília:DIAP/Arko Advice Ed.

STORK, Vera Sueli. **A Reforma Administrativa do Governo Collor**, FGV, Revista de Administração, São Paulo, 27: 66-77, jul-set, pag. 7.

VALLE, Vanice Lírio do. **Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional**. Fórum Administrativo – Direito Público – FA. Belo Horizonte, ano 7, nº 82, dez. 2007, p. 7-19.

VÉLEZ-RODRÍGUEZ, Ricardo. **Patrimonialismo e a realidade latino-americana**. Rio de Janeiro: Documenta Histórica, 2006.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de sociologia compreensiva. v. 1. Brasília: UnB,

_____ (1987), **"Evolução do Estado e reforma administrativa"**. Série Reforma Administrativa. Brasília: Secretaria da Administração Pública da Presidência da República.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 102/103).

NOME DO AUTOR. **Ato de improbidade administrativa**: análise dos 15 anos da Lei de Improbidade administrativa. São Paulo, abr. 2008. Proferida em conjunto a Nilo Spinola Salgado Filho.