

POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO SANCIONADOR: ANÁLISE DA EFICÁCIA DOS SISTEMAS PREVENTIVO E REPRESSIVO DE PROTEÇÃO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA E A PROPOSTA DE UM MODELO COM BASE NA SOCIOLOGIA DA AÇÃO PÚBLICA

Lean Antônio Ferreira de Araújo¹

Bruno de Souza Martins Baptista²

Resumo: O presente artigo pretende realizar uma análise do atual grau de eficácia dos sistemas preventivo e repressivo da tutela da proibidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, é feita uma abordagem acerca da natureza jurídica e das funções do princípio da proibidade administrativa, bem como do atual estágio de vinculação de tal princípio aos Poderes de Estado. Após, tendo como base a análise das políticas públicas como instrumento de concretização de direitos fundamentais, tece-se uma crítica a tal mecanismo de ação, no que tange à proibidade na administração pública, em virtude dos vícios ocorrentes especialmente no ciclo de criação/formação desta política pública. Busca-se ainda abordar a ineficácia do sistema repressivo da improbidade administrativa, concluindo pela proteção

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas. Professor do Centro Universitário Cesmac. Especialista em Processo pela Universidade Federal de Alagoas – Ufal. Mestre em Educação pela Universidade Cidade de São Paulo – Unid. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS.

² Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Cesmac – Centro Universitário Cesmac. Especialista em ciências criminais pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em criminologia, políticas criminais e segurança pública pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Alagoas.

insuficiente do bem jurídico, dada a ineficácia dos sistemas preventivo e repressivo. Por fim, sugere-se um modelo que possa corrigir a distorção apontada ao longo do artigo, utilizando-se do conceito de “ação pública” para embasar um modelo de proteção da probidade com a incorporação de novos atores sociais, mitigando a centralidade da ação estatal na resolução dos problemas públicos.

Palavras-Chave: Probidade administrativa; Políticas públicas; Direitos fundamentais; Sociologia da ação pública; Direito sancionador emergencial.

PUBLIC POLICIES AND PUNITIVE LAW: ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS OF PREVENTIVE AND PUNITIVE SYSTEMS FOR PROTECTION OF ADMINISTRATIVE PROBITY AND THE PROPOSAL OF A MODEL BASED ON THE PUBLIC ACTION SOCIOLOGY

Abstract: This article intends to carry out an analysis of the current degree of effectiveness of the preventive and repressive systems for the protection of administrative probity in the Brazil legal system. For this purpose, an approach is made about the legal nature and functions of the administrative probity, as well as the current binding stage of this principle to the State Powers. Afterwards, based on the analysis of the public policies as an instrument for the realization of fundamental rights, this mechanism of action is criticized, with regard to probity in public administration, due to the vices that occur especially in the creation/development cycle of this public policy. It also seeks to discuss the ineffectiveness of the punitive system of administrative probity, concluding that the legal good is insufficiently protected, due to the ineffectivenesses of the preventive and punitive systems. Finally, searching for a model that is able to correct the distortion pointed out along the article, the concept of “public

action” is used to support a model of protection of probity with the incorporation of new social actors, mitigating the centrality of the state action in the public problems resolution.

Keywords: Administrative probity; Public Policies; Fundamental rights; Public action sociology; Emergency punitive law.

Sumário: Introdução. 1. Breves considerações sobre a probidade administrativa. 2. Políticas Públicas como instrumentos de concretização de direitos fundamentais. 3. Análise crítica da tutela repressiva da improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. 4. Crise no sistema de tutela da moralidade administrativa: criação de um modelo anticorrupção pela ótica da sociologia da ação pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO



o pós-positivismo, e mais especificamente ao ne-
oconstitucionalismo, que têm em comum a busca
pela superação do dogma da supremacia da lei,
pode ser atribuído o início de um processo que re-
sultou (e resulta) no reconhecimento e na potenci-
alização da função dos princípios dentro do ordenamento jurí-
dico.

O fortalecimento das funções dos princípios dentro do sistema normativo, incluindo a possibilidade de sua invocação para aplicação direta em determinada situação fática, gerou um movimento jurídico de recategorização e redimensionamento do estudo e características das normas de tal natureza.

Por ser princípio de matriz constitucional, pela sua posição topológica na Constituição Federal e, ainda, pela direta correlação com a dignidade da pessoa humana, a probidade administrativa merece uma reanálise concernente à ideia exposta nos parágrafos anteriores, com repercussões não somente no

momento legislativo-repressivo, mas também quanto à ótica da necessidade de políticas públicas que tutelem de forma preventiva e adequada o comando constitucional que determina a proteção e a promoção desse direito.

Assim, considerando as peculiaridades da realidade brasileira referentes à cultura do trato com a coisa pública, é preciso promover uma análise crítica da forma como a probidade administrativa é tutelada no ordenamento jurídico brasileiro, seja em seu aspecto preventivo, através das políticas públicas, seja no viés repressivo, através dos mecanismos punitivos de atos ímprobos, a fim de investigar se o bem jurídico-constitucional possui uma proteção suficiente.

Este artigo busca responder à seguinte indagação: o sistema normativo de tutela (preventiva e repressiva) da probidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro tem logrado êxito em concretizar tal direito fundamental?

Num primeiro momento, faz-se uma abordagem sobre os contornos jurídicos e o *status* do princípio da probidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, buscando averiguar o seu potencial de densificação.

Após tal recorte, passa-se a analisar se as políticas públicas, enquanto instrumental que busca concretizar o princípio retromencionado, têm propiciado uma adequada e suficiente tutela preventiva da probidade administrativa.

Num terceiro momento, é realizada uma análise crítica do sistema repressivo da improbidade administrativa, mormente sob o enfoque de sua ineficácia e da inaptidão para gerar a proteção suficiente daquele bem jurídico.

Por fim, utilizando-se o conceito de “ação pública”, sugere-se a adoção de um modelo de promoção da probidade administrativa com foco na incorporação de novos atores ao processo de criação e implementação das ações estatais, remodelando o sistema “estadocêntrico” de políticas públicas.

Este artigo intenta analisar se o sistema preventivo e

repressivo da tutela da probidade administrativa no Brasil tem logrado êxito na missão de promover a adequada e suficiente concretização deste valor, porquanto determinadas peculiaridades podem interferir na eficácia dos atuais meios à disposição do Estado e da sociedade, na busca por uma cultura de ética na gestão da coisa pública.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROBIDADE ADMINISTRATIVA

O neoconstitucionalismo, enquanto movimento com fundamentos jurídico, político e filosófico, trouxe como uma de suas importantes matrizes ideológicas o fortalecimento do caráter normativo dos princípios, conferindo-lhes aptidão para incidir, até mesmo diretamente, sobre hipóteses fáticas concretas, além da potencialização de sua função normogenética e de base interpretativa de toda a ordem jurídica.

Seguindo este movimento que conferiu maior concretude às normas de natureza principiológica, os princípios que regem a atividade administrativa do Estado também adquiriram preponderância, seja no momento de criação legislativa, seja na atividade jurisdicional e, até mesmo, na definição das políticas públicas eleitas para serem desenvolvidas em determinado momento histórico.

É de extrema importância para este artigo realizar uma breve análise do princípio da moralidade administrativa, mencionando seu conceito, natureza jurídica e consequências para o sistema normativo que busca garantir uma administração pública proba, transparente e íntegra.

Sobre o princípio da moralidade administrativa, cabe trazer à baila o conceito de Dirley da Cunha Júnior³:

A moralidade administrativa é um conjunto de valores éticos

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 16.

que fixam um padrão de conduta que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé.

Por não constituir o objetivo deste artigo uma análise profunda do princípio da moralidade ou probidade administrativa, segue este autor a linha doutrinária⁴ que defende que a moralidade administrativa é considerada fonte do dever de probidade, de forma que este princípio constitui espécie do gênero moralidade administrativa.

A violação (em sentido amplo) do princípio da moralidade administrativa pode resultar na configuração de atos de improbidade administrativa, considerados estes como espécies do fenômeno da má gestão pública, consistindo em condutas que violam diretamente as normas que regem a administração pública, tendo como objeto a grave desonestidade ou ineficiência funcional.

Assim, verifica-se que o princípio da moralidade administrativa que, como já dito, contém o da probidade administrativa, espraia-se por todo o ordenamento jurídico, criando um autêntico sistema jurídico de tutela da atividade administrativa do Estado e resultando na existência de um direito fundamental à probidade administrativa.

Dito isso, é importante colacionar normas jurídicas que servem de base para a probidade administrativa no aludido sistema jurídico, constituindo a fundamentalidade deste princípio.

Inserido no capítulo IV do título II da Constituição Federal de 1988 (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o art. 14, § 9º⁵, ao prever a necessidade de Lei Complementar para tratar

⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência* / Fábio Medina Osório. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020; p. 81.

⁵ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
(...)

de outras causas de inelegibilidade, anuncia a probidade como um dos valores jurídicos a serem protegidos.

Já o art. 5º, inciso LXXIII, da CF⁶, ao dispor sobre a ação popular, menciona expressamente a moralidade administrativa como valor a ser tutelado mediante o ajuizamento de tal modalidade de ação constitucional.

Por fim, o art. 37, § 4º, da CF⁷, considerado o “coração da improbidade administrativa” dentro da Constituição, ao anunciar no *caput* os princípios constitucionais que regem a administração pública, especifica em seu parágrafo 4º que a violação destes princípios pode configurar ato de improbidade administrativa, nos termos da lei, de forma que a prática de tais atos viola de forma relevante a probidade na administração pública.

A fim de concretizar, no plano legislativo, o comando normativo contido no artigo aludido no parágrafo anterior, foi editada a Lei nº 8.429/92, que define os atos de improbidade administrativa e as sanções cabíveis, optando por anunciar tais atos em três categorias: os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); os atos de

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10); e os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Cumpra ressaltar que a citação de tais diplomas normativos tem por objetivo demonstrar que, seja pela posição topológica do art. 14, § 9º, da CF, seja pelo conteúdo que se extrai deste e dos demais artigos citados, há que se falar na existência de um autêntico direito fundamental à probidade administrativa, fundamentalidade que traz importantes consequências na forma como tal núcleo axiológico deve ser protegido e promovido pelo Estado.

Na perspectiva da fundamentalidade formal, a probidade administrativa foi erigida à categoria de direito fundamental uma vez que o art. 14, § 9º, da CF encontra-se inserido no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). O constituinte não se limitou a somente realizar a citação de tal direito, mas enfatizou a necessidade de sua proteção (“a fim de proteger a probidade administrativa”), trazendo importante efeito normativo e simbólico.

Ocorre que, para além do caráter fundamental do direito à probidade administrativa em sua perspectiva formal, há quem entenda que podem ser considerados fundamentais quaisquer direitos positivados na Constituição Federal, desde que vinculados de uma forma efetiva com a dignidade da pessoa humana. É o que se conhece por “fundamentalidade material”, sustentada por, entre outros, Ingo Sarlet⁸.

Tais direitos materialmente fundamentais são também denominados por Alexy⁹ de direitos fundamentalmente substanciais, já que “(...) com eles são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”.

Portanto, tendo a probidade administrativa uma forte

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 6. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; p. 522.

ligação com a dignidade da pessoa humana, já que não se pode cogitar da existência de tal valor no âmbito da administração pública sem a existência de uma gestão proba, íntegra e honesta, o princípio da probidade administrativa tem a natureza de direito fundamental no aspecto material.

A título de reforço argumentativo, ainda que se adote uma concepção restritiva do conceito de direitos fundamentais em seu aspecto formal, considerando apenas fundamentais os direitos previstos no título I da CF, a fundamentalidade do direito à probidade administrativa é extraída do que se denomina de direito fundamental não numerado ou decorrente, já que a probidade administrativa decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou, ainda, dos tratados internacionais anticorrupção de que a República Federativa do Brasil faz parte, conforme abertura contida na cláusula prevista no art. 5º, § 2ª, da CF.

Ainda sobre a fundamentalidade do direito à probidade administrativa, cumpre trazer à baila as lições de Renee do Ó de Souza¹⁰, ao dissertar sobre o art. 37, § 4º, da CF:

Há neste dispositivo, também, elementos essenciais ligados à defesa do cidadão o atributo que caracteriza como um verdadeiro direito fundamental à probidade administrativa. Foi o que restou reconhecido quando o ministro Celso de Melo, na Ação Penal 470, mencionou que os graves atos de corrupção que estavam sendo julgados naquela ocasião feriam o direito fundamental a um governo honesto ou a uma proba administração.

Por fim, no intuito de encerrar a contextualização jurídica do princípio da probidade administrativa e utilizando-se da categorização trazida por Ingo Sarlet¹¹ acerca da dimensionalidade dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que o direito à probidade administrativa pode ser considerado um direito

¹⁰ SOUZA, Renee do Ó. *Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência* – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019; p. 55.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

fundamental de terceira dimensão, haja vista que se trata de direito difuso, de natureza transindividual, cabendo ao Estado sua promoção e proteção.

Pode também ser considerado um direito fundamental transnacional, decorrente dos próprios princípios e regras e, ainda, dos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil faz parte.

Assim, diante da constatação da natureza fundamental do princípio da probidade administrativa, torna-se necessário averiguar como as políticas públicas, enquanto modalidade de ação estatal que concretiza direitos fundamentais, têm promovido e tutelado tal valor.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

É possível perceber, nos últimos dez a 15 anos, um evidente aumento da produção acadêmica em relação ao estudo do fenômeno das políticas públicas, como instrumental que, entre outras funções, visa concretizar determinados direitos fundamentais e é portador de etapas e características próprias que justificam a categorização deste tema como objeto de estudo específico.

Uma especulação sobre a possível causa para o incremento no estudo e maior interesse sobre tal temática é o resultado da premente necessidade de se aprofundar na análise dos mecanismos políticos e jurídicos que confirmam efetividade aos direitos já conquistados e declarados no nosso ordenamento jurídico.

Se é possível falar que, historicamente, existiram inúmeros movimentos jurídico-políticos em busca de reconhecimento de direitos, seja no plano do direito posto, seja através do reconhecimento de valores jurídicos que orientam a aplicação das normas, pode-se também afirmar que, com a verificação de que

o direito posto não se efetiva pela mera declaração (legislativa ou judicial), torna-se necessário avançar na busca pela sua efetividade.

O que se pretende afirmar é que o positivismo e o neoconstitucionalismo (pós-positivismo) – com todos os avanços e méritos que merecem destaque – tiveram como foco a busca pelo reconhecimento e pela revelação de direitos, seja através da incorporação em diplomas normativos, seja através da valorização de princípios implícitos e demais valores normativos fundamentais inerentes ao sistema jurídico.

Assim, longe de compartimentar tais movimentos históricos, já que estes fenômenos se entrelaçam no tempo e possuem estreita relação de simbiose, após a era da “luta pelo direito”, verifica-se um movimento que tenta direcionar o olhar para a “tutela do direito”, buscando estudar e aprimorar mecanismos que confirmam efetividade aos direitos, orientando de forma mais intensa os bens jurídicos fundamentais para a sociedade.

Para tanto, se se quer falar da existência de um direito fundamental e, mais do que isto, da forma como este deve ser implementado numa determinada sociedade, é preciso dedicar alguma atenção sobre o conceito e a finalidade das políticas públicas, enquanto instrumental necessário à adequada promoção e tutela de direitos.

Para Maria Paula Dallari Bucci¹², uma das maiores referências do assunto no Brasil, “políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”

Já Alvaro Chrispino¹³ assim as define:

É linha de ação coletiva que concretiza direitos sociais declarados e garantidos em lei. É mediante as políticas públicas que

¹² Bucci, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2006.

¹³ Chrispino, Alvaro. *Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada* / Alvaro Chrispino. – Rio de Janeiro : FGV Editora, 2016.

serão distribuídos e redistribuídos bens e serviços, em resposta às demandas da sociedade. Por isso, o direito que as fundamenta é um direito coletivo e não individual.

Assim, deriva dos conceitos de políticas públicas o seu caráter multisetorial e fragmentado, já que envolve e demanda a participação de inúmeros atores e a existência de etapas a serem respeitadas, cada uma com sua especificidade.

Longe de buscarmos trazer uma classificação uníssona das etapas das políticas públicas – até mesmo por considerar a existência de variados tipos de classificações na doutrina – podemos afirmar, com foco na problemática a ser enfrentada neste artigo, a divisão das políticas públicas nas seguintes etapas: a) percepção e definição de um problema; b) definição da agenda; c) elaboração de programas e de decisão; d) implementação da política; e) avaliação e controle.

Outro ponto que merece destaque é a diferenciação enfrentada pela doutrina especializada entre avaliação política e avaliação de políticas públicas. Enquanto a primeira se situa no âmbito da discricionariedade política, estudando os critérios que levam os governantes a optarem por uma ou outra política pública determinada, a avaliação de política pública já se encontra fora do momento político de definição/criação, refletindo uma relação de causalidade entre o objetivo e o resultado proposto pelo programa, ou mesmo entre a proposta aplicada e o efeito social desejado.

Com efeito, é de extrema importância ressaltar que o momento de criação de uma política pública, que visa tutelar determinado direito fundamental, está sustentado pelas regras da política.

Tal afirmação é imprescindível quando passamos a analisar o estágio atual, no Brasil, da atividade preventiva da tutela da probidade administrativa, direito fundamental que deveria ser realizado através de políticas públicas específicas.

Se não podemos sustentar a completa ausência de políticas públicas anticorrupção no Brasil, podemos afirmar sua

insuficiência e timidez, fato justificado pelo enorme desinteresse político em eleger a probidade administrativa como bem jurídico fundamental e, portanto, carecedor de políticas públicas que promovam preventivamente tal valor.

Visando justificar a afirmação acima, basta verificar que muitos dos parlamentares responsáveis pela proteção ao bem jurídico da probidade são investigados e processados pela suposta violação do bem que deveriam promover e proteger. Levantamentos apontam que um em cada três deputados é acusado de crimes¹⁴ ou é réu em ações de improbidade administrativa.

Tais dados servem para justificar o completo desinteresse, por parte dos responsáveis pela criação de políticas públicas, na elaboração de políticas públicas anticorrupção, sobretudo quando se verifica que muitos parlamentares atualmente são investigados por atos de corrupção ou de má gestão da coisa pública.

A deficiência na tutela preventiva da probidade administrativa no Brasil – tipo de intervenção mais adequada e propícia para a mudança de comportamentos numa determinada sociedade – deriva do completo desinteresse dos agentes criadores das políticas públicas anticorrupção, muito provavelmente pelo interesse na manutenção do *status quo* e devido ao manifesto desprezo pela implementação de uma cultura educacional que promova um aprimoramento ético da população, o que produziria reflexo imediato no comportamento do eleitor nas urnas.

Após constatar a deficiência na tutela preventiva da probidade administrativa, passa-se a analisar o grau de eficácia da outra ponta do sistema de promoção e tutela de tal valor: o sistema repressivo de controle dos atos de improbidade administrativa.

3 ANÁLISE CRÍTICA DA TUTELA REPRESSIVA DA

¹⁴ Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,13-do-congresso-eleito-e-alvo-de-investigacoes,70002585812>>. Acesso em: 6/6/2021.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A adequada proteção de um bem jurídico depende diretamente da conjugação de uma tutela preventiva planejada e eficiente, sem, contudo, prescindir de um sistema de controle que, além de gerar um efeito retributivo, proporcione a crença na imperatividade da norma.

Neste sentido, tendo sido dedicados alguns parágrafos no item anterior para anunciar a inexistência, pelo Estado, de um sistema efetivo e planejado de tutela preventiva da probidade administrativa, destina-se neste momento um foco específico na outra ponta: analisar criticamente a atual ineficácia da tutela repressiva da improbidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a tutela repressiva da probidade na administração pública, embora saibamos da existência de inúmeros órgãos de controle e mecanismos repressivos extrajudiciais, o foco será dado no mais gravoso mecanismo não penal de punição dos agentes ímprobos: as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa.

Sobre tal modalidade de ação, cujas hipóteses de cabimento e procedimento estão previstos na Lei nº 8.429/92, percebe-se um aumento, na última década, na sua notoriedade e na busca por uma maior efetivação de seus comandos, sempre visando à célere e proporcional punição ao agente ímprobo.

Passados quase vinte anos da promulgação da Lei nº 8.429/92, verifica-se, inclusive com embasamento estatístico, que o sistema repressivo de tutela da improbidade administrativa não logrou êxito em alcançar o seu intento, deixando o bem jurídico sem a proteção necessária.

Tal ineficácia pode ser justificada por inúmeros fatores, sendo ou extraprocessuais, jurídicos ou metajurídicos, que confluem e deságuam num enfraquecimento da resposta estatal

sobre os comportamentos desviados.

Entre tais fatores, podemos sucintamente mencionar alguns que julgamos mais relevantes: a) lenta tramitação dos processos, em todas as instâncias; b) prescrição como fenômeno frequente em ações desta natureza, até mesmo como efeito do item anterior; c) ausência de uma coordenação mais célere e efetiva das instituições de controle; d) influência política e econômica em razão da natureza dos demandados nas ações.

Tal ineficácia é corroborada quando se verifica que no último relatório da Transparência Internacional¹⁵, o Brasil obteve pontuação (38/100) menor do que a média global (43/100) e da América Latina (41), bem distante da média dos países do G20 (54/100), ocupando a 94ª posição do *ranking*, que conta com 180 nações e territórios, ficando atrás de países como China, Colômbia e Turquia, por exemplo.

Cabe ainda mencionar que estudos indicam que as ações de improbidade administrativa levam, em média, seis anos para terem seu julgamento¹⁶. Visando enfrentar e reverter este quadro, o CNJ estabeleceu como uma de suas metas¹⁷ (meta 4, antiga meta nacional 18) “identificar e julgar determinado percentual de ações de improbidade administrativa, de ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública e de ilícitos eleitorais”.

Ademais, sob outro prisma, cabe aqui abordar outro fenômeno contemporâneo que contribui decisivamente para a crise do sistema repressivo da improbidade administrativa, o que ousamos chamar de “direito sancionador emergencial”, dada a intensa e cada vez mais constante afinidade e importação de

¹⁵ Disponível em: <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/ipc-indice-de-percepcao-da-corrupcao-2020> Acesso em: 5/6/2021.

¹⁶ Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm> Acesso em: 5/6/2021.

¹⁷ Relatório completo pode ser encontrado no site do CNJ. Disponível em: <http://www.https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIV-ENPJ.pdf> Acesso em: 5/6/2021.

institutos e teorias do sistema penal e processual penal para as ações de improbidade administrativa (“ações penaliformes”).

Assim, o fenômeno do “direito sancionador emergencial” nada mais é que do um transplante da ideia trazida com maestria por Fauzi Hassan Choukr¹⁸, em seu livro “Processo penal de emergência”, na medida em que a sociedade, constatando a ausência de tutela de determinado bem jurídico pela não intervenção do Estado-Prestador, cria a ideia de que “algo deve ser feito”, clamando por soluções emergenciais e punitivas que visam solucionar os problemas que o Estado criou com sua omissão.

Neste sentido, verifica-se nos últimos anos tendência, potencializada pela operação Lava Jato e sua repercussão nos meios de comunicação, da ideia de que o direito repressivo, incluindo aí o sistema repressivo cível da probidade administrativa, possui o condão de resolver questões de índole eminentemente social, *in casu* a ausência de uma cultura de honestidade e de padrão ético no trato com a coisa pública.

Este movimento de transferência de responsabilidade para os sistemas repressivos ou de controle ainda pode ser considerado um (entre outros muitos) dos fundamentos ou vertentes do chamado “Direito administrativo do medo”, tema trabalhado por Rodrigo Valgas dos Santos, ocasionando uma verdadeira transmutação da finalidade do direito administrativo sancionador, gerando ineficiência e descrédito no sistema.

Para o referido autor¹⁹:

A alta probabilidade de ser responsabilizado pelo exercício de função pública, num sistema de controle disfuncionalizado, leva ao medo de responsabilização do agente público. Ao tempo que o medo é consequência dos excessos do controle, também é causa, à medida que produz respostas disfuncionais visando à autoproteção dos agentes públicos, a exemplo do

¹⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.

¹⁹ SANTOS, Rodrigo Valgas. *Direito administrativo do medo*. Revista dos Tribunais, 2020. p. 332.

imobilismo decisório decorrente do medo em decidir, o que pode levar a uma postura mais firmes dos órgãos de controle no exercício de sua atividade.

Assim, a potencialização, pelos meios de comunicação em massa, da corrupção e de seus efeitos gera na sociedade um clamor pelo recrudescimento do sistema punitivo anticorrupção, colocando todas as expectativas na mudança de cultura social pela simples atuação do sistema repressivo.

Eis o problema: o direito sancionador não tem aptidão para resolver problemas eminentemente sociais e isto gera uma evidente descrença no sistema. Fato é que sempre haverá uma crise de resultados quando o direito repressivo assume a missão (ou a expectativa) de solucionar problemas sociais que demandam, para a sua efetiva resolução, políticas públicas eficientes, multifacetárias e coordenadas.

É preciso repensar o modelo atual de promoção e tutela da probidade administrativa, dada a sua inaptidão para a produção dos efeitos esperados. Para tanto, além de um maior enfoque no viés preventivo, preservando a natureza subsidiária do sistema repressivo, torna-se necessário realizar uma recategorização do sistema de políticas públicas, buscando um modelo de ação estatal mais legítimo e plural, o que será proposto a seguir.

4 CRISE NO SISTEMA DE TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: CRIAÇÃO DE UM MODELO ANTICORRUPÇÃO PELA ÓTICA DA SOCIOLOGIA DA AÇÃO PÚBLICA

Toda a construção argumentativa realizada nos capítulos anteriores se deu no sentido de se constatar a ausência de efetiva proteção, concretização e promoção do princípio da probidade administrativa no ordenamento jurídico pátrio, seja pelo desinteresse no momento de criação da política pública setorial, seja pela inaptidão do sistema repressivo para promover modificações culturais e comportamentais profundas na sociedade.

Surge então a questão de como promover corretamente a probidade administrativa no Brasil, já que o legislador não irá, “espontaneamente”, eleger tal bem como objeto de tutela e, sobretudo, que o direito repressivo não logrará êxito em promover um valor tão somente com o uso das ferramentas punitivas.

A modesta proposta deste artigo passa pela valorização e inserção da participação social no processo, através da influência da chamada “sociologia da ação pública” no sistema brasileiro de políticas públicas, que promove uma reflexão sobre a forma de se construir soluções para os problemas públicos.

A sociologia da ação pública, exposta com maestria na obra de Pierre Lascoumes e Patrick Le Galés²⁰, considera a política pública como uma espécie do gênero “ação pública”, com a agregação de novos atores e promovendo um reposicionamento do papel estatal na resolução dos problemas públicos.

Na referida obra, os autores buscam um novo olhar sobre a forma de análise dos problemas sociais, normalmente objeto das políticas públicas, mitigando a centralidade e o protagonismo estatal inerentes a este projeto. Há um rompimento com a perspectiva “Estadocêntrica”, normalmente através da lógica do “*top-down*” (de cima para baixo), transformando o Estado em “somente mais um ator”, ainda que destacado, no processo criativo e resolutivo. A ação pública revela-se uma ciência aplicada que procura construir novos sentidos em torno dos bens jurídicos desprotegidos, com um enfoque mais específico na governança social.

Criticando a lógica “*top-down*” e privilegiando um modelo de análise de baixo para cima (“*botton up*”), afirmam os autores²¹:

Enfim, o risco principal consiste em isolar a análise na sequência “execução” e ignorar, não apenas o montante e o aval dos processos de apropriação, mais largamente as interações

²⁰ LASCOUMES, Pierre. *Sociologia da ação pública* / Pierre Lascoumes, Patrick Le Galés; tradução e estudo introdutório George Sarmento – Maceió: Edufal, 2012.

²¹ *Ibid.*, p. 99.

significativas com outras dimensões da ação pública, em particular a construção dos problemas públicos e da questão política. Observando o jogo de ação pública pela atividade de apropriação de programas governamentais por agentes públicos locais, demonstramos os limites de um modelo sequencial linear, bem como o interesse em refletir sobre o espaço social da ação pública. No interior desse espaço coexistem diversas formas de mobilização e de ação coletiva que, de forma contínua, discutem os desafios emergentes, avaliam as ações passadas, buscam apoios de especialistas e políticos, reconfiguram os problemas públicos, influenciam as instâncias de decisão, experimentam novos instrumentos, incluem ou excluem parceiros.

Já sobre o momento histórico europeu que gerou reflexão sobre o modelo de políticas públicas, assim dissertam os autores²²:

A análise de política pública tem como ponto de partida um problema ao mesmo tempo social e político: o relativo fracasso das políticas intervencionistas do Estado-Providência. Mas antes de destacar a importância das dinâmicas de implementação (*mise en oeuvre*), as pesquisas se concentraram na análise dos fracassos. A partir do fim dos anos 1960, nos Estados Unidos, ocorreu uma forte mobilização das ciências sociais com o objetivo de compreender por que, mesmo diante de grandes investimentos públicos, numerosos problemas econômicos e sociais ainda perduram. Tudo isto para desenvolver novas estratégias de ação.

Para os referidos autores franceses, as políticas públicas não se limitam ao enfrentamento circunstancial de um fato social, de maneira que a ação pública revela uma autêntica ação coletiva que possui aptidão para gerar um movimento social que regula os problemas sociais, sendo campo propício para a negociação e resolução de conflitos, potencializando a coesão social decorrente dos efeitos advindos das melhoras da qualidade das relações sociais e da própria governança.

A ação pública busca trazer maior resolutividade dos problemas públicos a partir do reconhecimento da legitimidade e poder de influência de múltiplos atores envolvidos e implicados

²² Ibid., p. 67.

neles, revelando uma atividade de natureza interdisciplinar que reposiciona as políticas públicas e seus atores.

Ainda segundo os autores, o modelo tradicional de políticas públicas normalmente gera um descompasso entre a política pública adotada e a real necessidade das populações afetadas pelos diferentes problemas públicos, resultando em três tipos de disfunções: a inefetividade (defeito na implementação), ineficácia (em relação aos resultados obtidos) ou ineficiência (perspectiva do custo-benefício do programa adotado).

A ação pública, além de proporcionar a pressão social necessária ao “*start*” de uma determinada política pública, privilegia a chamada Democracia Participativa, consagrada na Constituição Federal de 1988, que nada mais é do que uma faceta da democracia em que o exercício do poder é fruto da participação popular direta.

Assim, ao proporem a ideia de governança social, os autores privilegiam a coordenação de atos visando a um fim determinado, com a presença de grupos sociais e de instituições, buscando objetivos definidos coletivamente e consolidando o próprio processo democrático.

Embora a obra se insira numa outra tradição (europeia) de análise e compreensão de políticas públicas, é possível a incorporação de suas ideias para a realidade brasileira, trazendo a sociedade “da inércia para a ação”, incorporando a participação social como elemento necessário (e não ocasional) na formulação e implementação de políticas públicas.

Portanto, a ação pública, mais do que promover uma re categorização do que entendemos por política pública, ao incorporar necessariamente os inúmeros atores sociais no processo de identificação do valor a ser tutelado e promovido, traz maior legitimidade à ação proposta e, ainda, gera a pressão necessária para a eleição de um determinado bem a ser tutelado pelo Estado.

Partindo deste pressuposto teórico, o incremento do

controle não governamental da corrupção, através de outros atores sociais, pode acarretar a reverberação da ideia de que o problema deve ser enfrentado, contribuindo para a elaboração das leis e demais atos normativos necessários à criação do plano de ação de enfrentamento da corrupção, na busca pela criação de uma cultura de probidade e ética no trato com a coisa pública.

Institutos como as audiências públicas e o orçamento participativo, bem como algumas ideias ainda embrionárias e pontuais, como a Coordenadoria de Promoção à Integridade (COPI) e o Conselho de Transparência e Controle Social (Consocial), ambos projetos ligados à Controladoria-Geral do Município de São Paulo, são exemplos de ações que podem dar o impulso necessário para a organização dos “empreendedores da causa”, individuais ou coletivos, criando um ambiente de diálogo e controle social e contribuindo para uma governança mais participativa.

Uma gestão mais aberta e cooperativa por parte dos órgãos e entidades responsáveis pelo controle da corrupção e da má gestão da coisa pública, a exemplo do Ministério Público e Tribunais de Contas, deve agregar em seus projetos agentes sociais, sem prejuízo de uma busca pelo aprimoramento da cultura do controle social autônomo pela população.

Somente incorporando, institucionalmente ou não, outros atores ao processo de enfrentamento de um problema público, *in casu*, a promoção da probidade da administração pública, será possível a criação de um modelo de ação pública plural e multifacetário voltado ao enfrentamento sério e planejado do problema do déficit moral na gestão brasileira da coisa pública.

CONCLUSÃO

A probidade administrativa, valor consagrado em inúmeros dispositivos constitucionais, constitui um autêntico direito

fundamental, seja em sua acepção formal, pela posição topográfica de sua consagração na Carta constitucional, seja na acepção material, pela estreita relação com a dignidade da pessoa humana.

O direito fundamental à probidade administrativa, direito difuso e considerado de terceira dimensão, demandaria, para a sua adequada promoção e proteção, a existência de políticas públicas planejadas e multissetoriais, já que as políticas públicas revelam-se como os instrumentos estatais mais adequados e propícios para a mudança de comportamentos dos membros da sociedade.

Ocorre que, sendo o momento de criação de uma política pública e, ainda a fase da avaliação política, adstritas ao campo da discricionariedade política, explica-se a ausência (ou pelo menos a insuficiência) de políticas públicas que possam tutelar o valioso bem jurídico da probidade na administração pública, mormente quando se verifica que os legisladores são alvos recorrentes das ações judiciais decorrentes de violações do referido bem jurídico.

Além da precariedade da tutela preventiva da probidade administrativa, o sistema repressivo que atua em decorrência da prática de atos de improbidade administrativa não tem o condão de solucionar o problema social da ausência de padrões éticos no trato com a coisa pública, gerando uma crise de resultados e o consequente descrédito no sistema.

Verifica-se no Brasil uma notória deficiência na proteção da probidade administrativa enquanto bem jurídico de matriz constitucional, já que tanto a tutela preventiva como a repressiva não têm produzido os resultados esperados – considerando a natureza a objetivos específicos de ambas –, deixando assim de concretizar os comandos constitucionais de adequada promoção e proteção da gestão pública proba e íntegra.

Diante desse quadro e buscando alternativas para a promoção da probidade administrativa no Brasil, a opção pela

adoção da denominada “ação pública” em substituição do atual modelo de políticas públicas pode revelar uma remodelação na forma como são enfrentados os problemas públicos e pensados os modelos de ação institucional.

Através da incorporação de outras instituições de controle social na chamada rede de política (*policy networks*), deve-se realizar a reunião de diversos atores em torno de um problema comum, em todas as suas etapas, mitigando a centralidade estatal na proposição e implementação das soluções para os problemas políticos.

Somente através da adoção da ação pública como forma de resolução de problemas e promoção de valores constitucionais é possível gerar a pressão social necessária à criação de linhas de ação pública com o objetivo de promover a cultura de ética no trato com a coisa pública, buscando concretizar, através do instrumento adequado, o direito fundamental à probidade administrativa.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, LUIZ ROBERTO. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp->

- content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 5/6/2021.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5/6/2021.
- BRASIL. *Lei nº 8.429 (1992)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 5/6/2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo, Saraiva, 2006.
- _____. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva. 2006.
- CHRISPINO, Alvaro. *Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada* / Alvaro Crispino. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2006;
- DUARTE, Clarice Seixas. Título do capítulo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- Garcia, Emerson. *Improbidade administrativa* / Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves. 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- Índice de transparência internacional de 2019*. Disponível em: [<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>](https://transparenciainternacional.org.br/ipc/). Acesso em: 5/6/2021.
- LASCOUMES, PIERRE. *Sociologia da ação pública* / Pierre Lascoumes, Patrick Le Galès; tradução e estudo introdutório George Sarmento – Maceió: Edufal, 2012.

- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. “Dimensão jurídica das políticas públicas”. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- NEIVA, José Antônio Lisbôa. *Improbidade administrativa: estudo sobre a demanda na ação de conhecimento cautelar* / José Antônio Lisbôa Neiva. Niterói, RJ: Impetus, 2005.
- OLIVEIRA, Alexandre Albagli. *O direito fundamental à proibidade administrativa: valor constitucional da proibidade, contornos normativos e repercussões jurídico-legais* / Alexandre Albagli Oliveira; orientadora Flávia Moreira Guimarães Pessoa. – São Cristóvão, 2014.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência* / Fábio Medina Osório. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- SAAD, Amauri Feres. *Regime jurídico das políticas públicas* / Amauri Feres Saad. – São Paulo: Malheiros, 2016.
- SANTOS, Rodrigo Valgas. *Direito administrativo do medo*. Revista dos Tribunais, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 6. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;
- SOUZA, Renee do Ó. *Os efeitos transversais da colaboração premiada e o acordo de leniência* – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.