

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO JUSTIÇA ADMINISTRATIVA
MESTRADO PROFISSIONAL EM JUSTIÇA ADMINISTRATIVA

FERNANDO ESCRIVANI STEFANIU

**INVESTIGAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA IMPROBIDADE E
PARTICIPAÇÃO DOS INVESTIGADOS: ESTUDO DE CASO SOB
ENFOQUE HABERMASIANO**

Niterói

2014

FERNANDO ESCRIVANI STEFANIU

**INVESTIGAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA IMPROBIDADE E
PARTICIPAÇÃO DOS INVESTIGADOS: ESTUDO DE CASO SOB
ENFOQUE HABERMASIANO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa, da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Área de concentração (subárea): Justiça Administrativa e Ética.

Orientador: Professor Doutor Gilvan Luiz Hansen

Orientador: Professor Doutor Ricardo Perlingeiro
Mendes da Silva

Niterói

2014

FERNANDO ESCRIVANI STEFANIU

**INVESTIGAÇÃO EXTRAJUDICIAL DA IMPROBIDADE E
PARTICIPAÇÃO DOS INVESTIGADOS: ESTUDO DE CASO SOB
ENFOQUE HABERMASIANO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa, da Universidade Federal Fluminense, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Niterói, 14 de julho de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen (Orientador) – UFF

Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (Orientador) - UFF

Prof. Dr. Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti - UFPE

Para Enrico, meu filho, cujo nascimento é manifestação de Deus em minha vida, renovando meu coração e minha fé no que há de bom, belo e virtuoso nesse mundo.

Para Klédia, que torna simples, verdadeiro e feliz nosso caminho, com todo o amor que cabe em mim.

Para Matheus, o sobrinho mais querido desse mundo, outro presente de Deus para completar nossa família.

Para minhas amadas mãe e irmã, Ivone e Renata, porque sempre tivemos e sempre teremos uns aos outros, em todos os momentos importantes - e todos eles importantes são.

Para minha sobrinha Maria que está a caminho, já cercada de amor pelo Tio e por toda nossa família.

AGRADECIMENTOS

Muitas foram as pessoas que contribuíram, direta ou indiretamente, para que este trabalho pudesse ganhar existência e, no entanto, por limitação de espaço e de memória de quem escreve (mas nunca por ingratidão) talvez fiquem aqui sem a merecida menção nominal.

Sem prejuízo das antecipadas desculpas por qualquer omissão indevida, inicio o meu muito obrigado com os amigos Christian Aguiar e Ivan Oliveira, pessoas que desde sempre foram extremamente generosas em termos de incentivo, apoio e ideias para que este e outros projetos de relevância pudessem ser por mim concretizados.

Agradeço aos clãs Dal Bosco e Mendonça, por tão bem acolher meu clã e com ele somar para fazer uma grande família.

Aos amigos do mestrado, em especial Leonardo Coutinho, Marcelo Franco e Paulo Pinto, por tudo o que compartilhamos. Muito obrigado e um fraterno abraço.

Por todo carinho e paciência que dedica aos alunos do mestrado, deixo também meu muito obrigado para a querida Leoná.

A todos os professores do PPGJA, em especial ao Prof. Dr. Gilvan Hansen e ao Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro, fica o meu agradecimento. Cada um a seu modo e com suas características, para além de toda a dedicação que devotam ao curso, acreditaram e deram-me o caminho para chegar até aqui.

RESUMO

Partindo-se da premissa de extrema relevância da adequada tutela da probidade e do direito à boa administração, enfoca-se aqui a fase extrajudicial de investigação de fatos supostamente caracterizadores de improbidade administrativa, enquanto atribuição de quem foi contemplado com legitimidade ativa para a propositura da ação de controle em Juízo. Procura-se verificar, a partir de estudo de caso, a natureza ética da uma determinada opção interpretativa da Lei n. 8.429/92 responsável por estimular modelo investigativo que não reconhece a importância de participação dos sujeitos passivos em tal estágio. Essa opção ética pertenceria à categoria de um agir estratégico, tal qual definido em textos de Habermas, e os resultados por ela proporcionados são aqui objeto de questionamento do ponto de vista da eficácia e legitimidade. Com base nessa e em outras ideias do mesmo autor, contrapõe-se àquele primeiro um modelo investigativo baseado no agir comunicativo e na consequente inclusão, como regra, dos investigados, porque seguramente mais legítimo e possivelmente mais eficaz, uma vez que reconhece a dignidade dos sujeitos envolvidos e potencializa a identificação de elementos de responsabilidade subjetiva que devem ser considerados no momento em que se decide pelo ajuizamento ou não da demanda. Sinaliza-se à necessidade de o Judiciário, diante do sistema de Justiça Administrativa adotado no país e do contexto histórico de elaboração da mencionada lei, exercer maior rigor nos juízos de admissibilidade das ações de controle justamente para exigir na fase de investigação a observância de critérios baseados na pauta ética habermasiana, porque o caminho oposto também tem contribuído para a falta de uma eficaz tutela em favor daqueles bens jurídicos, além de implicar importante carga de desgaste institucional.

Palavras-chave: Improbidade. Investigação. Legitimado ativo. Participação dos investigados. Ética. Agir comunicativo. Agir estratégico. Eficácia. Legitimação. Judiciário. Juízo de admissibilidade.

ABSTRACT

Starting from the premise about the extreme relevance, as a theme, of the protection of probity and the right to good administration, this work's focus lies upon the extrajudicial investigation phase of supposedly administrative improbity facts, investigation seen as assignment for whom was awarded with active legitimacy to initiate the control suit in courts. It seeks to ascertain, from the case study, the ethical nature of a particular interpretive option of Brazilian Federal Law 8.429/92 responsible for stimulating investigative model that does not recognize the importance of participation of the investigated persons in this stage. This ethical choice would belong to the category of a strategic action, as is defined in texts of Habermas, and the results provided by it are subject to questioning by the point of view of effectiveness and legitimacy. Based on this and other ideas from the same author, that first opposes an investigative model based on communicative action and the consequent inclusion, as a rule, of the investigated persons, since it is surely more legitimate and possibly more effective, because it recognizes the dignity of the investigated persons and enhances the identification of elements of subjective responsibility that should be considered when one decides whether or not to engage in the lawsuit. Considering the Administrative Justice system adopted in the country and historical context of the preparation of the mentioned law, the text points to the need for the Judiciary to exercise greater rigor in the judgments of admissibility of lawsuits, precisely to impose investigation's criteria based in Habermas's ethics agenda, because the opposite way has contributed to the lack of effective legal protection in favor of those rights and also for making an important institutional wear.

Keywords: Improbity. Investigation. Active legitimated. Investigated persons participation. Ethics. Communicative action. Strategic action. Efficacy. Legitimation. Judiciary. Judgment of admissibility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 IMPROBIDADE: NEGÓCIO MUNDIAL, ESPECIALIDADE NACIONAL.....	15
1.1 <i>Global Witness</i> , SIEMENS e a improbidade como mercado de facilitadores globais: isso interessa à minha aldeia?.....	15
1.2 Por falar na minha aldeia, no Brasil e nos municípios (notadamente os pequenos)	18
2 O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO, JUSTIÇA ADMINISTRATIVA E O CONTEXTO HISTÓRICO DE ELABORAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE.....	22
2.1 Algumas palavras sobre Justiça Administrativa, o modelo alemão e o direito à boa administração sob o enfoque europeu.....	22
2.2 Justiça Administrativa no Brasil e contexto histórico de edição da LIA.	27
3 DO PROCESSO Nº 0000350-05.2009.4.05.8501 DA 6ª VARA FEDERAL DE SERGIPE: ESTUDO ORIENTADO PELAS DECISÕES JUDICIAIS NELE PROFERIDAS.	34
4 DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DO PODER NA FASE DE INVESTIGAÇÃO DA IMPROBIDADE:.....	43
4.1 Texto e leitura das normas da LIA dirigidas à fase investigativa.....	43
4.2 O discurso.....	47
5 DESCONSTRUINDO O DISCURSO COM UM DISCURSO NOVO: O APORTE HABERMASIANO	56
5.1 Texto legal e espaço para interpretação sistemática: núcleo elementar de uma investigação alinhada com a responsabilidade subjetiva prevista pela LIA.....	56
5.2 Escolha ética e modelo de investigação da improbidade: do agir estratégico ao agir comunicativo	63
6 ALGUMAS PALAVRAS SOBRE A PRODUÇÃO DE EFEITOS PREVISÍVEIS RESULTANTES DA APLICAÇÃO DA LIA E MENTALIDADE BUROCRÁTICA NO CONTROLE DA IMPROBIDADE: UMA VISÃO WEBERIANA.....	73
6.1 Weber, direito, burocracia e resultados previsíveis.....	73
6.2 Ainda sobre a previsibilidade: Judiciário, recebimento da demanda e julgamento de mérito	76
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO

As linhas que seguem fazem um convite à reflexão teórica e prática acerca do tema referente ao controle da improbidade administrativa no Brasil, particularmente no que se refere à metodologia de investigação adotada, em estágio imediatamente anterior à propositura da demanda, pelos legitimados a figurar no polo ativo do referido instrumento¹. Investigação, pois, será aqui estudada não em uma acepção conectada à instrução processual em juízo, mas sim como atividade prévia à judicialização da pretensão de controle, exercida não por qualquer órgão ou estrutura estatal, mas apenas por quem deverá, ao término dessa mesma atividade, decidir pelo ajuizamento ou não da correspondente lide.

O dilema que exige atenção, no presente exercício reflexivo, reside em algo muito próximo da possível falência de um modelo investigativo apegado a fatos ou a supostos fatos objetivamente considerados, modelo esse não raro resumido ao reaproveitamento de diligências realizadas por outras esferas de fiscalização que, nada obstante habilitadas em seu campo de atuação próprio, não estão diretamente vocacionadas à participação no controle judicial da improbidade. Mesmo que não represente a unanimidade dos casos, acredita-se que a estratégia em alusão parte de um viés conservador de interesse público tanto para justificar as técnicas de investigação quanto para selecionar quais episódios serão alvo de provocação junto ao Judiciário, restando fadada a atacar o que está à tona, na superfície, por não conseguir alcançar o que substancialmente dá causa à tamanha disfunção no trato da coisa pública no Brasil.

Esquadrinhar esse tema é de capital relevância quando se tem em mente que o Brasil, uma das maiores economias do mundo, é também um país dos mais desiguais no campo social; a despeito de abrigar ilhas de excelência, tem seu território tomado por índices de acesso e de qualidade de serviços públicos medíocres ou sofríveis; figura com destaque negativo em relatórios internacionais que estudam níveis de corrupção; tem um arcabouço normativo aparentemente moderno para coibir a prática de improbidade e, ainda assim, na prática, alcança resultados discutíveis.

¹ Art. 17, da Lei 8.429, de 1992: Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.” Por “pessoa jurídica interessada” compreendem-se os entes que personificam a Administração direta (União, Estados, Distrito Federal Municípios) ou os entes personalizados que compõem as respectivas estruturas de Administração indireta.

Sobre esse ponto, afirma Simone Barbisan Fortes (2012):

[...] os reflexos dos custos causados pela corrupção são gravemente sentidos pela sociedade em diversos aspectos. Nos países onde a corrupção percebida é menor, o PIB (produto interno bruto) per capita e o IDH (índice de desenvolvimento humano) são mais elevados, o que sugeriria a hipótese de que "os países mais corruptos, por terem maior probabilidade de desvios de recursos, acabam por obter menor efetividade na educação e saúde, implicando menores níveis de IDH" (FIESP, 2010, p. 21). Com base no Índice de Percepção de Corrupção (CPI, na sigla em inglês) apurado pela ONG Transparência Internacional, a Fiesp buscou mensurar esses nefastos efeitos. Segundo tal análise, os gastos anuais com corrupção no Brasil (cujo índice CPI foi de 3,65) podem ser estimados, em comparação a um cenário de controle razoável de práticas ímprobas (índice CPI 7,45), em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (para o ano de 2008). Em uma hipótese de contraposição da realidade brasileira a um cenário de controle ideal (com inexistência de corrupção, índice CPI 10), o dispêndio atingiria assustadores R\$ 69,1 bilhões, totalizando 2,3% do PIB (FIESP, 2010). Considerando que essa última estimativa representa um referencial teórico ideal (corrupção zero), e assim elegendo o primeiro deles para efeito avaliativo (CPI 7,45), pode-se fazer uma projeção mais clara das perdas que o custo corrupção impõe ao país: "Tem-se que 27% do valor que o setor público gasta com educação representa o montante total que se perde com a corrupção no Brasil. O custo da corrupção constitui uma parcela ainda maior do orçamento público da saúde: cerca de 40%. Em relação à segurança pública (primeiro item de preocupação dos brasileiros, segundo pesquisa do IBOPE em 2007), o custo médio anual da corrupção de R\$ 41,5 bilhões ultrapassa o gasto de R\$ 39,52 bilhões dos estados e da União em segurança pública em 2008." (FIESP, 2010, p. 28) O quadro desenhado pela pesquisa revela a gravidade das repercussões da corrupção como prática instituída, no Brasil, a demandar assim enfrentamento que possa (re)construir a noção de cidadania plena e emprestar à sociedade o controle sobre seus mandatários.

Não como mero acaso, portanto, deve ser compreendida a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) quanto à fixação de metas de julgamento das demandas de controle da improbidade com maior tempo de tramitação, tal como exposto na seguinte matéria, assinada por Tatiana Freire (2013):

Terminou nessa quarta-feira (31/7) o prazo para que magistrados estaduais e federais informem à Corregedoria Nacional de Justiça quantos e quais processos relativos à Meta 18 (improbidade administrativa e crimes contra a administração pública) aguardam andamento há mais de 100 dias. O pedido de informações foi feito pelo corregedor nacional de Justiça, ministro Francisco Falcão, no dia 25 de junho, por meio de ofício encaminhado à Corregedoria de todos os 27 Tribunais de Justiça (TJs) e dos cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs). O prazo para envio das informações terminaria no dia 10 de julho, mas foi prorrogado até o dia 31 por decisão do corregedor nacional interino, conselheiro Guilherme Calmon. A Meta 18 prevê que sejam julgados até o fim deste ano todos os processos de improbidade administrativa e de crimes contra a administração pública que entraram na Justiça até dezembro de 2011. De acordo com o ofício encaminhado aos tribunais, os dados sobre as ações que aguardam andamento há mais de 100 dias devem ser lançados na planilha de produtividade disponibilizada no Sistema Justiça Aberta, um sistema disponível no portal do CNJ em que os cidadãos podem acompanhar a produtividade das unidades judiciais. Os magistrados terão ainda de informar à Corregedoria Nacional o número de cada um desses processos. Agilidade – O lançamento das informações é de responsabilidade dos juízes responsáveis pelos processos de

improbidade administrativa e crimes contra a administração pública. A ideia é verificar a taxa de congestionamento específica nesse grupo de ações e, a partir desse levantamento, adotar medidas que possam conferir agilidade ao julgamento desses casos. Até 29 de julho, os tribunais brasileiros haviam julgado 48.120 ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração, distribuídas até 31/12/2011. O número equivale a 39,77% da meta estabelecida.

Costuma-se, no rigor técnico, traçar distinção entre os termos “improbidade” e “corrupção”, considerando-se a primeira de maior abrangência porque, em suma, também comportaria atos culposos. Leia-se com Gustavo Senna (2012):

Não se duvida que a ausência de probidade dos agentes públicos é forte indicativo de conduta desonesta, materializada principalmente por atos de corrupção, que configura verdadeiro atentado aos direitos fundamentais. Realmente, na atualidade não há como negar a ligação entre corrupção e improbidade administrativa, uma vez que essa revela na essência a prática de atos de desonestidade. Porém, como já destacado, podemos extrair da Constituição Federal e da própria Lei nº. 8.429/1992 que a improbidade vai mais além, pois são caracterizadores de tais atos não só condutas dolosas, mas também culposas, sendo essa conclusão fundamental para que não se tenha uma proteção deficiente da probidade, conseqüentemente, dos interesses da coletividade.

Todavia, no contexto do corrente estudo, não se logra utilidade com o emprego da diferenciação técnica, porque o olhar aqui recai não sobre o âmbito conceitual do ato de improbidade, mas sobre o modelo de sua investigação prévia, pressupondo-se de antemão já sabido e elucidado o alcance técnico do termo. Dessa forma, apenas com o intuito de facilitar a compreensão e evitar a reiteração de distinções que aqui não são determinantes, o termo corrupção será utilizado, no presente texto, como equivalente à improbidade.

À evidência, a abordagem deverá considerar o ordenamento jurídico vigente. Nesse passo, para além das virtudes técnicas que se percebem na Lei 8.429/1992 (também referida ao longo do texto como LIA ou Lei de Improbidade), será resgatado em momento próprio o direito fundamental à boa administração como bem jurídico a ser, plano primeiro, por ela resguardado. Dentro desse objetivo, serão examinados como fatores de influência para o êxito de tal missão os modelos de Justiça Administrativa predominantes na Europa (em termos mais estritos, os modelos de inspiração alemã) e no Brasil, além do contexto histórico de elaboração da LIA.

Não se cuidará de trazer uma discussão aprofundada sobre as implicações advindas de um arcabouço normativo e institucional que negligencia o fortalecimento dos organismos

administrativos e o desempenho eficiente, pelos próprios, do dever-poder de coibir, prévia e concomitantemente, a prática da improbidade em seu domínio interno. O foco aqui, como já dito, está centralizado em metodologia de investigação, anterior ao ajuizamento da demanda, adotada pelos legitimados a figurar em juízo. Sem embargo disso, o confronto entre a opção política redundante na Lei 8.429/92 e o que seria um verdadeiro passo em direção à modernização institucional e a um modelo sistema de Justiça Administrativa equiparável ao modelo europeu de matriz alemã servirá de importante reforço para uma hipótese subjacente à inteireza do presente trabalho: a de que a aplicação isolacionista da LIA pode conduzir ao modelo de investigação que se acredita fadado ao insucesso sob a perspectiva da seletividade inerente ao instrumento de controle (evitando-se sua banalização e desgaste); da sanção adequada e do efetivo amparo à probidade e honestidade na condução do aparelho administrativo.

Na metodologia ora adotada, esse modelo, alvo de críticas, encontra sua identificação empírica em estudo de caso que confere ênfase especial ao o processo nº 0000350-05.2009.4.05.8501, intentado pelo Ministério Público Federal perante a 6ª Vara Federal de Sergipe, o qual espelharia uma conduta investigativa divorciada da preocupação de se apurar, mesmo indiciariamente, elementos de responsabilidade subjetiva daqueles que, ao cabo desse estágio anterior à propositura da demanda, são eleitos para compor o polo passivo do futuro litígio.

Secundariamente, foram coletadas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Tribunais Regionais Federais (TRF's) acerca do juízo de admissibilidade das ações de controle de improbidade, mediante pesquisa em seus respectivos *sites* oficiais com a utilização da expressão de busca “improbidade e recebimento”. Somando-se tudo, foram mais de mil resultados² e aqui serão apresentados dois de cada uma das referidas Cortes que seriam ilustrativos do modelo que se propõe investigar.

Nesse passo, esclareça-se, não foi realizado nenhum trabalho de alocação quantitativa dos resultados com o possível intento de demonstrar ou não a predominância deste ou daquele modelo investigativo. Não. O objetivo aqui resume-se a demonstrar sua existência e a relativa facilidade de sua identificação na aplicação prática da Lei 8.429, de 1992.

² Explicados pela reiteração de situações fático-jurídicas idênticas e alcance de casos outros que não guardam pertinência com o tema desta dissertação.

Respeitados os limites metodológicos, emerge como escopo inicial a pretensão de expor razões que evidenciarão uma conexão entre esse modelo de investigação da improbidade, o qual passa a ser designado como estratégico, objetivante ou excludente, e o nível de eficiência por ele alcançado no manejo das demandas judiciais de controle. Almeja-se, na sequência, apontar à necessidade de abandono desse modelo a partir de um suporte ético que determine a indispensabilidade de garantia mínima – concessão de oportunidade para a oitiva dos investigados - na fase extrajudicial de apuração. Por conseguinte, espera-se demonstrar razões bastantes para que o Judiciário vá além de um critério baseado exclusivamente em juízo de adequação formal e abstrata para o recebimento da demanda.

Pertence predominantemente ao campo da ética o arrimo teórico para a compreensão do que se pretende expor, porque o presente texto fatalmente irá desaguar em questionamento e sinalização de opções valorativas que as instâncias envolvidas no controle judicial da improbidade encontram inicialmente ao interpretar o arsenal normativo que demarca suas respectivas atribuições investigativas e, no momento posterior, quando expressam a efetiva concretização de tais atribuições, isto é, com o comportamento que irão manifestar para dar por cumprida, em sua esfera institucional, a missão de que são encarregados.

Já foi dito, como hipótese geral, que a aplicação isolacionista da LIA poderia conduzir ao modelo de investigação que se acredita fadado ao insucesso sob três perspectivas diferentes (seletividade, adequada sanção e promoção da probidade). Deriva-se, dessa assertiva, à hipótese de que o modelo excludente de investigação revelaria um mero agir estratégico, tal qual definido por Jürgen Habermas no seu texto “Pensamento pós-metafísico” (1990), mostrando-se assim desgarrado da legitimação do Direito enquanto fonte de justiça, tal qual exposto pelo mesmo autor nos dois volumes do seu “Direito e democracia: entre faticidade e validade” (1997, V. 1; 2003, V. 2). O apoio no referencial habermasiano prossegue com os aportes dos seus “Verdade e justificação” (2004) e “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso” (1989) que levarão, enfim, a indagar se tal modelo estratégico teria como dominante a preocupação teórica de reforçar poderes praticamente inquisitivos das instâncias de investigação, resultando em uma postura prática de distanciamento imoderado com relação aos sujeitos investigados, tratados como meros alvos de incursões, sem que se demonstre maior zelo no sentido de se realizar levantamento de dados capazes de fornecer uma imagem mesmo indiciária da presença de dolo ou culpa nos eventos ímprobos dos quais eles, os investigados, serão apontados como protagonistas.

O pressuposto para uma possível revisão desse modelo partiria da assertiva de que a persecução, a contenção e a punição da improbidade, deve mirar a ilicitude que, embora extrapenal, possa ser reconhecida como substancial ou qualificada, cujo peso recaia sobre elementos capitais à escorreita atuação administrativa. Nessa esteira, a atividade preliminar de investigação da improbidade não poderia ser dissociada dos correntes significados e impactos de Democracia e Estado de Direito, exigindo, por conseguinte, um agir procedimental aberto à verificação e valoração das condutas investigadas sob o prisma de todos os interesses juridicamente relevantes envolvidos, a fim de se apartar, em termos transparentes e sujeitos a contraste, a mera irregularidade da verdadeira improbidade, ao mesmo tempo em que se possibilitaria angariar elementos cruciais para a viabilidade e êxito da fiscalização a ser exercida.

Desdobrando-se essa premissa, acredita-se que a banalização de tal ferramenta de controle - quer pela carência de elementos essenciais à sua viabilidade, quer ao ser desvirtuada para cuidar da simples irregularidade – autorizaria críticas à sua legitimidade, interferiria na concentração de esforços para a correção das ilegalidades substanciais, favoreceria a percepção social de impunidade, encorajaria o maltrato à execução das políticas públicas promotoras de direitos fundamentais e, por decorrência, fragilizaria a lisura e eficiência na realização dos gastos públicos.

Em sentido intimamente correlacionado ao já exposto, cogita-se que a postura do Judiciário, no momento em que se exerce o juízo de admissibilidade da demanda (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92), estaria contribuindo involuntariamente para o resultado geral pouco expressivo do combate à improbidade. Justificando-se no princípio de efetividade da tutela e de amplo acesso à fase judicial de controle, o Judiciário tem se mostrado avesso a exercer, quando da decisão sobre o recebimento da inicial, um teste de chances mínimas de êxito real e adequado da futura lide a partir de uma análise mais rigorosa dos achados e das providências empreendidas na fase preliminar de investigação, preferindo dar seguimento a litígios que em boa parte serão julgados improcedentes ou desaguarão em tutelas sancionadoras francamente insuficientes justamente porque não se dispõe de elementos que poderiam e, mais ainda, deveriam estar presentes ao cabo do estágio preliminar de investigação.

O caminho que se apresenta como possível alternativa está na substituição do agir estratégico pelo agir comunicativo, nos termos propugnados por Habermas (1990), para que os investigados, na fase preliminar de apuração de improbidade, sejam vistos pelas instâncias

diretamente legitimadas ao ajuizamento da demanda como sujeitos de direitos que são, mesmo ocupando seu polo passivo, e nessa condição tenham acesso a garantias mínimas - especialmente o direito de serem ouvidos - sendo-lhes franqueada a legítima oportunidade de interagir e influenciar, primeiro, a decisão dos investigadores, legitimados ativos, quanto ao ajuizamento ou não da demanda; segundo, de permitir ao Judiciário um crivo mais consistente acerca do lastro de justa causa para o seguimento da demanda. Enfim, tudo confluindo para um discernimento mais crítico e refinado quanto aos casos que merecem ganhar a via judicial de controle para que recursos, tempo e talentos não sejam absorvidos pelo que seguramente não deveria ser considerado foco de combate à improbidade em juízo.

Buscando apoio constante no referencial ético e teórico tantas vezes mencionado, o texto passará por três momentos sucessivos. De logo, versando sobre o que se poderia considerar o vértice da facticidade, será exposto o problema da corrupção tanto em escala global como local a partir de estudos e dados oficiais; haverá cotejo entre o modelo de Justiça Administrativa de matriz “alemã”, predominante no continente europeu e o verificado no Brasil; o contexto histórico de elaboração da LIA e seu encaixe no arranjo institucional e legislativo merecerão considerações; será, ainda nesse momento, examinado o processo nº 0000350-05.2009.4.05.8501, originário da 6ª Vara Federal de Sergipe (Capítulos 1 a 3). Feito isso, adentrando no campo da validade, haverá espaço e ocasião para tratar dos fundamentos jurídicos e ideológicos que apoiam o chamado modelo de investigação objetivante (Capítulo 4). Finalmente, ingressar-se-á no domínio da validade, reservado às críticas e às razões de abandono desse modelo (Capítulos 5 e 6), encaminhando-se as conclusões que tentarão sintetizar os argumentos anteriormente abordados e esboçar um roteiro para o caminho que se considera eticamente adequado.

Separar o joio do trigo. Justificação da decisão que habita o ato de propor uma demanda de controle da improbidade pelo caminho procedural que leva ao entendimento e que não se contenta com a simples imposição; imposição cujo sucesso (nem sempre admitido) reside tão-só na mecânica transferência, ao Judiciário, de todo o trabalho de apuração da improbidade. Humanização. Eficiência. Uma ética que prestigie interpretação de leis e normas em sua dimensão moral, em respeito às finalidades práticas, vivas, que pretende alcançar na regulação das relações intersubjetivas que orbitam a gestão de bens públicos materiais e imateriais, nas relações entre investigadores e investigados, controladores e controlados. Sobre isso, enfim, fala o presente estudo.

1 IMPROBIDADE: NEGÓCIO MUNDIAL, ESPECIALIDADE NACIONAL

A improbidade, razoavelmente compreendida por uma designação capaz de abarcar manifestações de corrupção a envolver agentes do setor público ou governamental, não se confina a territórios, nem a exclusivismos culturais ou antropológicos.

Sem minimizar o impacto dessa assertiva, melhor decomposta em suas razões fundantes no tópico imediatamente seguinte, como produto final deste capítulo pretende-se o retrato do marcante e, mais, determinante peso das práticas ímprobas no Brasil, por elas tão recorrente e intensamente assediado no plano doméstico que logra alcançar uma triste posição de destaque no painel global das nações mais afetadas pela corrupção no mundo.

Lamento sobre lamento, como se verá, a manifestação da improbidade não é estéril, mas assustadoramente fecunda, multiplicando indicadores negativos em campos cruciais de conexão entre atividade do Estado e vida social.

1.1 *Global Witness*, SIEMENS e a improbidade como mercado de facilitadores globais: isso interessa à minha aldeia?

Global Witness é uma organização não-governamental, sediada nos Estados Unidos da América e com escritório também no Reino Unido, devotada nos seus dezenove anos de existência à verificação, exposição e combate de práticas de corrupção por todo o mundo. Enfatizando, sob esse ângulo, o papel de atores governamentais, de agentes econômicos globais e a tomada abusiva de recursos naturais como mecanismo de concentração de riquezas e aprofundamento de desigualdades sociais.

Charmian Gooch, diretora da *Global Witness*, fez de sua fala na *TEDGlobal conference* (2013) uma rápida, porém rica exposição de como membros do setor público, ocupantes de postos estratégicos na máquina administrativa de seus países e recebendo

remunerações oficiais nada extravagantes, associam-se a agentes econômicos (mineradoras, petrolíferas, bancos, construtoras e outros) para um jogo de extorsão de riquezas naturais em proveito próprio, permitindo, aos primeiros, o acúmulo de fortunas impensáveis para o seu padrão profissional e remuneratório, e aos segundos, a consecução de negócios de alta lucratividade.

E o restante da população local? Bem, segundo a expositora, a população local não é convidada para a partilha dos recursos naturais de seus países. Olvidados, muitos dependendo de ajuda humanitária que aplaque a urgência da fome e dos males imediatos de saúde.

Passando por exemplos como o do Turquemenistão na era pós-URSS, em que seu então presidente vitalício Saparmurat Niyazov gastou cerca de 12 (doze) milhões de dólares em 1998 para, no ápice do culto à personalidade, construir uma estátua de si próprio feita de ouro; o da Guiné Equatorial, país que desde 1990 exporta grande volume de petróleo, tem renda *per capita* equivalente ao de Portugal, mas cuja população vive em estado de extrema penúria enquanto o filho do seu mandante maior, ocupando cargo público retribuído com algo em torno de 7.000,00 dólares mensais, compra, além de outros bens suntuosos, mansão de 30 (trinta) milhões de dólares nos Estados Unidos da América e adquire coleção de arte avaliada em 18 (dezoito) milhões de euros; a associação desses e outros fatos similares a paraísos fiscais, terceiros interpostos e empresas mundiais, como a Shell e HSBC; enfim, por tudo isso, defende-se como patente e inquestionável a existência de uma grande rede de corrupção em escala global.

Na linha de pensamento empunhada pela *Global Witness*, o diagnóstico e a repressão da improbidade tem como passo primordial a desconstrução do mito de que sua ocorrência diz respeito e afeta somente os segmentos sociais mais próximos e imediatamente conectados aos fatos, chamando-se atenção para o alcance difuso e repercussivo de suas consequências e por isso ditando a necessidade de se substituir a retórica do distanciamento por ações de efeito prático.

No Brasil, a lição da *Global Witness* sobre as implicações locais de práticas ímprobas estruturadas internacionalmente deve ser observada com a atenção de quem procura tratamento para os próprios males. Para citar apenas um caso, em 2013 foram veiculadas notícias sobre grande esquema que envolveria, possivelmente, empresas transnacionais e agentes públicos ligados ao governo do Estado de São Paulo e do Distrito Federal que agiriam

em conluio para fraudar licitações relacionadas ao sistema público de transporte metroviário daquelas unidades da federação.

Conquanto ainda em fase extrajudicial de investigação e, por isso mesmo, sendo impossível falar no momento em efetivos responsáveis, merece transcrição reportagem de Bruno Ribeiro, Jamil Chade e Marcelo Gody, publicada na versão *online* de O Estado de São Paulo (2013), justamente por reproduzir na prática, integralmente, as constatações sustentadas pela *Global Witness*:

A Justiça alemã concluiu que a Siemens pagou pelo menos 8 milhões de euros, o equivalente a R\$ 24,4 milhões, a dois representantes de funcionários públicos brasileiros, como parte de um amplo esquema de corrupção em contratos públicos no Brasil. Os dados fazem parte da investigação conduzida por promotores em Munique e que resultou na condenação, em 2010, da empresa alemã ao pagamento de uma multa bilionária. O caso brasileiro, segundo a Justiça alemã, ajudou a comprovar o esquema internacional de corrupção da multinacional. O Estado teve acesso a documentos que a Siemens apresentou à Justiça no Brasil, e eles mostram a ação de dois consultores para a manutenção do cartel e a fraude contra os cofres do governo de São Paulo entre 2001 e 2002, durante o primeiro mandato de Geraldo Alckmin (PSDB). Trata-se dos irmãos Arthur e Sérgio Teixeira - este já morto. O Estado procurou Arthur. Em seu escritório em São Paulo, uma secretária informou que ele estava viajando. A Siemens reafirmou nesta terça-feira, 6, que colabora com as investigações do caso. Eles eram proprietários das empresas Procint e Constech. Em setembro de 2001, Everton Rheinheimer assumiu a direção da divisão de transportes da Siemens. Na época, estava em andamento a licitação para a reforma dos trens S2000, S2100 e S3000 da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM). Em reunião na sede da Alstom com as demais empresas acusadas de compor o cartel, Rheinheimer, desconfiando que queriam passar a Siemens para trás, afirmou que a alemã não dividiria a licitação S3000. Disse, então, que faria uma proposta competitiva para ganhar o contrato de R\$ 55 milhões (valor atualizado). = Dias antes da entrega para o governo das propostas para os projetos S3000 e S2100, o executivo disse que foi procurado pelos consultores. Queriam que ele se encontrasse com as outras empresas - o que ocorreu. Só um representante de cada empresa - Siemens, Alstom, CAF, Bombardier, Mitsui e Temoinsa - participou. Na reunião ficou acertado que a Siemens venceria a licitação S3000. "As outras empresas competidoras apresentariam preços superiores à proposta das Siemens e bastante próximas do orçamento da CPTM, como propostas de cobertura", escreveu Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, superintendente-geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), do Ministério da Justiça, em documento sobre a denúncia apresentada pela Siemens. Em troca, as demais dividiriam a S2100 da CPTM. Arthur e Sérgio Teixeira são suspeitos de serem a ligação entre as empresas do suposto cartel e os diretores do Metrô e da CPTM. As empresas dos consultores foram apontadas em denúncia apresentada por deputados do PT em 2009 ao Ministério Público Estadual (MPE) como o elo entre o cartel e empresas offshore no Uruguai. = Os promotores desconfiam de que o pagamento de propinas a agentes públicos era feito naquele país por meio de offshore: a Leraway e a Gantown. Na investigação da Justiça alemã sobre a Siemens, a procuradora alemã, Hildegard Baeumler-Hoesl, constatou que o dinheiro enviado ao Brasil entrava no País por meio de contas abertas no Uruguai. Em Montevidéu, consultorias recebiam o dinheiro da Siemens, antes de transferir os recursos para as contas dos brasileiros. = A prática, segundo a investigação, segue um padrão mundial de pagamento de propina pela Siemens. Uma consultoria emite notas por um suposto trabalho e a Siemens paga. O problema é que esse trabalho não existia, e o dinheiro dessas consultorias seguia para o bolso de agentes públicos ou lobistas. = O Tribunal de Munique não revelou os nomes dos brasileiros acusados. No total, a

Siemens pagou US\$ 1,3 bilhão em subornos no mundo. O caso envolveu mais de 300 agentes públicos e 4,2 mil transações suspeitas na Argentina, Bangladesh, Brasil, China, Grécia, Hungria, Indonésia, Israel, Itália, Malásia, Nigéria, Noruega, Polônia, Rússia e Vietnã. A Siemens pagou nos EUA multa de US\$ 800 milhões e na Alemanha, de US\$ 533,6 milhões.

Nesse ponto, embora gerada a partir de uma visão macro do problema, as análises aqui reproduzidas trazem subsídios perfeitamente extrapoláveis para a visão micro, do varejo, da improbidade que não se produz necessariamente nos governos centrais e com a ajuda de facilitadores globais em grandes transações, mas aquela que, em especial no Brasil, está pulverizada no âmbito dos municípios, a usurpar recursos de origem federal transferidos para o custeio de serviços públicos estratégicos. À medida em que tais eventos contaminam a cadeia de executores desses serviços públicos, sorvendo parcelas e parcelas de recursos, o resultado final, no conjunto da obra, revela um quadro generalizado de deficiências, falhas e ausências do Estado (Administração) diante da sociedade como um todo.

Os caminhos e os descaminhos da improbidade, no centro do mundo capitalista ou no modesto vilarejo que sobrevive exclusivamente de benefícios previdenciários e transferências da União, sob tal ponto de partida, parecem idênticos e assim podem ser resumidos, mesmo provisoriamente: o problema é de todos, a todos afeta e nada vai mudar enquanto não se admitir isso em termos práticos.

1.2 Por falar na minha aldeia, no Brasil e nos municípios (notadamente os pequenos)

Quando se olha para o Brasil, para os seus quatro quantos pontilhados pelos milhares de municípios, não se conseguem notícias verdadeiramente positivas sobre controle e repressão da improbidade. Na verdade, esbarra-se em uma evidente comunicação entre (a) indicadores desfavoráveis de desenvolvimento social, (b) pressão de demandas no Judiciário para a concretização de direitos dependentes de atuação estatal e (c) elevados patamares de corrupção, falta de transparência e dificuldade para acompanhar e reaver recursos públicos que não chegam ao seu devido destino.

Observação, a propósito, de Simone Barbisan Fortes (2012):

A despeito de ter-se afirmado a necessidade de abordagem do fenômeno corrupção para além de seu viés econômico, bem como do pressuposto de ofensa moral ao interesse público para sua ocorrência, condição mesmo para que seu combate possa surtir efeitos, não se pode ignorar que uma das dimensões mais perceptíveis de sua operação é justamente aquela que se dá sobre o patrimônio público. Uma abordagem pragmática não pode, pois, ignorar que os efeitos nefastos da corrupção produzem um ferimento à coisa pública, que têm um custo expressivo e que este - fugindo-se da visão que assimila a apropriação indevida da coisa pública à apropriação da coisa privada - tem um valor extremo (para além do econômico) que pode ser expresso, de forma clara, em diminuição na qualidade de serviços públicos quiçá essenciais e, via reflexa, podem mesmo importar na restrição/violação de direitos fundamentais.

Com efeito. No vértice do encontro entre a força normativa da Constituição e a dimensão substantiva da democracia, colocam-se os direitos fundamentais consagrados a partir da 2ª geração ou dimensão, distinguidos por sua efetivação carecer de prestações positivas do Estado. Saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, dentre outros vários espalhados pelo vigente texto constitucional brasileiro, revelam-se incumbências do aparelho público cuja seriedade e relevância são acusadas já com a leitura dos seus artigos 1º e 3º, operando como verdadeiros elos entre as justificativas fundantes e as justificativas teleológicas do Estado.

Esses direitos fundamentais costumam ser vistos como corolários do princípio da dignidade da pessoa humana, variando-se posições quanto à sua afetação restrita ou não à garantia do mínimo existencial (TORRES, 2003; RAWLS, 1995; SARLET, 2002).

Por tamanha relevância, impossível tomar como surpresa o fato de estar sendo mais e mais provocado o Judiciário a decidir sobre a concretização de direitos fundamentais, dando resposta a pretensões cujo significado implica viabilizar acesso a bens e interesses basilares cuja disponibilização, a princípio, estaria inserida na esfera de atribuições de outros poderes (funções), mas cujo acesso pela população é tormentoso e alcança um consenso dramático, apoiado em estatísticas, a respeito de sua precariedade (BARCELLOS, 2007, p. 599-635). Por isso mesmo, sem embargo de sua justificação pelo atual constitucionalismo, a intervenção do Judiciário para a concretização substitutivo-impositiva dos direitos prestacionais ocorre em ambiente marcado pela constante tensão derivada de antagonismos baseados na idéia clássica de separação de poderes e na chamada “reserva do possível” (AMARAL, 2001; HOLMES, SUNSTEIN, 1999; POSNER, 1988)

Todavia, para além da concretização judicial substitutivo-impositiva, existe vasto campo em que o aparelho administrativo, embora “aparentemente agindo” *sponte propria* a fim de dar satisfação a tais direitos, não logra atingir razoavelmente resultados esperados e necessários. Em sua vertente mais preocupante, a frustração dessas atividades liga-se, na origem, a práticas ilícitas configuradoras de improbidade administrativa, cujo controle e repressão desembocam, igualmente, no Judiciário.

Noutras palavras, o controle da improbidade não se confunde, não se coloca com primazia nem em inferioridade e não exclui a concretização judicial substitutivo-impositiva. Tão relevante quanto, irmana-se estrategicamente para a consecução, ao fim e ao cabo, de um propósito comum, qual seja, tornar realidade os preceitos constitucionais voltados à emancipação humana, mostrando-se, enquanto método repressivo de fiscalização, importante e necessário sobretudo em um país como o Brasil, considerado pela *Transparency International* (2010) como palco de níveis críticos de corrupção, ocupando a 69ª posição de um ranking de 178 nações avaliadas quanto à transparência e controlabilidade dos atos estatais .

Observando-se no Brasil um quadro sócio-político de tamanho hiato entre o programa constitucional de direitos fundamentais prestacionais e sua claudicante realização prática pelo aparelho público, a probidade nas despesas públicas encampadas a pretexto de satisfazê-los não é só importante, mas verdadeiramente crucial. No duelo entre a realidade exaurível do orçamento e o nada modesto universo de necessidades, dificilmente se conseguirá levar a bom termo a concretização desses pilares de emancipação humana, a despeito da intervenção judicial substitutivo-impositiva, na ausência de um modelo de fiscalização efetivo e qualitativamente relevante no que diz respeito ao correto emprego dos recursos que, por decisão do próprio aparelho administrativo, são alocados a pretexto de executar ditos comandos constitucionais.

No palco das transferências voluntárias da União para outros entes do concerto da federação, percebe-se uma expressiva disponibilização de recursos para o cumprimento de inúmeros projetos de atuação relacionados com os direitos fundamentais positivos. Apenas em um único exercício financeiro, a base de dados pública e oficial do Ministério da Fazenda (2010) informa que Estados e Municípios receberam cerca de 14 bilhões de reais (exatamente R\$ 13.948.831.000,00) para a execução de cerca 80 (oitenta) políticas públicas específicas.

Quer isso dizer que a aplicação proba de tão significativa quantia poderia refletir na melhora dos índices de acessibilidade aos bens que se desdobram dos direitos fundamentais prestacionais.

No entanto, pelo que os dados permitem inferir, nos limites deste tópico, atualmente é ainda difícil falar em sistema de controle capaz de garantir operacionalmente, mesmo por pressão dissuasória, a legítima utilização dos citados recursos. Levantamentos e projeções divulgados pelo portal eletrônico Yahoo (2011) estimam que o Brasil abrigue algo entre 26% e 46% de todo o volume de capital movimentado pela corrupção no mundo. De acordo com Jailton de Carvalho (2011), a Advocacia Geral da União - AGU admite que só conseguiu reaver 8% do montante desviado pela corrupção em um período de sete anos, ao tempo em que aponta para a circunstância de que os órgãos encarregados do primeiro estágio de fiscalização e acompanhamento levam até uma década para identificar eventuais ilícitos e propor sua repressão.

O Turquemenistão, Guiné Equatorial e o mundo estão, sim, por aqui, mesmo perigosamente dissimulados em pequenas doses homeopáticas que isoladamente podem não ganhar manchetes mundiais, mas juntas fazem escoar, desaparecer, quinhão expressivo do orçamento público e dão um colorido depreciativo à imagem do Brasil entre os seus pares.

2 O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO, JUSTIÇA ADMINISTRATIVA E O CONTEXTO HISTÓRICO DE ELABORAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE

Se a corrupção, invariavelmente qualificada como improbidade, é um negócio mundial e especialidade nacional, se a improbidade em escala mundial comunga de fatores e condicionantes idênticos ao da improbidade capilar, há de se dizer que no Brasil o ordenamento jurídico, desde a matriz constitucional, concebe instrumentos para o bloqueio e devida repressão de práticas ímprobas.

No arrasto da Constituição de 1988 – dona de um generoso leque de remédios processuais nela mesmo previstos para a salvaguarda de direitos e interesses em juízo - advieram logo em seguida o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), uma atualização parcial da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e a Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei 8.429/1992)³.

Como se verá, é direito fundamental o direito à boa administração da máquina pública, bem jurídico este cujo resguardo encontra inegável encaixe no escopo da LIA. Mas para além de se enaltecer a aparente rigidez e severidade deste diploma legal, cumpre indagar criticamente alguns fatores de peso na distância maior ou menor entre a promessa do texto e a consecução de seu propósito – que não é o de punir por punir, mas o de assegurar o direito à boa administração. Sem a pretensão de elencar exaustivamente ou de graduar a relevância dos ditos fatores, dá-se espaço, aqui, ao papel que nesse jogo possam desempenhar o modelo de Justiça Administrativa adotado no Brasil (com as consequentes implicações sobre a efetividade da tutela judicial) e o contexto histórico de edição da LIA.

2.1 Algumas palavras sobre Justiça Administrativa, o modelo alemão e o direito à boa administração sob o enfoque europeu

³ Esses diplomas legais dariam corpo a um microsistema processual que, diferentemente do processo civil classicamente concebido para dirimir litígios entre particulares, teriam em mira a tutela de direitos coletivos ou difusos, que seriam de interesse comum da sociedade ou de grupos sociais.

Justiça Administrativa remete à ideia de arquitetura institucional destinada a solucionar conflitos jurídicos que envolvem o Estado e cidadãos, tendo como ponto cardeal, ao menos na atualidade, a proteção dos direitos e garantias fundamentais (liberdades públicas).

Marta Cristina Simões da Rocha explana (2012, p. 09):

A Justiça Administrativa, que pode ser definida como um institucional ordenado normativamente à resolução de questões de direito administrativo, nascidas de relações jurídico-administrativas judicial, para serem julgadas segundo um processo específico (ANDRADE, 2007, p. 9, grifo no original), a que também se pode dar a designação tradicional de contencioso administrativo, tem como um dos seus núcleos essenciais, em função da sua finalidade, a garantia das posições jurídicas subjetivas dos particulares. O que caracteriza e distingue esta das demais áreas de Direito é a especial interdisciplinaridade e, cada vez mais, multidisciplinaridade que lhe subjaz, ultrapassando as divisões entre os diferentes ramos de saber tradicionais para se atingir uma mais abrangente e correta compreensão dos problemas em questão visto que convoca, não só conhecimentos jurídicos, mas também outros diversos ramos do saber para além do Direito, como é o caso da Economia, da Ética, da Engenharia, da Técnica e de outras ciências naturais e sociais, gerando-se uma interdependência estreita. Note-se que a diversidade de matérias abrangidas pela Justiça Administrativa impõe uma tutela diferenciada pelo Poder Judiciário, em razão da sua natureza e das próprias características, considerando-se que para tal o processo, dada a sua instrumentalidade, deve sofrer uma evolução e adequação às particularidades do direito material, para assim se tornar apto a garantir o direito específico em causa, através de regras processuais apropriadas. Assim, como relembra Lédo (2010, p.25), “para que o processo possa alcançar sua máxima eficiência, seu procedimento e suas regras devem ajustar-se às peculiaridades dos sujeitos, do objeto e da finalidade.”

Ainda sobre o seu significado e alcance, seguem as palavras de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (2012):

[...]A expressão “contencioso administrativo” se relaciona com as reclamações ou impugnações de uma pessoa privada contra comportamentos de uma autoridade administrativa. A expressão “jurisdição administrativa” serve para designar a prestação jurisdicional destinada à solução de um contencioso administrativo, e “justiça administrativa”, aos órgãos estatais responsáveis por essa atuação jurisdicional.[...] Quanto ao alcance da justiça administrativa, primeiramente, devemos indagar sobre o principal papel dos seus princípios e normas específicas. Por que deveria o legislador cuidar de maneira diferente da organização dos tribunais responsáveis pela jurisdição administrativa? Por que deveria o legislador dispor de modo específico sobre o processo judicial das causas afetas à justiça administrativa? Com efeito, a instituição de órgãos jurisdicionais especializados, compatível com uma concepção de jurisdição de qualidade, e a consagração de princípios e regras específicas de justiça administrativa que considerem, de um lado, a fragilidade do cidadão em relação à Administração e, de outro, a ponderação entre o interesse público e o privado, são medidas que objetivam – a um só tempo – assegurar uma tutela judicial efetiva à proteção dos direitos do cidadão e ao controle de legalidade da Administração Pública.

Vem da Revolução Francesa de 1789 a raiz melhor definida do contencioso administrativo, institucionalizando o princípio da separação dos poderes e a subordinação da

máquina administrativa à legalidade e, por conseguinte, a sindicabilidade judicial dos atos administrativos. No modelo de inspiração francesa, destacam-se a figura do Conselho de Estado, órgão não pertencente ao Judiciário, mas que observava para a resolução dos litígios a ele submetidos um procedimento aberto ao contraditório, de vocação objetivista, uma vez que seu foco precípua incidia sobre a defesa da legalidade.

Após a Segunda Grande Guerra, o maior expoente de influência sobre o modelo de Justiça Administrativa em todo o mundo é a Alemanha, cuja tônica, diferentemente da concepção presente à época da Revolução Francesa, é a defesa dos direitos dos indivíduos diante da Administração.

Veja-se, novamente, Marta Cristina Simões da Rocha (2012, pp. 20-21):

Outro dos modelos marcantes de contencioso administrativo e que, hoje em dia, exerce influência sobre os sistemas jurídico-administrativos por todo o mundo, é o “modelo Alemão”, que se desenvolveu sobretudo após a II Guerra Mundial, por influência das concepções anglo-saxónicas, com o surgimento de novas pretensões de proteção jurisdicional plena e efetiva dos administrados, traduzida na Lei Fundamental do País. Este modelo tinha como finalidade principal “a densificação substancial e procedimental da fiscalização judicial da actividade administrativa, designadamente no que diz respeito à limitação dos poderes discricionários” (ANDRADE, 2007, p. 20), assumindo -se como um modelo predominantemente subjetivista. Assim, para garantir a proteção judicial efetiva das posições jurídicas subjetivas dos particulares, instituíram-se vários meios de ação de jurisdição plena, que iam muito além do recurso contencioso como regra e da limitação do princípio da enumeração dos atos sindicáveis. Para além disso, atribuíram-se ao juiz vários e efetivos poderes de decisão, para além dos tradicionais anulatórios (declarativos, condenatórios e cautelares), sobre todos os assuntos de caráter público. Ao mesmo tempo, acentuaram-se diversos aspectos subjetivistas no processo administrativo, nomeadamente, a nível da legitimidade, dos poderes e deveres processuais das partes, do uso de meios cautelares, dos efeitos e da execução de sentenças judiciais e, ainda, dos limites do caso julgado; transformando-o, assim, num verdadeiro processo de partes. Em conclusão, no contexto do desenvolvimento do Estado de Direito, assistiu-se à criação de uma verdadeira Justiça Administrativa, subordinando toda a atividade administrativa, mesmo a que atuasse dentro da discricionariedade, ao direito e atribuindo a competência exclusiva a tribunais, em regra organicamente separados da jurisdição comum, para conhecer de todos os litígios emergentes de relações administrativas. Esta jurisdicionalização plena do contencioso administrativo, englobando tanto os aspectos materiais, como processuais e orgânicos, demonstrada de uma forma quase exemplar pelo “modelo alemão”, transformou-se na tendência geral observada, desde a segunda metade do séc. XX, na generalidade dos países

À evidência, guarda-se íntima relação entre o modelo de Justiça Administrativa adotado e a percepção de efetividade do direito à boa administração pública, porque àquela cabe desempenhar a proteção deste.

Conforme Cíntia Morgado (2010, pp. 78-80), o ideal de boa administração começou a ser cultivado entre países integrantes da União Europeia (UE), merecendo alusões na doutrina e jurisprudência domésticas, e recebeu consagração normativa expressa, pela primeira vez,

com a Constituição Finlandesa de 1919 (art. 16), em capítulo dedicado a direitos gerais e proteção jurídica dos respectivos cidadãos. No plano do direito comunitário daquele continente, o paradigma da boa administração recebeu desenvolvimento inicial em termos negativos, ou seja, por cláusulas de interdições de práticas que contrariassem seu sentido, surgindo pela primeira vez como direito formalmente reconhecido na Resolução de 10 de junho de 1997, elaborada pela Comissão de Petições da UE. Finalmente, foi consagrado como tal pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice).

Vanice Regina Lírio do Valle (2010, p. 108) contextualiza a incorporação, pela Carta de Nice, do direito à boa administração:

A decisão de incorporação ao sistema de direito da União Europeia de um instrumento assecuratório de direitos fundamentais ocorreu a partir da reunião havida em junho de 1999, do Conselho Europeu de Colônia, que deliberou, dentre outros temas, quanto à oportunidade de elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo conteúdo foi traçado na mesma oportunidade: O Conselho Europeu considera que a Carta deverá abranger os direitos em matéria de liberdade e igualdade e os direitos processuais fundamentais, tal como garantidos na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros enquanto princípios gerais do direito comunitário. A Carta deverá ainda consagrar os direitos que apenas são outorgados aos cidadãos da União. Na elaboração da Carta, deverão ser igualmente tidos em conta os direitos económicos e sociais que se encontram consignados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (artigo 136º TCE), na medida em que não constituam apenas uma base para objectivos de acção da União. É importante compreender que tal opção política envolvia o reconhecimento em terreno europeu, de uma sensibilidade muito própria ao tema dos direitos fundamentais – pelas circunstâncias históricas sobejamente conhecidas e pelo imperativo de formação de identidade referidos. Na esteira da mundialização das questões de direitos, a internacionalização de cláusulas protetivas de direitos civis e sociais gera evidente pressão no sentido de edição, pela União Europeia, de normas de mesmo matiz. Some-se a isso a tradição constitucional de importantes Estados-Membros no sentido da proteção a direitos fundamentais e a reverência à centralidade da pessoa, nos compromissos constitucionais de países reconstitucionalizados ao final do século XX. Finalmente, o trabalho do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias – abordado mais detalhadamente na continuidade da presente pesquisa– evidenciava a necessidade de se estabelecer certa homogeneidade dentre os países membros, no tratamento de muitos dos direitos fundamentais mais conhecidos, cuja observância tinha implicações no funcionamento harmónico de alguns dos pressupostos da União Europeia, como a livre circulação de bens e pessoas. O ambiente apontava, portanto, para dissintonia, entre o mundo do Direito, no interior dos Estados-Membros e aquele da União, circunstância que favorecia a criação de um instrumento integrador, como a Carta de Direitos. O instrumento jurídico sugerido pelo Conselho de Colônia foi proclamado pelo Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 7 de dezembro de 2000, com a explicitação em seu art. 41, de um direito fundamental à boa administração, assim explicitado⁴: **Art. 41 – Direito a uma boa administração: 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte**

⁴ Destaque atual.

desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.” No último desdobramento mais relevante do processo de institucionalização da União Europeia, merece relevo a vigência do Tratado de Lisboa a partir de 1º/12/2009, que, embora não transcreva em seu conteúdo o dispositivo acima transcrito, reconhece expressamente à Carta de Nice, o mesmo valor jurídico dos tratados de estruturação da União Europeia, superando assim a discussão jurídica sobre a aplicabilidade de um instrumento que não nasceu sob a forma de Tratado, no âmbito dos Estados-Membros.

A preocupação europeia em dar densidade ao direito à boa administração pública não se esgotou em sua proclamação pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Reconhecendo sua feição principiológica, com formulação aberta, o Parlamento da UE teria endossado, por proposta do *Ombudsman* Europeu, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa (*European Code of Good Administrative Behaviour*).

Joana Mendes (2009, p. 1-6) explica que o “Código”, tal como é aludido, tinha três objetivos originais: concretizar regras e princípios cuja afronta daria ao *Ombudsman* a possibilidade de combater casos de má-administração; servir de guia para agentes e órgãos das instituições da Comunidade em seu relacionamento com o público e, ainda, informar os cidadãos sobre seus direitos e os padrões de conduta administrativa que poderiam exigir. Em sua conexão com o art. 41 da Carta de Nice, o “Código” apresenta um eclético conjunto de regras que dimanam de princípios vários, alguns dotados de autonomia em relação à ideia de boa administração (como proporcionalidade e não-discriminação) e outros até então desconhecidos por parte da comunidade jurídica da EU (dedicação ao serviço, correção e cortesia). Não se conformando a uma função explicitadora do mencionado art. 41, o “Código” trataria da boa administração pública em três camadas diferentes, cuidando de princípios gerais, regras procedimentais e regras substantivas.

Embora a Comissão Europeia não tenha encampado o gesto do Parlamento da UE e do *Ombudsman*, deixando de dar ao “Código” força cogente no âmbito da Comunidade europeia, Joana Mendes (2009, p. 1-6) frisa sua importância para a compreensão do alcance da boa administração no contexto do direito da União Europeia, podendo servir de guia para antecipar futuros desdobramentos nessa seara.

2.2 Justiça Administrativa no Brasil e contexto histórico de edição da LIA.

O que se pode atualmente entender por Justiça Administrativa, no Brasil, tem uma configuração sensivelmente diversa do contexto europeu, em que se destaca o “modelo alemão”, porquanto inexistente, a rigor, uma estrutura específica do Poder Judiciário, separada dos seus demais órgãos, devotada exclusivamente a solucionar litígios entre cidadãos e máquina administrativa.

Com relação à Justiça Federal brasileira, percebe-se certa proximidade com este aspecto conceitual, porque o art. 109, da CF/88, que define sua competência, traz ao seu âmbito de atuação as demandas em que figurem como partes os entes da Administração federal (direta e indireta, abrangendo todos os constituídos e regidos pelo direito administrativo; dentre os constituídos e regidos pelo direito privado, apenas as empresas públicas federais). Mas sucede que sua competência não se exaure nisso e a Justiça Federal também recebeu a incumbência de exercer a jurisdição em causas em que não se verifica, ao menos enquanto cerne imediato, litígio entre Estado e indivíduo.

No caso da Justiça Estadual, observa-se de forma recorrente a técnica de especialização interna de suas Varas ou Juízos, que costumam receber a designação de Varas de Fazendas Públicas e, com variações determinadas pelas legislações locais, detém competência em relação aos entes da respectiva Administração estadual equiparável - *cum grano salis* - à exercida pela Justiça Federal, nos termos acima delineados.

O denominador comum, porém, reside na absoluta ausência de um sistema processual concebido especificamente para atender litígios entre a corporação administrativa e cidadãos. Afora um ou outro diploma legal que possa, esparsa e parcialmente, dar espaço à matéria, como regra esses litígios vão ser manejados em consonância com a codificação geral de direito processual civil, conceitualmente pensada para solucionar contendas individuais entre particulares.

Nunca houve, em terras brasileiras, experiência assemelhada ao “modelo alemão”, do qual, como observado, constituem características tanto a existência de uma estrutura judicial distinta das demais como a presença de um regramento processual particularmente concebido para o exercício da jurisdição administrativa. Durante o período monárquico adotou-se, isso sim, um modelo fortemente influenciado pelo direito francês pós-revolução, com a figura do Conselho de Estado e da coexistência de um sistema dualista de jurisdição (justiça retida e

justiça delegada; critério do caso concreto; atos de império e atos de gestão), em que a proteção a direitos subjetivos estava longe de um sistema adequado de tutela (SILVA; GRECO, 2009). Com o advento da República, o modelo externo de maior influência passou a ser o norte-americano.

Esse o concerto institucional e legislativo, pois, em que se insere a Lei 8.429, de 1992. Devotada a promover a probidade no trato da coisa pública, ou melhor, a garantir a juridicidade (no sentido em que enriquece a noção de legalidade, para acrescentar como regentes da Administração uma gama de princípios outros além daquele), o citado diploma legal mantém íntima interconexão com a ideia de Justiça Administrativa e adequada proteção de direitos fundamentais - aí com especial, mas não única reverência ao direito à boa administração.

Diga-se, por oportuno, que a adequada proteção de direitos fundamentais é uma questão de duplo realce e de alta relevância para o estudo da LIA. Desde logo, são dois os direitos de tal tipologia que demandam equilíbrio protetivo com a sua aplicação: além do direito à boa administração, o direito fundamental a um tratamento procedimental e processual justo em favor do indivíduo que é colocado sob a mira de investigações fundamentadas nesse diploma legal ou mesmo sob potencial aplicação de suas sanções, com oportunidade de contraditório apropriada às características de cada etapa de imposição ou pretensa imposição.

Noutro norte e complementarmente, não se pode duvidar que o direito à boa administração pública é, peremptoriamente, um direito fundamental assentado e derivado do atual arcabouço constitucional brasileiro, dele decorrendo desde sempre, ainda que de forma implícita. Nesse sentido, sustenta Juarez Freitas (2007, p. 20):

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora dos seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas; a tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Mas o desenho da Justiça Administrativa brasileira não constitui o único ponto a exigir atenção para que, da Lei de Improbidade, possa frutificar um significativo reforço ao direito à boa administração.

Já foi visto que os índices de corrupção em solo nacional são desalentadores. Para a tentativa de se encontrar alguma explicação consistente acerca de tal realidade, não se pode

cair em reducionismos ou simplismos, pois merecem consideração diversos fatores, como bem salienta Simone Barbisan Fortes (2012):

Falar em corrupção, no Brasil, não soa como novidade. A palavra frequenta os mais diversos ambientes, correndo do linguajar coloquial ao versado e erudito. Tal disseminação quiçá esteja intimamente ligada - como causa ou consequência - a uma espécie de naturalização do fenômeno. Submetida há tanto tempo e com tanta frequência a práticas espúrias, a população, senão que bem as aceita ou admite, sente-se tão solapada que convive com certa apatia com elas. Essa anomia abriu, durante muito tempo, vias para que se perpetrasse uma ocupação do público pelo privado, em que interesses de poucos sobrepujam-se ao interesse da coletividade, em que negociatas escusas, cometidas entre servidores públicos (aí podendo estar incluídos agentes políticos) e pessoas privadas (físicas ou jurídicas), permitiram o acúmulo nas mãos de poucos, indevida e ilegalmente, de parcela significativa do patrimônio público. [...]No cenário local, como lembra Renato Janine Ribeiro (2000, p. 162), há uma tendência em nossa sociedade a considerar a corrupção como um traço cultural: "a identidade nacional passaria pela corrupção generalizada". A tese reinou e ganhou espaço na mídia nos anos 1990, indicando que o fenômeno corrupção não existiria sem uma cultura social corrupta, que aceitasse e endossasse, mesmo que tacitamente, a prática - visão que, na realidade, oferecia uma "leitura empobrecedora do fenômeno corrupção" (RIBEIRO, 2000, p. 163). Na mesma linha, Leonardo Avritzer e Fernando Filgueiras lembram que a opinião pública reconhece que a corrupção, no Brasil, seria endêmica (2011). Essa percepção, todavia, até mesmo pelos motivos acima já abordados, é evidentemente insuficiente para indicar a perpetuação dos episódios de corrupção em território brasileiro. Se bem identifica uma espécie de anomia social em relação ao fenômeno - aceitação quase silente da população às práticas políticas ímprobas -, certamente não a explica de forma adequada por ignorar todos os âmbitos perpassados por esse fenômeno. Interessante notar, com Renato Janine Ribeiro, que essa visão permitiu, de certo modo, uma "abordagem antropológica do fenômeno corrupção", indicando suas raízes profundas e, portanto, realçando que sua eliminação da vida política e social precisa enfrentar todas as ramificações, sendo evidentemente insuficiente um enfrentamento meramente voluntarista ou jurídico (RIBEIRO, 2000, p. 163). Nada obstante, "sua maior falha consiste em igualar a todos, ignorando os distintos graus de responsabilidade que há em torno da corrupção", o que "dificulta a ação política necessária para identificar e punir os principais responsáveis pela rede de corrupção, bem como para rastrear as instituições e os costumes que mantêm essa contrafação do Estado de Direito" (RIBEIRO, 2000, p. 164). A anomia ou paralisia social ante a corrupção, considerando-se seus múltiplos enfoques e suas mencionadas raízes profundas no cenário nacional, talvez seja melhor explicada por aquilo que Céli Regina Jardim Pinto chama de legitimidade da hierarquia das desigualdades (2011): o Brasil contemporâneo nos apresenta um sério desencontro entre os direitos constitucionalmente assegurados e as possibilidades concretas de sua fruição, de modo igualitário, pela população, desencontro que constitui a condição primordial para a normalização de tal hierarquia. Na medida em que as pessoas normalizam o fato de que direitos serão alcançados de forma distinta, hierarquizada, a diferentes camadas da população, legitima-se a hierarquia das desigualdades, que é justamente onde "habitam as condições de possibilidade da corrupção, do nepotismo e de outros ilícitos de natureza semelhante" (PINTO, 2011, p. 28).

Um dos fatores mercedores de revelo no processo de compreensão da LIA e que, nada obstante, por vezes é esquecido, remete ao contexto histórico – ou facetas do contexto histórico – de sua elaboração.

Retroceda-se até 31 de março de 1964. Havia menos de um século o Brasil deixara de ser uma monarquia para abraçar o modelo republicano e, quatro constituições depois, o país mergulhava em um período ditatorial que duraria mais de duas décadas.

Como a leitura da extensa obra de Elio Gaspari (2002) informa, foram crivados por restrições, em graus que variaram ao longo desse tempo, a liberdade de imprensa e de opinião, liberdade política e a independência dos poderes Legislativo e Judiciário. Falar em transparência e controle externo (social ou oficial) no manejo de recursos públicos, em tal capítulo da história nacional, é uma quimera. Se havia controle interno, havia nos moldes, extensão e intensidade que designava o bem-entender íntimo dos detentores do poder político.

Na verdade, afirmar ou não a existência de corrupção durante o mando ditatorial e, mais ainda, mensurá-la, é desafio para historiadores. O que se dá como certo, para o apetite desse escrito, é que um país ainda muito distante da maturidade institucional e sua sociedade incipiente em termos de experiência democrática viram irromper um relevante interstício de hibernação do *practice learning* que inspira a formatação de modelos participativos e acessíveis de controle da atividade estatal.

O calendário avança até 1989 e, com liberdades democráticas finalmente restauradas, o Brasil vai eleger, por voto direto de sua população, o candidato que pregava a redenção de todo mal da corrupção, cultivando vaidosamente o epíteto midiático de “caçador dos marajás”⁵.

Mas o curso dos fatos – e aqui já se ingressa no palco imediato de gestação da Lei 8.429/1992 – seria bem diverso. Fernando Collor não chegaria ao fim de seu mandato, alvo de acusações de corrupção que causaram seu *impeachment*.

Em dito sentido, iniciam o processo de desgaste do governo Collor as suspeitas de malversação de recursos públicos noticiadas pela Folha de São Paulo em 06 de fevereiro de 1991, apontando que a então primeira dama, Rosane Collor, teria promovido no comando da extinta Legião Brasileira de Assistência - LBA uma despesa de Cr\$ 66,5 milhões sem licitação (OLIVEIRA, 2013). Em junho do mesmo ano, outra reportagem do mesmo veículo de comunicação descreveria um novo episódio de idêntico teor ao que fora acima relatado (OLIVEIRA, 2013).

Edição eletrônica da Folha de São Paulo (2000) sequencia, entre maio de 1991 e maio de 1992, eventos envolvendo o então Ministro do Trabalho e da Previdência, Antônio Rogério Magri, em possível corrupção passiva, com recebimento de propina, quando da execução de

⁵ Epíteto pública e notoriamente atribuído a Fernando Collor de Mello.

obra pública custeada por verbas federais. Dentre os pontos de desfecho do caso, naquele interregno, destacam-se a exoneração do Ministro e apuração extrajudicial do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA do Distrito Federal a constatar um sobrepreço de 66% na referida obra.

De acordo com a página eletrônica oficial da Câmara dos Deputados dedicada aos 20 anos de *impeachment*, em maio de 1992 torna-se pública a acusação, formulada por Pedro Collor (irmão do presidente), de que Paulo César Farias (PC Farias) seria “testa-de-ferro” de Fernando Collor em uma rede de negócios escusos que envolveria tráfico de influência na administração pública. O Congresso instala uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI e, em um ambiente de intensa mobilização popular, de organizações da sociedade civil e da imprensa, deflagra-se formalmente em setembro de 1992 o processo de *impeachment* que resultaria no fim do Governo Collor no mês dezembro daquele mesmo ano.

Noutra senda, a Lei 8.429, de 1992, a LIA, vai ser germinada a partir de proposição apresentada pelo Poder Executivo ao Congresso em 16.08.1991, recebendo sanção presidencial em 02 de junho de 1992, logrando desde logo notoriedade pelo enunciado severo de suas sanções e pela promessa textual de amplo alcance. Sem embargo disso, dado o pano de fundo histórico de sua elaboração e surgimento, não seria despropositado questionar se os reais - mas nunca confessados - propósitos do governo da ocasião, ao patrociná-la, estariam mais próximos de um trabalho de imagem, misto de reforço do mito de intolerância à corrupção e tentativa de resgate de condições de permanência do poder ameaçado pela atmosfera de *impeachment*, mas sem nenhuma ligação real com qualquer gesto institucional sincero voltado ao aparelhamento eficiente dos instrumentos jurídicos de combate a tal espécie de ilicitude.

Tal indagação há de ser lançada porque em nenhuma altura daquele cenário fora apresentado um sistema que, por exemplo, promovesse o fortalecimento e independência de instâncias genuinamente internas, administrativas, para um controle prévio de qualidade e expedito das práticas de improbidade. O governo “pai” da Lei de Improbidade e alvo de diversas imputações caracterizadoras de tal prática ilícita não implantou mecanismos que caracterizassem o compromisso político e, noutra faceta, o dever-poder legal de a administração prevenir, combater e reprimir ela mesmo, com a veemência desejável, as ocorrências ímprobas que são levadas a efeito em suas entranhas.

Distanciou-se, desse modo, o nascente sistema de repressão à improbidade de um modelo ideal de Justiça Administrativa, no qual o papel do Judiciário estaria reservado sobretudo à garantia de direitos e liberdades dos administrados diante do Estado. Em

semelhante conformação modelar, não haveria muita lógica em se imaginar a Administração buscando, no Judiciário, a aplicação de sanções para ilícitos extrapenais ocorridos em sua própria casa. Ressalvadas sanções submetidas à cláusula de reserva jurisdicional – e no caso da Lei 8.429/92, a primeira impressão é de que somente a suspensão de direitos políticos poderia ser assim considerada, fora casos excepcionais de restrição à perda de cargos públicos – a Administração, mediante processo legítimo, poderia por suas próprias forças aplicar praticamente todas as reprimendas trazidas pelo diploma em tela, tocando ao Judiciário um controle posterior, já sobre o conteúdo da decisão administrativa que aplica ou deixa de aplicar uma sanção por improbidade.

Não se afirma neste trabalho, veja-se bem, o demérito da LIA por ter atribuído a persecução da improbidade ao Judiciário. Na realidade, impossível deixar de reconhecer que o Judiciário, diante do estado de coisas que não muito avançou desde então, está mais preparado ao exercício desse controle. O que se sustenta, e isso a partir das ideias conceituais sobre Justiça Administrativa, é que a ausência de providência no sentido de habilitar eficazmente a Administração à consecução do controle interno da improbidade deve ser compreendida como um sintoma de, no mínimo, negligência quanto à eficácia do diploma então recém-criado.

Mais ainda, ao se exonerar a Administração de uma função de verdadeiro relevo no controle da improbidade, transfere-se ao Judiciário todo o desgaste pelo *déficit* de êxito desse crivo e pela conseqüente percepção de impunidade. Muda-se o foco. O problema, aos olhos externos da sociedade, passa a não ser precisamente a existência de um aparelho administrativo contaminado pela corrupção, mas sim a falha do Judiciário em extirpar tal contaminação, chegando-se ao ponto de se atribuir a própria existência de corrupção às facilidades e oportunidades germinadas graças à debilidade do controle judicial.

Em suma: se a atual quadra de amadurecimento institucional no Brasil torna supostamente natural identificar o Judiciário como destinatário do quase exclusivo protagonismo como instância de decisão no controle da improbidade, a ausência de uma iniciativa séria, um passo inicial firme, em favor de se preparar a Administração adequadamente para o estágio prévio dessa seara de fiscalização e repressão recomenda que nunca seja olvidado o entorno dos acontecimentos em que a LIA foi gerada e de que, portanto, em sua concepção possa ter influenciado o desejo de que nunca alcançasse os objetivos para os quais fora oficial e aparentemente designada.

A propósito, leia-se novamente Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (2012):

[...] Todavia, é perceptível, na sociedade brasileira, a sensação de que direitos subjetivos não são respeitados pela Administração, e de que o Judiciário é lento e incapaz de reagir à altura (MATSUURA, 2009). Na realidade, os dados estatísticos

indicam que é crescente o número de conflitos envolvendo a Administração e, que, de forma proporcional, vem aumentando o tempo de duração para conclusão de um processo judicial, apesar de, paradoxalmente, as estruturas judiciárias crescerem, com igual aumento de despesas. É um sintoma de que algo não funciona bem. Com efeito, há uma distância ou defasagem temporal entre a legislação e a realidade da Administração Pública brasileira. Tentei demonstrar que grande parte dos conflitos decorrem de uma resistência da Administração, às vezes por falta de conhecimento, em cumprir os princípios fundamentais que estão concretizados nas normas de procedimento administrativo, espinha dorsal do Direito Administrativo. No Brasil, ainda hoje, após 15 anos da edição da Lei Geral de Procedimento Administrativo (Lei 9.784) e 25 anos da promulgação da Constituição, convive-se com uma Administração do tempo em que os atos administrativos eram ditados sem permitir a defesa e o contraditório prévios. O despreparo generalizado dos servidores públicos tornou-se notório, quando, semanas atrás, entrou em vigor a nova lei de acesso às informações. Os periódicos, inclusive do próprio governo, noticiavam a surpresa dos servidores públicos: que lei de acesso é essa? (BRUNO et al., 2012) [...] Nesse cenário de adversidades, com uma cultura e mentalidade no passado, consideraria precipitado e mesmo temerário, em um primeiro momento, aumentar o poder da Administração para solucionar contenciosos administrativos, restringindo ou admitindo o acesso à Justiça apenas em caráter subsidiário. Mas reconheço que – a médio prazo – o aperfeiçoamento das denominadas “autoridades administrativas independentes” é o caminho natural. Portanto, precisamos, sim, de uma reforma, mas, por ora/ não exatamente no Judiciário ou na legislação processual administrativa (judicial ou extrajudicial), mas inicialmente na própria Administração. Essa reforma deverá ser urgente e dizer respeito notadamente à qualificação e formação dos agentes públicos, quanto aos aspectos técnicos e principalmente éticos, combatendo igualmente a corrupção, e que leve a uma Administração eficiente, com credibilidade, e fortalecida como um verdadeiro terceiro Poder. Necessitamos de uma reforma que leve a uma Administração que não se esconda atrás da legalidade estrita, delegando comodamente ao Judiciário o reconhecimento de direitos baseados na Constituição e nas Convenções Internacionais de Direitos Humanos. E, finalmente, necessitamos de uma reforma que leve a uma Administração comprometida com o Estado de Direito e que, sem encostar-se no Judiciário, tenha a iniciativa de assegurar os direitos fundamentais.

Diante de tudo, percebe-se uma perfeita conexão entre o panorama acima abordado e uma das ideias nucleares que guiam o presente escrito, subjacente em todos os quadrantes. Deveras, o fermento histórico presente no nascimento da Lei 8.429, de 1992 e sua invocação por demais entusiasmada, embevecida com suas virtudes e indiferente às armadilhas ocultas sob a superfície do texto promissor, certamente podem contribuir para elucidar atuações quase robóticas na fase de investigação da improbidade. Atuações que, posteriormente, trarão carga à conta de insucessos ou de resultados insatisfatórios perante o escopo de prevenir e punir, na medida exigida, as práticas ímprobas. Atuações que, enfim, falhariam flagrantemente e com maior retumbância no concernente à efetiva proteção do direito à boa administração e ainda conseguiriam a proeza de não dar o tratamento devido a direitos fundamentais dos investigados e posteriores réus da ação de controle da improbidade.

Sobre tal raciocínio, retornar-se-á em momento oportuno.

3 DO PROCESSO Nº 0000350-05.2009.4.05.8501 DA 6ª VARA FEDERAL DE SERGIPE: ESTUDO ORIENTADO PELAS DECISÕES JUDICIAIS NELE PROFERIDAS.

Conforme assinalado, a principal base empírica do presente texto recorre, no plano principal, a estudo de caso centrado no processo nº 0000350-05.2009.4.05.8501 – com especial atenção às decisões judiciais⁶ nele proferidas. O processo foi intentado originariamente junto à 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe em 10 de novembro de 2009, tendo como pretensão principal, formulada pelo Ministério Público Federal, o reconhecimento da prática de improbidade administrativa e a aplicação das correspondentes sanções em desfavor de oito pessoas⁷ apontadas, nos termos da inicial, como participantes das infrações legais.

O território dos acontecimentos inseridos na demanda remetem ao município de Macambira/SE, que foi selecionado aleatoriamente pela Controladoria Geral da União – CGU para aferição do manejo local de verbas federais recebidas a título de repasses voluntários (ou seja, despidos de obrigatoriedade constitucional, a exemplo do que se depreende dos artigos 157 e seguintes- da Constituição Federal de 1988).

A pretensão da parte autora, no campo punitivo⁸, fora tipificada no art. 12, II e III, da Lei nº 8.429/92, cujos termos são os seguintes:

Art. 12. [...]

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

⁶ Os autos estavam, quando da obtenção de dados, em poder do Tribunal Regional Federal da 5 Região.

⁷ Porque nenhum prejuízo trará aos propósitos do presente texto, os ocupantes do polo passivo serão identificados apenas pelas iniciais de seus respectivos nomes, preservando-se assim sua privacidade.

⁸ Foram cumulados outros pedidos, como o de indenização por danos morais coletivos, mas não são relevantes ao âmbito do presente trabalho.

Ou seja, pressupondo a aplicação de tais sanções, a parte autora sustentava o reconhecimento de atos causadores de prejuízo ao erário (art. 10, da LIA) e violadores de princípios regentes da administração pública (art. 11, da LIA).

Como antecipado, a técnica investigativa adotada pelo MPF encontrava escoras exclusivas em relatório de fiscalização elaborado pela CGU, agindo esta no âmbito do Programa de Fiscalização de Pequenos e Médios Municípios por Sorteios Públicos (PFSP). Para bem ilustrar a natureza e o alcance vertical de tal atividade de controle, veja-se detalhada descrição fornecida por James Batista Vieira (2009):

O Programa de Fiscalização de Pequenos e Médios Municípios por Sorteios Públicos (PFSP) é uma das atividades da Controladoria Geral da União (CGU), órgão da Presidência da República, criada pela medida provisória nº. 222.143-31, de 2 de abril de 2001 cujas atribuições estão previstas na medida provisória nº. 103, de 30 de dezembro de 2002 (BRASIL 2001, 2003). A CGU cabe assistir ao Presidente da República nos assuntos relativos à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública e às atividades de ouvidoria geral. A atividade de controle interno é responsabilidade do governo federal expressa pelo art. 74 da Constituição Federal e a partir de 1994, foi centralizada na secretaria federal de controle interno, hoje integrante do sistema da CGU (BRASIL 1988).⁸ O Programa de Fiscalização em Pequenos e Médios Municípios a partir de Sorteios Públicos (PFSP), especificamente, foi adotado a partir de abril de 2003 e encontra-se na 28ª edição (sorteio realizado em 12 de maio de 2009). Até a 27ª edição haviam sido fiscalizados 1.461 municípios, correspondendo a 26,25% do total de municípios brasileiros (5.564 municípios) e englobando recursos públicos federais da ordem de R\$ 10,3 bilhões. (CGU, 2009b) Este programa de auditoria e fiscalização atua, principalmente, em políticas públicas voltadas ao saneamento básico, qualificação profissional, assistência social, turismo, alfabetização de jovens e adultos, núcleos de esporte, habitação e urbanismo, rodovias, inclusão digital, atenção básica à saúde, investimento de estatais em infra-estrutura e combate às secas. O trabalho do controle interno nesses municípios ocorreu tanto em programas e ações cujos recursos são repassados diretamente às prefeituras municipais, como, também, na execução de políticas públicas em que os recursos são aplicados diretamente por órgãos federais (manutenção da malha rodoviária executada pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT); repassados a órgãos estaduais (inclusão digital, projetos de turismo, etc.), a famílias (Bolsa Família) e a entidades não governamentais (alfabetização de jovens e adultos e qualificação profissional) do município. (CGU, 2009b) A escolha dos Municípios é feita aleatoriamente por meio do mecanismo de sorteio utilizado pela Caixa Econômica Federal para as loterias federais, assegurando a lisura no processo de seleção dos municípios. A cada sorteio são identificados 60 Municípios com até 500 mil habitantes a serem fiscalizados. Uma vez sorteado, há um período de carência de 12 sorteios para que o município faça parte da lista de municípios a serem fiscalizados. Nos pequenos municípios, de até 20 mil habitantes, são analisados os recursos federais investidos em todas as áreas programáticas do governo; nos municípios de porte médio, entre 20 e 500 mil habitantes, são analisadas as áreas de Educação, Assistência Social e Saúde, além de duas outras sorteadas em cada evento (CGU 2006). A cada sorteio, todas as informações referentes aos repasses de verbas federais aplicadas no município; além de informações sobre convênios firmados, denúncias feitas e suspeitas de irregularidades apontadas pela mídia são reunidas para análise. As ações de fiscalização perduram, em média, uma semana e, em geral, são analisados recursos repassados nos dois últimos exercícios financeiros. Os analistas de finanças e controle da CGU, após levantamento junto à população local sobre indícios de práticas irregulares, iniciam a análise de convênios, licitações, notas fiscais de compras, inspeção física de obras realizadas, funcionamento de órgãos de controle tais como o conselho de educação, realizam entrevistas junto ao público beneficiário

de alguns programas de governo, dentre outras ações (CGU 2006). O resultado destas atividades é o “Relatório de Fiscalização” de cada município, contendo todas as constatações de improbidade averiguadas, ao qual é dada ampla divulgação via Internet. Os relatórios são enviados diretamente a Prefeitura Municipal, Câmara de Vereadores, Promotores de Justiça do Município, Ministérios, Ministério Público Federal, Tribunal de Contas da União, dentre outros interessados. Estes relatórios forneceram os dados necessários à mensuração objetiva dos casos de malversação e apropriação de dinheiro público federal em âmbito municipal (improbidades), permitindo a realização de estudos comparados para detectar as possíveis condições associadas à má-gestão de dinheiro público.

Impossível não destacar, do texto reproduzido, as seguintes circunstâncias: a) em média, as ações de fiscalização perduram uma semana, recaindo sobre transferências de verbas federais realizadas nos dois últimos exercícios financeiros; b) analisa-se documentação, ouve-se a população local que deveria ser beneficiada pelos repasses, inspecionam-se órgãos e serviços; c) finda a atividade de fiscalização, produz-se um relatório que é encaminhado a alguns dos potenciais interessados (na condição de eventuais futuros demandados em ações de improbidade) e também a outras esferas de controle, dentre as quais algumas seriam legitimadas à propositura da pretensão de controle judicial.

Indisfarçavelmente, percebe-se desse quadro um modo de proceder fortemente sumário, destinado a identificar e a registrar, em brevíssimo espaço temporal (uma semana em média) práticas ímprobas envolvendo recursos federais recebidos nos dois últimos anos contados da atividade de fiscalização. Um crivo geral, de indisfarçável vocação inquisitiva, em que a oitiva dos personagens passíveis de futura responsabilização (inclusive por improbidade) é meramente accidental e não essencial, pois o seu foco dominante e quase absoluto pertence ao campo da materialidade objetiva de supostos atos de corrupção. Nesse sentido e lindes, poder-se-ia comparar a atuação da CGU – metaforicamente e sem embutir qualquer juízo de valor em tal comparação – a uma *blitzkrieg*.

Pois bem. De posse do “Relatório de Fiscalização” elaborado pela Controladoria Geral da União, o Ministério Público Federal arrimou a petição inicial voltada ao controle judicial de improbidade, dispensando a realização, por atividade própria, de quaisquer diligências complementares para a formação de seu convencimento e embasamento da decisão de efetiva e concretamente exercer a atribuição de propor a demanda.

Reproduzindo quase literalmente sobredito “Relatório”, alegou o MPF malversação de verbas federais referentes aos programas de repasses voluntários designados como PAB-FIXO E PAB - SANEAMENTO BÁSICO nos exercícios de 2004 e 2005 (aérea de saúde pública). No que atina com recursos referentes ao PAB-FIXO, asseverou a ausência

generalizada de licitações nas aquisições de bens e serviços e fracionamento indevido de contratações, ensejando dispensas carentes de amparo legal; no respeitante ao PAB SANEAMENTO BÁSICO, afirmou (a) pagamento antecipado por serviços inconclusos; (b) descumprimento de plano de trabalho para execução de obras de saneamento básico (instalações sanitárias), adotando-se especificações qualitativamente inferiores às aprovadas que concorreram, nesse contexto, para a caracterização de vícios de construção.

Também seguindo os achados do “Relatório de Fiscalização”, elegeu 08 (oito) pessoas para a composição do polo passivo, apontando-os como responsáveis pelas práticas ímprobas em tela. Seriam eles dois ex-prefeitos municipais (F.S.A e J.C.S), três outros integrantes da Administração pública (M. I. V. J., encarregada de empenho; R. S., tesoureira e T. C. S. A., secretária de saúde) e três sócios de construtora encarregada da execução de instalações sanitárias (G. M. M. N; P. F. B. N. e M. I. F. M.).

Distribuída a demanda em juízo, foi determinada a notificação preliminar dos demandados, que responderam. Ingressou, como assistente litisconsorcial ativa, a União.

No momento da avaliação de admissibilidade (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92), por decisão proferida em 09.03.2010, permitiu-se o parcial seguimento da pretensão, pois fora excluída da lide a sócia M. I. F.M. Observem-se os fundamentos de tal exclusão:

[...] A uma porque se trata de menor impúbere, que contava com apenas 02 (dois) anos de idade à época em que ingressou na sociedade, por substituição ao sócio [...]. A notificada sequer possui capacidade civil para responder por seus atos da vida civil, muito menos para integrar o polo passivo de uma Ação Civil Pública, devendo esta recair, se fosse o caso, sobre quem a representa. O STF vem entendendo que um menor não emancipado pode ser sócio de empresa, bem verdade, mas essa possibilidade é mitigada face à proteção jurídica que recebe o incapaz, razão pela qual são estabelecidas algumas condições. Uma delas é de que o menor não pode exercer a administração em hipótese alguma, porque o administrador, ainda que o capital esteja integralizado, responde civilmente pela prática de algum ato ilícito. Dentre outros motivos, o menor não emancipado, ainda não pode ser administrador da sociedade limitada por força dos arts. 1016 e 1017 do CC/2002. O administrador pode responder civilmente por culpa no desempenho de suas funções. (No art. 1016, CC). A duas porque, ainda que fosse a notificada maior e capaz, não poderia ser responsabilizada por atos praticados muito antes de a mesma fazer parte da sociedade. Ora, os fatos especificados na ação, consoante depuração da peça ministerial, remontam aos anos de 2004 e 2005 (fl. 5 v), não poderiam alcançar, jamais, a notificada [...], uma vez que o seu ingresso na sociedade só se deu no final do ano de 2007 (fl. 120/121). A documentação juntada aos autos (fl. 120/121) é bastante para fazer excluir a notificada, [...], do rol daqueles a quem se pode vir atribuir responsabilidade sobre os atos e fatos cometidos. Preliminar que se acolhe.

Realça-se, daí, a circunstância de M. F. I. M. ter sido excluída da lide - embora originariamente incluída no polo passivo pela parte autora e notificada judicialmente a apresentar defesa preliminar - porque quando ingressou nos quadros societários da empresa

contava 02 (dois) anos de idade⁹. Sem embargo disso, figurou praticamente 04 (quatro) meses como virtual demandada da pretensão de controle da improbidade.

Seguindo-se o rito procedimental próprio após a decisão de parcial admissibilidade da demanda, foi atingida a fase de saneamento do processo, em que o já réu (em sentido formal, pós-citação) P.F.B.N. também logrou o reconhecimento de sua ilegitimidade e exclusão da lide em 07.07.2010. Reproduzem-se os trechos de relevo da respectiva decisão:

[...] Da ilegitimidade passiva Pretende o requerido P. F. B. N., seja reconhecida sua ilegitimidade passiva ad causam, tendo em vista que não detinha poderes de gestão da firma [...] Juntou documentos de fl. 306/337 informando a sua participação minoritária na sociedade empresária, bem como ausência de qualquer ato de gestão na firma que o caracterizasse como responsável pelos atos imputados na exordial. Com efeito, não vislumbro qualquer indício de prática de ato ímprobo pelo requerido, notadamente através dos documentos adunados que informam o Sr. G. M. M. N. como o responsável pela administração da pessoa jurídica envolvida nos fatos relatados na inicial, fatos esses admitidos pelo MPF, autor da ação. Assim sendo, acolho a preliminar.

Embora não fosse titular de poder de gestão, ou seja, não comandasse os atos empresariais, P. F. B. N. permaneceu por volta de 08 (oito) meses como requerido em um processo voltado a apurar, no ponto ora de interesse, condutas cometidas justamente no exercício da gestão da correspondente pessoa jurídica.

Prosseguindo o trajeto procedimental, a pedido da parte autora o juízo determinou fossem expedidas cartas precatórias¹⁰ para a instrução processual. Com o cumprimento da medida, encerramento da instrução processual e colheita de memoriais, foi proferida sentença em 12.05.2011 (ou seja, aproximados dezoito meses depois da distribuição em juízo).

Em sede de preliminares, entendeu-se pela impossibilidade de se conhecer, no mérito, de parte das alegações de improbidade formuladas pelo MPF. Reproduz-se a porção correspondente da sentença:

2.1.1 Falta generalizada de licitações. PAB –FIXO. Inépcia parcial da exordial. Causa de pedir insuficiente. Extinção do feito, em ponto específico, sem julgamento do mérito. Ao sustentar a ausência generalizada de licitações no âmbito dos recursos referentes ao PAB-FIXO, a parte autora não aponta, de forma razoavelmente precisa, quantas operações de tal natureza teriam sido realizadas e tampouco menciona o montante supostamente colhido pela prática dita irregular. No particular, como em tantas outras demandas similares, contenta-se com remissão ao relatório de fiscalização da CGU. Ao avistar tal metodologia, invariavelmente tenho ingressado no mérito do debate, escudado na convicção de ser plenamente possível a integração à exordial, por referência, de narração contida em registro documental público, conhecido pela parte ré antes mesmo da propositura da demanda e que, ajuizada esta, consta dos autos, em sede clara e facilmente localizável, desde o nascedouro. Aqui, todavia, um fator essencial obriga postura diferente. Cumpre observar inexistir, no relatório da CGU, qualquer especificação acerca do quantitativo, natureza e montante abarcado pelas aquisições ora rechaçadas, incorrendo o exame

⁹ À época do fatos ímprobos teria idade ainda mais tenra: 01 ano apenas.

¹⁰ Código de Processo Civil (Lei 5869, de 1973), a partir do art. 200.

(ao menos naquilo presente nos autos) em uma descrição vaga, genérica e aligeirada em demasia no tocante aos fatos em comento. Em outras palavras: a atrial, que se abstém de narração própria suficiente, faz remissão a um ‘nada jurídico’, em sentido processual. Ora, impossível conhecer de alegação, calcada nas supostas ofensas aos princípios da economicidade e da obrigatoriedade de licitação afetos à administração pública, se as circunstâncias essenciais à verificação das supostas irregularidades, sob a perspectiva substancial, não são ao menos descritas pela parte interessada. Cumpre rememorar, como tenho grifado em outros julgamentos análogos, que a simples ausência de formalização de dispensa de licitação, quando manifesta e objetivamente configurada sua hipótese, não passa de mera irregularidade, sendo incapaz, por isso, de justificar as sanções da Lei 8429/92. Deveras. Em sendo possível, desde logo e de forma inequívoca, constatar pela dispensabilidade da licitação, a instauração de procedimento formal para tanto tem como única razão explicativa a manutenção do dever de transparência. Se tal dever de transparência em nada é afetado pela demonstração incontestável de que as despesas efetuadas mediante dispensa, sem a devida formalização, estariam de qualquer modo acobertadas pela desnecessidade de licitação propriamente dita, tenho que o objetivo da norma restou saciado. Subsiste, assim, mera infração passível de repercussão na esfera funcional em seu nível basilar, regida por diplomas legislativos outros, mas não no campo da improbidade administrativa, cuja nota distintiva, já o disse, é a presença de ilicitude qualificada: aquela que atinge a substância, o âmago e não a superfície. No caso em apreço, a lacuna é de tal forma incontornável que não é possível sequer enquadrar, ainda no estágio abstrato, as aquisições ora impugnadas pelo Ministério Público Federal em alguma modalidade obrigatória de licitação ou, do contrário, no permissivo de dispensa. E isso não se deve à impossibilidade objetiva de realizar o necessário levantamento das despesas, pois elementos comprobatórios existem. Tal aspecto, a despeito de sua relevância, ficou relegado à obscuridade, não merecendo uma linha no sentido de se apontar, afinal, qual a dimensão concreta e efetiva do aventado “descalabro”. Não se trata de exigência bizantina. Vai larga distância entre descrever improbidade para aquisições que, embora não submetidas à formalização de dispensa de licitação, não chegam a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) dentro de um mesmo exercício financeiro e, comparativamente, postular pela prática de tal ilicitude diante situações cuja repercussão está na casa de centenas de milhares de reais. Posto tal pano de fundo, não se podendo sequer integrar a causa de pedir mediante cotejo com as provas documentais - porquanto estas também seriam, nesse ponto, genéricas e vagas - tenho não ter sido delimitado, de forma clara, o objeto que fundamenta a pretensão autoral no ponto especificamente ressaltado: não logro identificar se a acusação está pautada na falta de formalização de dispensa ou se remete ao desatendimento de modalidade de licitação obrigatória; não logro identificar se todas ou maioria das aquisições estariam viciadas; não logro identificar as somas aí pertinentes, dado quando menos inseparável da elaboração do juízo de razoabilidade e proporcionalidade intrínseco à tarefa de aplicação da LIA. Por ser assim, outro caminho não há, senão extinguir o feito, no ponto, sem julgamento do mérito, por inépcia da inicial.

Ou seja, por ter a peça inicial apresentada pela parte autora usado de simples e pura remissão ao “Relatório de Fiscalização” preparado pela CGU e sendo este, por sua vez, demasiado vago e impreciso quanto à especificação dos fatos que, reunidos sob o título de “falta generalizada de licitações”, seriam supostamente configuradores de improbidade, não foi possível examinar o mérito das alegações sediadas no quadrante em comento porque

permaneceram indefinidos os limites da prestação jurisdicional invocada e, ao mesmo tempo, estorvou-se o adequado exercício do direito ao contraditório e ampla defesa¹¹.

Em passagem posterior, a sentença alicerça a absolvição de outros três réus com a seguinte motivação:

2.4.1. Condutas imputadas a M. I. V. J., R. S. e T. C. S. A.. Ausência de poder decisório. Quando se cuida de averiguar, sob o prisma da Improbidade Administrativa, condutas passíveis de sanção e, a partir delas, extrair os elementos dolo ou culpa, embute-se inexoravelmente a necessidade de se identificar a existência de poder real de mando/gestão/direção no cometimento do ato apurado. A identificação de tal prerrogativa representa dado crucial para o aparte daqueles que, meros encarregados burocráticos, eventualmente são colhidos pela linha de execução material de um suposto ato de improbidade, mas cuja aparição, no cair do pano, é meramente acidental, ditada, no mais das vezes, pelas rotinas e práticas diuturnas e mecânicas do ambiente corporativo (público ou privado), sem que lhes seja confiada atribuição de fiscalização ou deferido espaço para emitir juízo de valor quanto aos atos em cujo contexto, assim, podem ser vistos simples engrenagens ou figuras decorativas. Exige a responsabilização por improbidade, dessarte, tanto a plena consciência do quadro de ilicitude como a capacidade efetiva de intervir em sua concretização, concorrendo por coadjuvação ativa ou por inércia em adotar as medidas necessárias voltadas a impedi-la nas hipóteses em que o agente deveria e poderia fazê-lo. Especialmente nas chamadas condutas omissivas, noutro giro, impende avaliar sempre a disponibilidade instrumentos viáveis e adequados para obstar o comportamento viciado, não se dando exigir o auto-sacrifício pessoal em termos desproporcionais ou desarrazoados, ou seja, verdadeiros atos de heroísmo, transbordantes dos deveres funcionais e cujas conseqüências implicariam reveses intoleráveis para o agente. Pois bem. M. I. V. J., R. S. e T. C. S. A., a despeito de servidores públicos, no contexto dos fatos delineados pela denúncia, não enfrentam nenhuma acusação minimamente precisa quanto à postura que efetivamente adotaram no sentido de concorrer, por ação ou omissão, em prol do cometimento da suposta improbidade. T. C. S. A., então Secretária Municipal de Saúde, não era efetiva ordenadora de despesas (no rigor do termo, cf. depoimento pessoal) e tampouco responsável – nem único e isolado - pela realização de licitações e liberação dos correspondentes pagamentos. Sua atribuição, depreende-se das entrelinhas do acervo probatório, estava confinada à atividade – fim da pasta que comandava, ocupando-se essencialmente da prestação material dos serviços de saúde. M. I. V. J. era encarregada de empenho. R. S., por sua vez, tesoureira. Ora, a natureza das coisas e o bom senso ensinam, notadamente em Município de modesta dimensão como o de Macambira, que ocupantes de tais postos também não passam de meros executores materiais, encarregados de atividades pura e estritamente burocráticas, desautorizados a externar qualquer juízo de valor passível de ser tomado como determinação ou decisão. Nesse passo, para que pudessem vir a ser responsabilizadas, ao fim e ao cabo, pela prática de improbidade, seria indispensável o oferecimento de dados concretos e específicos a estampar sua efetiva participação – nos moldes acima aludidos – a fim de contribuir para o cometimento da ilicitude qualificada que se alega no presente feito. Os postos por elas ocupados, puramente falando, é tudo de que dispõe o MPF para perseguir, em relação às citadas rés, sua penalização. Sucede que tal condição funcional, isoladamente considerada, dissociada de qualquer ato outro que lhes possa ser imputado, é insuficiente para sustentar um decreto condenatório.

Na primeira oportunidade em que foi pessoalmente ouvido – incluindo-se nessa consideração tanto a fase dos levantamentos produzidos pela CGU (PFSP) e o espaço

¹¹ Uma vez que pressupõem a indicação precisa dos fatos e circunstâncias em que se fundam as alegações que suscitam seu exercício.

investigativo que o MPF poderia ter utilizado antes de decidir pelo ajuizamento ou não da demanda e da eleição dos respectivos réus – o servidor público que ocupava, à época, a Secretaria de Saúde do município demonstrou não ter participação alguma nos procedimentos licitatórios e no acompanhamento de execução contratual afetos à sua pasta, dedicando-se exclusivamente a cuidar da atividade-fim para a qual concebida. Esse foi o fundamento, pois, de sua absolvição.

Não foi muito diferente, ainda, o que se decidiu no tocante aos servidores M. I. V. J. e R. S., os quais também não foram pessoalmente ouvidos na fase investigativa anterior à propositura da demanda. Não se obteve nenhum dado novo com a instrução processual no sentido de permitir qualquer ligação fática e efetiva das mencionadas pessoas com a prática de atos ímprobos, restando baseada a imputação que lhes fora dirigida apenas em suas respectivas posições funcionais – subalternas - dentro do organograma municipal, posições essas que propiciaram, em alguma altura dos trâmites burocráticos, contato físico com papéis e/ou autos procedimentais das operações tidas por eivadas de corrupção.

Dos 08 (oito) ocupantes iniciais do polo passivo do litígio, elencados pelo MPF, restavam apenas 03 (três), portanto. Em face de tais remanescentes foi acolhida, mas apenas em parte, a pretensão punitiva perseguida no controle judicial da improbidade. Assim o foi porque o pedido, no campo sancionador, perseguia a aplicação concomitante dos incisos II e III do art. 12, da LIA, mas os dois ex-prefeitos municipais (F.S.A e J.C.S) foram atingidos pela sentença com a aplicação apenas do inciso II e o gestor de construtora encarregada da execução de instalações sanitárias (G. M. M. N) recebeu condenação sustentada no inciso III.

Intimada da sentença, a União - que ingressara como assistente litisconsorcial mas em momento algum adotara outra postura que não a de aderir aos atos do MPF – pede sua exclusão da lide, sendo tal requerimento acolhido como renúncia ao direito de recorrer.

O Ministério Público Federal apelou da sentença como um todo e, na parte que lhes tocava, apelaram também F.S.A, J.C.S. e G.M.M.N.

Os recursos foram distribuídos à Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹² em 25.10.2011, tombados como Apelação Cível – AC 531221-SE. Seguindo a tramitação regulamentar, o seu julgamento teve início em 11.06.2013, quando foi apresentado o primeiro voto, este a negar provimento ao apelo do MPF e a dar provimento ao apelo dos réus. Houve pedido de vista pelo segundo julgador, que em 09.07.2013 votou pela manutenção da sentença e desprovimento de todos os recursos. O terceiro julgador, em tal

¹² Composta por três julgadores.

ocasião, requereu por seu turno vista. Apresentou seu voto em 23.07.2013, negando provimento ao apelo do MPF, provendo o recurso de J.C.S. para absolvê-lo e concedendo parcial acolhida aos apelos de F.S.A. e G.M.M.N., minorando-lhes as sanções.

Houve intenso debate de teses e verificaram-se divergências entre os três votos, à exceção de um ponto a que todos convergiram: negativa de provimento ao apelo da parte autora. Ao fim, o resultado do julgamento foi declarado em conformidade com o terceiro voto, na condição de “voto-médio”.

Reproduz-se passagem do voto condutor do resultado:

[...] A matéria é curiosa e complexa, dada a quantidade de pessoas inseridas no polo passivo, abrangendo duas administrações seguidas da Prefeitura de Macambira, múltiplos servidores municipais e vários dos sócios da Construtora [...], e, principalmente, as pretensas irregularidades flagradas pela Controladoria Geral da União em três programas diferentes, resultantes de associação entre a União e o Município. Quanto ao recurso manejado pelo Ministério Público, não há o que discutir. Aliás, quanto a este, ambos os votos que me antecederam o desproveram. E andaram muito bem. A Inépcia da exordial quanto a tais réus é manifesta, dado que nenhum ato concreto se lhes imputa, tendo a peça vestibular, irresponsavelmente, chegado ao ápice de incluir entre os réus da improbidade uma criança de um ano de idade.

Nesse aspecto, o julgamento em segundo grau de jurisdição enfatiza veementemente a complexidade de que se revestiu a causa, destacando como fator contribuinte de tal característica a inserção de diversas pessoas no polo passivo em face das quais era palpável a precariedade – ou virtual ausência - de elementos indicativos da prática de improbidade.

Até o momento da finalização do presente texto, no processo trazido ao protagonismo do estudo de caso corria prazo para interposição de recurso especial e/ou extraordinário.

4 DISCURSO DE LEGITIMAÇÃO DO PODER NA FASE DE INVESTIGAÇÃO DA IMPROBIDADE:

O modelo de investigação adotado pelo Ministério Público Federal no caso em exame encontra, sim, respaldo legitimador em larga doutrina que se ocupa de estudar as suas atribuições como um todo ou a Lei de Improbidade Administrativa em específico.

Compreende-se que o discurso de arrimo de tal linha de pensar conjuga a interpretação literal do texto normativo (no ponto diretamente associado com a fase investigativa) com uma ética de sobrevalorização do poder em uma visão tradicional ou objetivante, na qual a formação do querer e do decidir pela apresentação da pretensão de controle de improbidade em juízo depende, especialmente para os casos de decisão pelo ajuizamento, de uma *opinio íntima* que pode ser exercida com significativa liberdade e relativa isenção de parâmetros conformadores, porque assim estaria melhor resguardado o interesse público quanto à efetiva persecução dos fatos ímprobos.

4.1 Texto e leitura das normas da LIA dirigidas à fase investigativa

Especificamente quanto às normas procedimentais pertinentes à esfera extrajudicial de apuração da improbidade e as normas processuais que lhe são peculiares, destacam-se os seguintes dispositivos da LIA:

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 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.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. [...]

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. [...]

§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, caput e § 1º, do Código de Processo Penal.

Pela configuração e gravidade de suas sanções – as quais, embora não afetem o direito à liberdade de locomoção, recaem duramente sobre outros direitos individuais de primeira dimensão, como os direitos políticos, direito à propriedade (interdição parcial de faculdade de estabelecer contratos) e direito à isonomia (acesso a cargos públicos) – além da aparente concorrência de seus tipos punitivos com os previstos na seara penal para os crimes de responsabilidade cometidos por agentes públicos, grassou alguma controvérsia sobre sua natureza, fomentada pela existência de linha argumentativa que, a todos os esforços, procurou alocar a LIA na esfera criminal de repressão a ilícitos.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, superou a discussão e manteve a repressão à improbidade na seara extrapenal:

EMENTA: I. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas "associações de associações" - do rol dos legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de "associados efetivos" ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva-, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional. II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em consequência, entre os do Ministério Público . III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada. 1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames. 5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa. IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade. 1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação. 2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual. 3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar. 4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas

contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional. 5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies. 6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal -salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade. 1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal. 2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade. 3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo da investidura do dignitário acusado.

(ADI 2797, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250)

Na visão de Waldo Fazzio Junior (2014), apesar da grande similitude com a seara penal, dela se diferencia o controle da improbidade porque, além de apartados por norma expressa da Constituição Federal, este último valoriza as consequências não penais do ilícito que reprime, de dimensão pluriofensiva, fazendo-o com o emprego de sanções de matiz político-administrativo. Nessa linha de pensamento, conclui, o ilícito alvo do controle da improbidade seria civil, mas não ortodoxo ou puro.

Assentada a natureza extrapenal da LIA, é de se reconhecer que sua estrutura permite mais de uma resposta interpretativa quanto à possibilidade ou não de participação dos investigados na fase de investigação preliminar, isso a partir da incorporação de práticas baseadas em uma versão ajustada ou mitigada do contraditório e do direito à defesa. Do contrário, isto é, caso vingasse sua assimilação pura e irrestrita à seara penal, dificilmente poderia sua fase investigativa escapar, no tocante à participação dos investigados, das disposições do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3689, de 1941) dirigidas a idêntico estágio pré-processual.

Posto isso, embora a LIA contenha alusão à disciplina da Lei 8.112/1990, por exemplo, para a regência do procedimento preliminar de investigação¹³, mais adiante ela mesma irá apontar a dispensabilidade de instrumento de tal natureza (art. 17, §6º, supra). O texto legal parece dirigir seu foco, com exclusividade (ou quase), à materialidade do ato ímprobo. Semelhante inteligência da norma conduz ao ajuizamento da ação de controle e seu recebimento com base em qualquer meio de prova capaz de sinalizar, em caráter preliminar, a possível ocorrência de corrupção, ou mesmo sem prova alguma, desde que declinadas “razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação”.

Ao se emprestar tal significado ao texto legal, no mais das vezes subjaz a crença sincera de fortalecimento do controle da improbidade, pois restam simplificados os requisitos necessários à inauguração da fase judicial.

Na esteira de tal concepção, seriam reputáveis como suficientes à deflagração da demanda judicial reportagens jornalísticas, processos de prestação de contas, testemunhos de terceiros, extratos de movimentação financeira, enfim, uma infinidade de elementos, ainda que nenhum deles traga qualquer esclarecimento sobre a conduta indiciária dos investigados para fins de avaliação prévia e superficial do preenchimento do tipo ímprobo em sentido subjetivo (noção de dolo e culpa).

4.2 O discurso

Talvez pelo significado que, no Brasil, foi sendo construído em torno do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/88, art. 5º, XXXV), a importância do controle da improbidade parece ter sido associada, pelo menos implicitamente, à facilidade de ingresso em juízo e esta, por sua vez, colocada sob a dependência de uma fase investigativa em que não se exige nenhuma especial providência a ser executada pelo legitimado a propor a demanda. Nessa linha, é ele investido do poder de fazê-lo a partir de quaisquer elementos, de toda e qualquer origem: basta que sua opinião caminhe, intimamente, para a suficiência de dados probantes para o ajuizamento.

¹³ Art. 14, § 3º.

Rogério Pacheco Alves (2002, p. 454-455) fala em dispensabilidade de inquérito civil (procedimento preliminar de investigação conduzido pelo Ministério Público) caso existam outras peças informativas, destacando o princípio da obrigatoriedade¹⁴ e o caráter subordinante dos poderes investigativos do MP:

Por derradeiro, é preciso esclarecer que não se deve extrair do princípio da obrigatoriedade a conclusão, equivocada, de que a instauração do inquérito civil é indispensável à propositura da ação civil pública. Obrigatória será para o Ministério Público a apuração dos supostos atos de improbidade, servindo-se para tanto, ordinariamente, do instrumento aqui analisado, pois, como acentuado por Mazzili, existe para a Instituição antes o dever que o direito de agir. No entanto, já dispondo de elementos suficientes à formação de sua opinião, evidentemente não há que se exigir, sob pena de exacerbado formalismo, que instaure o inquérito civil no qual, afinal, somente seriam reproduzidos os elementos já existentes. Tem-se, desse modo, que meras peças de informação (representações, relatórios do Tribunal de Contas e de CPI's etc.) já se mostrarão aptas a embasar a ação civil pública ou qualquer outro tipo de ação no campo da improbidade, não se podendo conceber a instauração do inquérito civil, assim, dada a sua prescindibilidade, como uma condição de procedibilidade.

Wallace Paiva Martins Júnior (S/D) entende dispor o legitimado ativo, notadamente o Ministério Público, de amplo raio de liberdade para eleger os meios e circunscrever o alcance da fase de investigação:

[...] A Lei Federal 8.429/92 armou o Ministério Público da prerrogativa de requisição da instauração de inquérito policial ou de procedimento administrativo para apuração dos atos de imoralidade administrativa qualificada. A redação do art. 22 é bem defeituosa na medida em que fala de apuração de "qualquer ilícito previsto nesta Lei "quando deveria utilizar" qualquer ato de improbidade administrativa". O dispositivo, por seu turno, está mal situado, pois regulando a investigação preliminar de improbidade administrativa deveria constar do Capítulo V que cuida da matéria, mais propriamente como parágrafo ou na cabeça do art. 14. A prerrogativa instituída é mera faculdade conferida ao Ministério Público, pois a lei saliente que o órgão "poderá requisitar". Assim, o Ministério Público recebendo ou conhecendo notícia de improbidade administrativa poderá optar pela solução que lhe for mais conveniente para a apuração do ato de improbidade administrativa e promoção de futura ação civil pública. [...] Entretanto, frise-se que o inquérito civil, o inquérito policial e o procedimento administrativo são meras faculdades, dispensáveis e prescindíveis se o Ministério Público possuir elementos probatórios de convicção da prática de improbidade administrativa, como depoimentos, documentos, laudos, enfim, provas lícitas. A ação civil pública de improbidade administrativa de modo algum subordina-se à prévia conclusão ou instauração de inquérito civil, policial ou procedimento administrativo. [...] Importante registrar que a Lei Federal 8.429/92 à mingua de estabelecer normas procedimentais próprias para o procedimento administrativo ali determinado, salvo no tocante aos requisitos de admissibilidade da representação, estabelece para os servidores públicos federais a observância da forma prevista na Lei Federal 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (arts. 148 e 182). É bem verdade que ali se fixa a garantia da defesa e do contraditório, entretanto, somente nos casos em que possa resultar punição administrativa, e não nos que tenham como desiderato fornecer indícios ao Ministério Público (art. 22) ou a própria administração pública para provocar o poder jurisdicional com o escopo de aplicação das penalidades previstas no art. 12. Vale aqui o mesmo raciocínio desenvolvido com relação ao inquérito civil e aos outros meios previstos no já citado art. 22 da Lei Federal 8.429/92, a respeito do caráter unilateral e inquisitivo da

¹⁴ Por tal princípio, entende-se obrigatória a propositura da demanda em havendo elementos suficientes.

investigação havendo a necessidade de compatibilizar-se o desiderato legal com o texto da Lei Federal 8.112/90, aproveitando a liturgia ali estabelecida, porém afastando a defesa e o contraditório, cuja sede é o processo civil que possa dela resultar, pois tais garantias só tem cabimento em processo (e não procedimento) de que possa resultar penalidade administrativa, e não judicial.

Excepcionada a peculiaridade de que, no sistema legal vigente, a instauração de inquérito civil é atribuição exclusiva do Ministério Público, os entendimentos acima expostos podem ser aproveitados em relação aos demais legitimados para figurar ativamente em juízo no controle da improbidade, mesmo porque estão comumente habilitados à instauração de procedimentos administrativos internos para apuração de fatos que interessem ao seu dever-poder de fiscalização.

Dorival Moreira dos Santos (2013, pp. 61-67) associa a persecução judicial da improbidade a um modelo processual lastreado em provas documentais, mostrando-se a audiência de instrução e julgamento contraproducente e atentatória ao princípio constitucional da efetividade jurisdicional (art. 5º, LXVIII, da CF/88). Segundo o autor, “[...] nas ações de improbidade administrativa, ouvir testemunhas deve ser a *última ratio* do julgador [...]”, justificando tal raciocínio com a afirmação de que “[...] nas condutas ímprobas, comumente o autor da prática está amparado pelo corporativismo, coleguismo, partidarismo”. Entende até mesmo cabível a inversão do ônus da prova em desfavor do sujeito passivo, porque estaria em melhor posição para infirmar, ainda que dispensada a audiência de instrução e julgamento, os documentos atestadores da ilicitude de seus atos.

Sem embargo de mirar a fase processual do controle da improbidade, isto é, o estágio judicial, o pensamento supra realçado granjeia transposição tranquila ao momento anterior, de natureza investigativa. Partindo da premissa da excepcionalidade da audiência de instrução e julgamento no quadrante processual, em que a presença plena das garantias do contraditório e ampla defesa é reconhecida largamente sem sobressaltos, por lógica e coerência o entender ora exposto há de rejeitar o cabimento de oitiva pessoal dos investigados no terreno extraprocessual, de apuração preliminar, em que o contraditório, para quem o admite, é mitigado e ajustado à natureza – para muitos, inquisitiva - do procedimento.

José Antônio Lisbôa Neiva (2013, pp.313 – 320) conquanto reconheça ser o inquérito civil “... por excelência, o instrumento hábil à apuração de prova idônea a evitar demanda temerária”, filia-se também à ideia de não exigir nenhuma providência específica e original a ser executada na fase de investigação pelo próprio legitimado ativo, contentando-se com

lastro documental mínimo a preencher a noção de indícios da prática¹⁵ de corrupção. Em seu sentir, o estágio inaugural da demanda em juízo, a se esgotar com a decisão de admissibilidade, traria na notificação obrigatória aos ocupantes do pólo passivo momento oportuno para impugnar, esclarecer ou infirmar os elementos indiciários com a apresentação de defesa preliminar escrita.

Marçal Justen Filho (2013, p. 1270) e José dos Santos Carvalho Filho (2011, pp. 1008-1014) fazem referência à necessidade de se evitar lides temerárias e, nada obstante apontem o inquérito civil como meio para uma investigação bem construída, reconhecem a possibilidade de utilização de múltiplas bases para o ajuizamento da ação civil pública e, nessa hipótese, não fazem menção à necessidade de o legitimado ativo realizar, ele próprio, qualquer diligência no momento pré-processual.

Pois bem. Se tal discurso – inexistência de qualquer diligência investigativa específica exigível do próprio legitimado ativo para o ajuizamento da ação de controle – avaliza condutas como as adotadas pelo Ministério Público Federal no retrocitado processo nº 0000350-05.2009.4.05.8501 da 6ª Vara Federal de Sergipe, o seu eco também será percebido em excertos jurisprudenciais.

Encontram-se diversos julgados a determinar o recebimento da demanda, quando do juízo de admissibilidade, com a reafirmação da existência de “indícios suficientes”, mas não descrevem claramente quais seriam esses indícios e nem apontam de forma expressa e segura quais os critérios de “suficiência” de tais indícios. Noutros casos, entende-se desnecessária fundamentação expressa para o recebimento da demanda ou mitigam-se as chances de contraditório até que a ação de controle seja formalmente admitida e os réus formalmente citados (estágio posterior ao da defesa preliminar); há exemplos recusando mesmo o dever de examinar, quando do juízo de admissibilidade, questões técnicas que suscitam primordialmente a análise de regras legais aplicáveis e só circunstancialmente exigem uma apreciação objetiva e sumária de fatos¹⁶, como o que se verifica quando pela defesa preliminar é invocada prescrição e a decisão de admissibilidade pura e simplesmente remete a análise da prejudicial ao momento da sentença; há julgados que, na prática, subtraem da fase de admissibilidade espaço para exame judicial capaz de concluir pela inoportunidade de improbidade mesmo em situação de incongruência entre a causa de pedir e os requisitos para

¹⁵ Na acepção de materialidade.

¹⁶ Ou seja, uma questão prejudicial que se soluciona substancialmente com a pura análise de regras abstratas (questão de direito).

a configuração de tal ato ilícito (negando cabimento de julgamento *prima facie* de inocorrência de improbidade, previsto pela própria LIA); há exemplos, por fim, que peremptoriamente descartam a oportunidade de oitiva dos investigados, em todo e qualquer caso, como condição informadora de justa causa para ação e cuja ausência, portanto, daria fundamento a juízo negativo de admissibilidade.

Em pesquisa exploratória, revolvendo os sítios eletrônicos oficiais do Superior Tribunal de Justiça – STJ e Tribunais Regionais Federais das cinco regiões existentes no Brasil (TRF1, TRF2, TRF3, TRF4, TRF5, respectivamente), foi utilizado o critério “improbidade e recebimento e provas”, dele retornando mais de mil resultados.

Tal número é explicado também pela reiteração de situações fático-jurídicas idênticas e pela captura de tantos outros casos que não guardam pertinência com o tema aqui enfrentado. Posto isso, de forma aleatória e apenas com o intuito de demonstrar a reprodução jurisprudencial do discurso de legitimação ora em debate, reproduzem-se os seguintes arestos:

a) Do STJ

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, E 11, II DA LEI 8.429/92. RECEBIMENTO DA INICIAL E DETERMINAÇÃO DE PROSEGUIMENTO DA AÇÃO. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. PRETENSÃO DE INVERSÃO DESSA CONCLUSÃO. AUSÊNCIA DE DOLO. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. PRECEDENTES DA 1A. SEÇÃO DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO SOBRE O TEOR DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, QUE NÃO ESTÁ EM DISCUSSÃO. EMBARGOS REJEITADOS. [...] 2. Na ação de improbidade administrativa, somente deve ser rejeitada a inicial quando ficar caracterizada, sem sombra de dúvida, que a ela é temerária, ante a absoluta inexistência de indícios da prática de ato improprio. 3. Afirmando, assim, pelo Tribunal a quo, a existência de prova de atos de improbidade administrativa, a revisão dessa conclusão, tal como pretendido pelos Embargantes, como restou sobejamente afirmado nas decisões anteriores, encontra óbice na Súmula 7/STJ. [...] (EDAGRESP 200900090517, PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:15/09/2011)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. REQUISITOS DA PETIÇÃO INICIAL. ART. 17, §§ 6º E 7º, DA LEI 8.429/1992. [...] 8. A Lei da Improbidade Administrativa exige que a ação seja instruída com, alternativamente, "documentos" ou "justificação" que "contenham indícios suficientes do ato de improbidade" (art. 17, § 6º). Trata-se, como o próprio dispositivo legal expressamente afirma, de prova indiciária, isto é, indicação pelo autor de elementos genéricos de vinculação do réu aos fatos tidos por caracterizadores de improbidade. 9. Tão grande foi a preocupação do legislador com a efetiva repressão aos atos de improbidade e com a valorização da instrução judicial que até mesmo esta prova indiciária é dispensada quando o autor, na petição inicial, trazer "razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas" (art. 17, § 6º). 10. O objetivo da decisão judicial prevista no art. 17, §

7º, da Lei 8.429/1992 é tão-só evitar o trâmite de ações clara e inequivocamente temerárias, não se prestando para, em definitivo, resolver – no preâmbulo do processo e sem observância do princípio in dubio pro societate aplicável na rejeição da ação de improbidade administrativa – tudo o que, sob a autoridade, poder de requisição de informações protegidas (como as bancárias e tributárias) e imparcialidade do juiz, haveria de ser apurado na instrução. 11. Recurso Especial não provido. (RESP 200802765114, SEGUNDA TURMA, DJE DATA:21/08/2009.)

b) Do TRF1:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE VISTA DE DOCUMENTOS. NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. RECEBIMENTO DA INICIAL. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. [...] 4. Deve ser rejeitada a alegação de nulidade pela ausência de vista de documentos supervenientemente juntados pela ora agravada, pois, na forma do que observou o d. Ministério Público Federal, em parecer nos autos, da lavra do eminente Procurador Regional da República, Dr. Carlos Frederico Santos, "(...) ao receber a exordial a decisão agravada não incorreu em nulidade, em face de referidas certidões, uma vez que tais documentos poderão ser analisados nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em sede de contestação" (fl. 545). 5. A r. decisão agravada encontra-se suficientemente fundamentada, sobretudo quando se verifica a assertiva nela constante, no sentido de que "(...) devidamente individualizadas pela autora as condutas atribuídas às réis e instruída a inicial com documentos aptos a constituírem indícios de provas dos fatos, entendo que merece ser recebida a presente inicial de ação civil de improbidade administrativa" (fl. 28). 6. A r. decisão agravada está suficientemente fundamentada, não se podendo, inclusive, ignorar que decisão fundamentada de modo sucinto não é decisão desprovida da necessária fundamentação. 7. Decisum mantido. 8. Agravo de instrumento desprovido. (AG 0055172-73.2011.4.01.0000 / DF, QUARTA TURMA, e-DJF1 DATA:28/10/2013 PAGINA:150.)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO RETIDO. NÃO CONVERSÃO. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. ART. 17, § 8º, DA LEI Nº 8.429/92. DECISÃO FUNDAMENTADA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. QUESTÕES RELATIVAS AO MÉRITO. SENTENÇA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. [...] 2. No âmbito da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o magistrado somente deve rejeitar a petição inicial se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, a teor do que se pode depreender do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92 [...] 6. A questão relativa à análise da prescrição, do cometimento ou não do ato de improbidade imputado ao réu, bem como outras dúvidas e pormenores que circundam os supostos atos de improbidade, haverão de ser dirimidas por ocasião da instrução processual e posterior prolação da sentença, tendo em vista que a apreciação dessas matérias requer o exame de provas, o que não se mostra viável no presente momento processual. 7. Decisão mantida. Agravo de instrumento desprovido. (AG 0037583-34.2012.4.01.0000 / PI, QUARTA TURMA, e-DJF1 p.133 de 13/02/2014)

c) Do TRF2:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. INÉPCIA NÃO CONFIGURADA. INVESTIGAÇÃO PRÉVIA. AMPLA DEFESA. PRÁTICA DE IRREGULARIDADES. COMPROVAÇÃO. 1- Inexiste inépcia da inicial quando esta individualizou a conduta de cada um dos envolvidos, descrevendo os fatos ocorridos e correlacionando-os às condutas de improbidade administrativa previstas na Lei nº 8.429/92, com base na documentação comprobatória anexada aos autos principais. 2- O procedimento de investigação prévia não exige a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que o mesmo visa a, tão-somente, obter elementos para o ajuizamento da ação, seja no plano civil ou criminal, quando tais elementos já não estiverem presentes. 3- O argumento de que não foram praticadas as irregularidades apontadas na exordial da ação de improbidade administrativa não é suficiente para obstar o recebimento da ação em comento, considerando-se que a parte ré terá, em sua contestação e ao longo do processo, oportunidade de comprovar suas alegações, e que o contato do Julgador de Primeiro Grau com a demanda permite uma análise mais fidedigna dos pressupostos necessários à admissão da causa, sendo ele o Órgão Jurisdicional mais indicado para apreciar a viabilidade do pleito autoral. 4 - Agravo de Instrumento desprovido.(AG 201002010149297, QUINTA TURMA ESPECIALIZADA E-DJF2R - Data:: 23/01/2012 - Página:: 71)

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ADITAMENTO DA INICIAL – EXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO 1 – O recebimento ou aditamento da inicial da ação de improbidade administrativa deve-se dar por decisão em que se reconheça, de início, a existência de indícios razoáveis da prática de atos ímprobos, bem como dos seus possíveis responsáveis e/ou beneficiários. 2 - Havendo indícios de que o agravante teria praticado e/ou se beneficiado com os alegados atos ímprobos, há de se reconhecer sua legitimidade passiva na demanda, sendo que a conclusão final somente se dará após a instrução do feito, nos termos do artigo 17, § 8º, da Lei 8.429/92. 3 - A Lei de Improbidade Administrativa, na fase de admissibilidade da ação, exige do Juízo maior rigor nos fundamentos, não para aceitar, mas para rejeitar a ação. A apuração meticulosa dos fatos é imposta em virtude da defesa da supremacia do interesse público, com o trâmite normal da ação e a produção de provas, para a rigorosa apuração do suposto ato de improbidade e a punição dos agentes públicos e particulares que, direta ou indiretamente, concorreram para sua prática, se for o caso. 4 - Precedentes deste Eg. Tribunal: AG 200602010139112 e AG 200702010026073 5 - Agravo de Instrumento não provido.(AG 200902010122587, Órgão Julgador: OITAVA TURMA ESPECIALIZADA E-DJF2R - Data:: 30/09/2010)

d) Do TRF3:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESPONSABILIZAÇÃO POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA E PRESCRIÇÃO AFASTADAS - RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL - INDISPONIBILIDADE DE BENS. [...] 3. A petição inicial deve narrar os fatos com indicação dos limites da demanda. Não são exigidas descrições minuciosas das condutas dos réus, com individualização precisa e pormenorizada dos atos imputados, sob pena de subtrair a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos imputados. 4. Com o processamento e desenvolvimento do feito - produção de provas em contraditório, o juiz poderá analisar todas as questões difundidas com o ajuizamento da ação, não excluindo a possibilidade de sua reforma por ocasião do julgamento da ação num plano de cognição exauriente em que ocorra a apreciação do mérito da questão levada a Juízo, dando, assim, aplicação plena aos princípios do contraditório e da ampla defesa. [...] 8. Agravo desprovido. (AI 0007362-77.2013.4.03.0000, julgado em 27/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/03/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDÍCIO DE CONTRATAÇÃO DE EMPRESA. RECEBEU A PETIÇÃO INICIAL. No que diz respeito ao recebimento da peça inicial pelo Juízo a quo, há indícios de que a contratação da empresa ré foi fincada de forma direcionada e sem procedimento licitatório, a indicar a necessidade da produção de provas para o exame da questão controvertida em cognição exauriente. Agravo a que se nega provimento. (AI 0034862-26.2010.4.03.0000, julgado em 14/04/2011, e-DJF3 Judicial 1 DATA:12/05/2011 PÁGINA: 895)

e) Do TRF4:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ACP. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. 1. A rejeição liminar da ação civil pública por ato de improbidade administrativa deve ocorrer somente nos casos em que as alegações e/ou provas apresentadas conduzam o magistrado à conclusão imediata de que os fatos narrados não configuram atos de improbidade. 2. Recebimento da petição inicial representa apenas o reconhecimento da imprescindibilidade da continuidade das indagações e averiguações, com ampla produção probatória, que poderá confirmar ou não a prática dos fatos descritos na petição inicial. (AG 5009930-51.2013.404.0000, Quarta Turma, juntado aos autos em 25/06/2013)

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. O art. 17, parágrafo 9º, da Lei nº 8.429/92 não traz a exigência de decisão fundamentada para receber a inicial, desde que a ação venha instruída com documentos ou justificativa que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade, ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de quaisquer dessas provas. Ao receber a inicial, foi reconhecido, de forma implícita, a presença de indícios suficientes ao processamento do feito, razão pela qual inexistente qualquer vício a ensejar a nulidade da decisão agravada. (AG 2007.04.00.011712-8, Quarta Turma, D.E. 06/08/2007)

f) Do TRF5:

Processual Civil e Administrativo. Recurso de apelação atacando sentença que, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, rejeitou a inicial, por rejeição antecipada do pedido e por ausência de justa causa. Inicial, formal e substancialmente perfeita, a atribuir a pessoas que atuaram em comissão de licitação de Prefeitura Municipal como presidente e membros, a prática de condutas pinceladas no art. 10, caput, e incs. I, VIII, e XII, e, ainda do art. 11, caput, incs. I e II, da Lei 8.429, de 1992. Necessidade de abrir as portas para a instrução do feito, deixando para a sentença a palavra final de procedência ou de improcedência. Da mesma forma que se condena o cerceamento de defesa, na referência ao direito dos demandados de se defenderem amplamente, não se nega ao demandante o direito de ver sua denúncia, em ação civil pública por improbidade administrativa, tramitar normalmente. Provimento do recurso para determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau a fim de receber a inicial, seguindo-se depois com seus ulteriores termos até a contemplação da sentença. (PROCESSO: AC 00004378720114058501, AC, Segunda Turma, JULGAMENTO: 17/09/2013, PUBLICAÇÃO: DJE 26/09/2013 - Página 291)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO. 1. Cuida-se de agravo de instrumento contra decisão que recebeu a

inicial de ação civil pública por ato de improbidade administrativa consubstanciado na malversação de recursos públicos federais. [...] 3. No caso, as provas acostadas aos autos são inidôneas a comprovar a ocorrência da prescrição. [...] 5. São fortes os indícios da prática de ato ímprobo, sendo legítimo o recebimento da petição inicial que instaura a presente ação civil pública, a proporcionar ao autor oportunidade de provar as suas alegações, e aos requeridos responder à imputação formulada. 6. Agravo de instrumento não provido. (PROCESSO: AG 00063625620114050000, Segunda Turma, JULGAMENTO: 30/08/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 08/09/2011 - Página 83)

A tônica de todos os julgados acima transcritos pode ser compreendida com a assertiva de se dar amplo trânsito a ações de controle de improbidade, sob a crença de que, com tal agir, maior e mais eficiente será a repressão aos episódios de corrupção.

Como já colocado, a pesquisa de tais julgados foi meramente exploratória e a sua reprodução exemplificativa, aqui, seguiu um critério subjetivo, elegendo-se dois de cada Corte: justamente aqueles que foram considerados como ocorrências fáceis e imediatamente correlacionáveis ao discurso ora versado. Não se pode, no âmbito deste trabalho, tecer qualquer juízo conclusivo sobre sua prevalência ou não, mas a impressão é a de que, possivelmente, essa seria a linha de entendimento jurisprudencial predominante quando se avalia, no conjunto, os resultados obtidos.

Dita impressão, ademais, pode ser abraçada ainda com maior destemor com a leitura de Francisco Glauber Pessoa Alves (2008, p. 201), que em tese de doutorado atesta o reduzidíssimo índice de reformas de decisões judiciais positivas quanto ao juízo de admissibilidade.

5 DESCONSTRUINDO O DISCURSO COM UM DISCURSO NOVO: O APORTE HABERMASIANO

No momento inaugural deste trabalho, descreveu-se de forma contextualizada o problema da corrupção e os efeitos dela advindos no mundo e no Brasil, traçando-se uma rota de conexão com as configurações institucionais e legais que foram eleitas para o seu enfrentamento (um paralelo entre o quadro nacional e o quadro europeu baseado no “modelo alemão” acerca das ideias de Justiça Administrativa, direito fundamental à boa administração, direito fundamental à ampla defesa, cuidando-se de inserir o advento da Lei 8.429/92 e ambiente histórico de sua produção). Fechando esse primeiro ato, apresentou-se como estudo de caso o processo nº 0000350-05.2009.4.05.8501, da 6ª Vara Federal de Sergipe, especialmente para ilustrar a manifestação concreta de aplicação da LIA segundo um modelo de investigação de improbidade que – e isso será explicado ainda – pode ser designado como “objetivante” ou típico de “discurso em terceira pessoa”. Em um segundo momento, discorreu-se justamente sobre o discurso que daria suporte teórico e até mesmo ideológico para esse modelo de investigação em comento, associando-o à acolhida que encontra na jurisprudência do STJ e dos Tribunais Regionais Federais.

Pois bem. Alcança-se agora um terceiro momento, destinado a discutir criticamente fatos e discurso até então delineados. Nessa empreitada, será crucial saber se a Lei 8.429/92 admite compreensão que conduza a um modelo investigativo diverso daquele já descrito; em se concluindo pela admissão de outro modelo igualmente comportável pelo texto legal, será chegada a ocasião de verificar se a opção por um ou outro modelo pode ser guiada por um critério ético, apontando-se, com suporte especial nas ideias habermasianas, qual opção – e por conseguinte, qual modelo investigativo – haveria de merecer efetiva escolha.

5.1 Texto legal e espaço para interpretação sistemática: núcleo elementar de uma investigação alinhada com a responsabilidade subjetiva prevista pela LIA.

Diante do exposto nos capítulos 03 e 04, o modelo investigativo exercido no processo nº 0000350-05.2009.4.05.8501, da 6ª Vara Federal de Sergipe, tem apoio em um discurso que

interpreta os artigos 14 a 17 da Lei 8.429/1992 a partir de um viés com grande ênfase literal ou gramatical, o qual acentua o caráter inquisitivo da fase investigativa e o conecta, em uma implícita sugestão de interdependência, com os princípios da inafastabilidade e efetividade da tutela jurisdicional.

Prevendo o texto a possibilidade de ajuizamento em vista de praticamente quaisquer indícios documentais ou mesmo sem eles quando justificada a impossibilidade de apresentá-los, extrai-se, como orientação geral latente a guiar esse modelo investigativo, a conclusão de que, a princípio, os legitimados a figurar no polo ativo da ação de controle estão isentos do dever de realizar, eles próprios, qualquer diligência específica na fase extrajudicial de investigação – nem mesmo a concessão de oportunidade à oitiva pessoal do(s) investigado(s) – desde que se convençam (convencimento íntimo, subjetivo, indevassável) de que os dados de que dispõem são suficientes ao ajuizamento da demanda. No caso do Ministério Público, tal ajuizamento, ademais, trava interlocução com o chamado princípio da obrigatoriedade.

Sucedendo que outra solução interpretativa, com maior apelo aos critérios sistemático e teleológico, poderia considerar que o direito ao contraditório, em seu nível ideal, simétrico e proporcional ao peso do sistema repressivo da improbidade, exigiria fosse reconhecida, em favor do(s) investigado(s), a faculdade de exercício, ao menos, do direito a depor (que obviamente implica o direito de conhecer, em extensão adequada, o teor das investigações) como meio de esclarecer os fatos e condutas investigadas, colaborando para a formação do convencimento dos legitimados à futura propositura da demanda, tanto no sentido de robustecer a decisão de ajuizamento como no sentido de evitar a propositura de demandas desde logo fadadas ao insucesso.

Não se afirma, em absoluto, a obrigatoriedade de inquérito civil ou de instauração de processo administrativo disciplinar em toda e qualquer situação. Se existem elementos referentes à materialidade do ato ímprobo, não haveria necessidade de novo procedimento/processo investigativo formalmente designado como tal - desde que esses elementos fossem completados ou integrados pela realização de diligência especificamente orientada à concretização da garantia de oitiva dos investigados como faculdade em seu favor, porquanto aliada fortemente à noção de justiça e à emancipação humana .

Ainda que se contraponha a circunstância de que a fase preliminar de investigação à improbidade não conduz à produção de um ato administrativo final, mas ao simples

levantamento inquisitivo de dados e informes para eventual propositura da ação de controle, não faltam razões jurídicas para a aplicação de diretrizes legitimadoras de seu exercício.

Ainda que não conduza necessariamente à edição de um ato administrativo em sentido formal, a fase preliminar de investigação da improbidade findará sempre e invariavelmente com uma decisão de um órgão de Estado (oficial) quanto à propositura ou não da ação civil por improbidade. Enxerga-se sim uma decisão não só no arquivamento das investigações imediatamente preparatórias do eventual ajuizamento da ação de controle, mas naturalmente quando se chega à conclusão oposta, que resulta no encaminhamento a juízo da pretensão repressiva. Mesmo não exteriorizado formalmente como um ato decisório oficial, que possa assim ser distinguível e fisicamente dissociável da própria propositura da demanda, é impossível negar que os legitimados ativos elaboram nessas circunstâncias um juízo de valor pela suficiência de indícios necessários ao ajuizamento da ação, seguido da execução da atribuição legal (competência, conforme uso de parte do direito administrativo) de provocar o Judiciário para a persecução e repressão do suposto ímprobo.

Ora, um dos grandes pontos de fragilidade do modelo objetivante de investigação, a despeito de pouco explorado, está em justamente ignorar a circunstância de ser o ajuizamento da ação de controle já uma manifestação decisória, levada a efeito pelo legitimado a figurar no polo ativo. Em se admitindo isso – e razões consistentes parecem advogar a causa favorável ao aceite de tal assertiva – supracitada manifestação, porque oficial, deveria reverência ao princípio da motivação (salvo exceções pontuais, toda e qualquer decisão exarada por esferas oficiais devem ser motivadas). Para galgar legitimidade, essa motivação não poderia escapar de ponderação coerente com dois pilares elementares do arcabouço sancionador do ímprobo: materialidade da infração e responsabilidade subjetiva do(s) demandado(s), ainda que com tons naturalmente indiciários e consentâneos com o momento de propositura da demanda.

Nesse sentido, a fase preliminar de investigação da improbidade dialoga frontalmente com interesse do investigado, devendo seu eventual desfecho, com a potencial propositura da ação civil, ser considerado um juízo de valor não definitivo do Estado que, desde logo, implica-lhe algum gravame (pelos sérios e inescapáveis reflexos proporcionados ao investigado tão-só pelo ajuizamento da demanda). Assim, no mínimo, a fase preliminar de investigação envolve controvérsia entre Administração (sentido largo) e administrado, a ser encerrada sempre com uma solução (mesmo não definitiva) adotada pela primeira.

Demais disso, tais componentes – polos da relação, controvérsia e solução – ingressam nos exatos termos em que o Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – Para Ibero-América define o processo administrativo extrajudicial:

Art. 3o (Processo administrativo extrajudicial)

Considera-se processo administrativo, submetido às garantias do contraditório e da ampla defesa, todo e qualquer procedimento destinado a preparar decisões administrativas que possam incidir sobre interesses ou direitos dos interessados, assim como todo e qualquer procedimento em que se configure uma controvérsia entre a Administração e o interessado, ou entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, cuja solução possa advir da Administração.

Gustavo Senna (2012, pp. 13-23) descarta a obrigatoriedade do inquérito civil, mas recomenda extrema cautela ao Ministério Público quando dispensá-lo e ainda sustenta a necessidade de se permitir a participação do investigado na apuração extrajudicial dos fatos, sempre que tal medida não trouxer prejuízo concreto à sua efetividade, porque assim o resultado das investigações lograria maior legitimidade e forneceria melhores subsídios para a formação do convencimento a respeito do ajuizamento ou não da demanda de controle. Transcrevem-se as seguintes passagens:

[...] Todavia, o entendimento acima de forma alguma quer significar a total impossibilidade da participação do investigado ou de seu patrono nas investigações, pois julgamos que deve o órgão de execução do Ministério Público franquear ao máximo a referida participação, posto que poderá ser bastante útil para uma maior efetividade do próprio inquérito civil, na medida em que o investigado poderá fornecer esclarecimentos sobre os fatos apurados por meio das suas próprias declarações ou de testemunhas por ele indicadas, de entrega de documentos pertinentes com o fato a ser investigado e até mesmo com a indicação de eventual perícia, lembrando, porém, que tudo passará pelo crivo da avaliação discricionária do presidente das investigações. Aliás, é de se observar que quanto mais se permitir uma participação efetiva do investigado e seu patrono durante a tramitação do inquérito civil, maior valor terá a prova colhida, além de poder representar economia em relação a futuras diligências a serem realizadas em eventual processo coletivo. Dessa forma, não havendo prejuízo, deve o Ministério Público admitir o contraditório, especialmente porque o órgão ministerial, como destacado, deve conduzir as investigações de forma imparcial, em busca da defesa dos interesses sociais e indisponíveis [...]

Marino Pazzaglini Filho (2011, pp.169-180) externa visão similar. Pontuando o caráter facultativo do inquérito civil, ressalta o dever de “elucidação correta” que deve nortear a atuação do Ministério Público (raciocínio que, sem exageros, pode ser extrapolado para os demais legitimados ativos) na fase investigativa anterior ao ajuizamento da demanda, conduzindo-a de forma “honesto, parcial e legítima”. Recomenda a utilização de procedimento investigativo inominado no caso de indícios que não autorizariam a instauração

imediate de inquérito civil e aponta como mandamentos ordinários, regentes da atividade investigativa, o princípio da publicidade e o do contraditório – com as modulações cabíveis diante da natureza pré-processual do estágio em tela, ou seja, conciliando-se “os interesses da investigação com os interesses do agente público investigado...”. A esse respeito, acrescenta o autor, sempre que não trouxer riscos concretos ao bom desenvolvimento da investigação, ao sujeito passivo deve ser garantido o direito a ter conhecimento de seu conteúdo como também pode ser convidado para prestar declarações e apresentar sua versão dos fatos.

Mas não é só. Há de significar algo a remissão contida na Lei de Improbidade à Lei 8.112/90 naquilo em que dispõe sobre inquérito disciplinar e submissão ao contraditório e à ampla defesa. Observe-se que ao cogitar de um cenário de ausência de indícios, a LIA prevê, em sendo investigados servidores públicos federais, um procedimento investigativo igualado ao previsto na Lei 8.112/1990, o qual consigna a oportunidade de oitiva pessoal dos envolvidos. Não se imagina razão jurídica consistente para se dar tal oportunidade aos servidores federais e, ao mesmo tempo, negá-la à generalidade de investigados que não ostentam tal condição funcional; também não se enxerga razão habilitante para se exigir, por exemplo, da União (sujeito ativo legitimado) a concessão de tal oportunidade ainda na fase de investigação e eximir de igual cuidado o Ministério Público.

Nem se diga que tal garantia fora consignada apenas porque de tal investigação podem derivar sanções administrativas disciplinares além da deflagração de uma demanda de controle de improbidade. A Lei 8.429/92, especial que é quanto ao aspecto material por ela versado, tem em mira a investigação e repressão da improbidade, não sendo de sua preocupação satisfazer peculiaridades de estatutos funcionais de servidores. Em outras palavras, se ela igualou os procedimentos, seria aceitável acreditar que o fez porque reputou necessária a manutenção de uma simetria investigativa, manutenção de simetria essa que abarca a concessão de oportunidade ao investigado para prestar pessoalmente os esclarecimentos e argumentos de defesa em seu favor.

Nessa toada, portanto, a investigação preliminar da improbidade pode ser compreendida como atribuição a ser desenvolvida no contexto de um procedimento (extrajudicial) administrativo submetido - com as ressalvas, mitigações e contenções razoavelmente aceitáveis no âmbito de um procedimento preparatório de eventual processo judicial - a garantias que podem ser reconduzidas a projeções categóricas do direito ao

contraditório e de defesa, inexistindo qualquer preceito ou grupo de preceitos legais atualmente vigentes capazes de impedir tal solução interpretativa.

Demais disso, tendo o STJ firmado entendimento uníssono segundo o qual é necessário, para fins de condenação do sujeito passivo nos termos da Lei de Improbidade, ser demonstrado o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10 (AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011; REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; e EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010), é de se admitir que a oitiva pessoal dos possíveis demandados, na fase investigativa e diante do legitimado ativo, traria ao menos uma potencial contribuição – que se imagina relevante – para o apanhar de elementos mais seguros, mesmo sob um viés indiciário, quanto ao comparecimento ou não de dados sugestivos de dolo ou culpa no agir de cada um dos supostos envolvidos.

Esse pensar deriva do raciocínio de que a oitiva do investigado, bebendo da mesma fonte de que nascem o direito a contraditório e o direito à audiência (*day in court*), propicia ao órgão encarregado de decidir – e o sujeito ativo, como posto acima, deverá decidir se ajuíza ou não a ação de controle – uma verdadeira interação com os investigados, permitindo-lhe conhecê-los e nesse mesmo palco explorar aspectos que dificilmente podem ser captados com fidelidade por provas documentais (discernimento, espontaneidade, sinceridade, etc.) a fim de melhor e com mais robusto lastro formar seu convencimento.

Acrescente-se não depender a oitiva de qualquer aparato estrutural diferenciado (tecnologia material) ou conhecimento técnico especializado (como ocorre nas perícias). Suas condições de realização resumem-se à presença e à vontade de seres humanos capazes de comunicação e de meio hábil (desde papel até vídeo) para registrar o depoimento.

Comparativamente, não se permite olvidar, jamais, que na seara penal a oitiva do indiciado (posição equivalente a dos investigados, para fins da improbidade administrativa) é medida a ser realizada desde o inquérito, determinando o Código Processual Penal¹⁷ que se

¹⁷ Decreto-Lei 3.689, de 1941, art. 5, V.

observe, no que cabível, a disciplina do interrogatório do réu em fase processual (atualmente, isso significa garantia de contraditório e exercício de direito à defesa). Ora, se o Código de Processo Penal, criticado por moldar “[...]uma fase investigatória agressivamente inquisitorial, cujo resultado foi uma conseqüente exacerbação dos poderes dos agentes policiais” (OLIVEIRA, 2011, p. 7), já determinava mesmo em sua redação original fosse o indiciado ouvido quando da investigação pré-processual, ressoa como profundo contrassenso entender pelo descabimento de idêntica diligência quando a esfera punitiva deixa de ser a criminal e passa a ser a da improbidade, estruturada que foi após o restabelecimento do regime democrático no Brasil.

Na trilha interpretativa do modelo objetivante de investigação, a improbidade seria o único nível punitivo a recusar a participação do investigado na fase extrajudicial de apuração, enquanto no nível punitivo superior (criminal) e no inferior (puramente administrativo, de caráter disciplinar) a oportunidade de oitiva seria tranquilamente acolhida. Mas qual seria a razão legítima a justificar tal dessemelhança?

Vale frisar que o Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – Para Ibero-América, sem discrepar da tendência predominante, abarcou o direito de ser ouvido ao lado de inúmeras outras garantias relacionáveis. A exposição de motivos habilita tal depreensão (p. 5):

[...] é marca do Projeto a simetria entre os princípios fundamentais e as regras gerais do processo administrativo extrajudicial (cada vez mais frequente) e do processo administrativo jurisdicional. O princípio da verdade real no processo extrajudicial (art. 10) mantém simetria com o dos poderes instrutórios do juiz (art. 41); o princípio da oficialidade (art. 9o), com os do impulso processual (art. 46) e o da ordem processual (art. 47); o da publicidade e do direito à informação (art. 18), com o da publicidade processual (art. 50); os princípios da moralidade e da boa-fé, com os da boa-fé e lealdade processual (art. 48). O contraditório e a ampla defesa devem corresponder não apenas ao direito de ser ouvido – tendo seu Day in court – ou de produzir provas, mas principalmente ao de obter uma decisão que considere os argumentos deduzidos (arts. 6o e 7o), o que mantém correspondência com o contraditório na fase jurisdicional (arts. 39 e 49), impedindo-se que haja desconsideração da pessoa jurídica ou a constituição de um título executivo tributário não precedido de processo administrativo prévio (arts. 16 e 17).

Em suma, de acordo com a linha interpretativa ora exposta, seria compatível com a Lei 8.429/1992 a inteligência de que a concessão de oportunidade de oitiva pessoal, em favor dos investigados, consubstanciaria diligência básica apta a compor o núcleo de um “mínimo exigível” do legitimado ativo, a ser por ele preenchido na fase investigativa. Não se podem

afastar hipóteses em que seria talvez excepcionável essa diligência – como no caso de impossibilidade física¹⁸ de realização, devidamente documentada; prévio inquérito policial ou processo administrativo disciplinar, versando sobre exatamente os mesmos fatos, em que tal faculdade houvesse sido regularmente concedida e efetivamente exercida pelos investigados, não tendo decorrido distanciamento temporal e superveniência de outras circunstâncias que recomendariam a renovação do ato – mas prevaleceria como regra a ser seguida.

Esse seria um sentido extremamente razoável a se extrair do conjunto normativo posto. Como será exposto adiante, depende sua assimilação não de qualquer alteração ou reforma no texto normativo, mas sobretudo de uma escolha ética.

5.2 Escolha ética e modelo de investigação da improbidade: do agir estratégico ao agir comunicativo

Em uma primeira lição, assimila-se “ética” à constelação de valores e à ideia de bem viver comuns a determinado grupo social, ou como diz Peter Singer (1994, p. 4-6), “[...] um conjunto de regras, princípios ou maneiras de pensar que guiam, ou chamam a si a autoridade de guiar, as ações de um grupo em particular (moralidade), ou é o estudo sistemático da argumentação sobre como nós devemos agir (filosofia moral).”

Toda e qualquer conduta está situada dentro da ética, quer condutas que partilham de valores pretensamente revestidos de maior generalidade ou adesão (v. g. respeito à vida, equilíbrio ambiental, limitação e condicionamento da atividade econômica) ou de valores que, dentro de determinado paradigma, alcançariam menor grau de generalidade ou adesão (v.g. priorização do lucro, custo-benefício, retorno econômico da atividade, ainda que com sacrifício do equilíbrio ambiental). Contrapostas, as duas pautas éticas acima exemplificadas seriam antiéticas entre si.

Nesse passo, compreender um texto normativo, extrair seu significado e, a partir dele, estruturar padrões de conduta conformes ao ordenamento jurídico, enquanto tarefa humana,

¹⁸ Assim entendida a impossibilidade que impede comunicação com os investigados, seja por razões de sanidade física ou psíquica, seja por inacessibilidade do local em que se encontram.

envolverá a associação de diversos fatores, em um verdadeiro concerto multidisciplinar. Circunstâncias históricas, econômicas, tendências ideológicas e filiações éticas, dentre outros, serão ingredientes de sua elaboração. Mesmo sem que deles seja a presença notada de forma consciente, estarão sempre lá, sussurrando respostas nos ouvidos do intérprete que se supõe alheio a tudo isso.

Partindo desse mote, o modelo investigativo adotado no processo nº 0000350-05.2009.4.05.8501, da 6ª Vara Federal de Sergipe e o seu discurso de legitimação, colocados sob a perspectiva da ética, vão revelar uma pauta de conduta que traça antagonismo entre grupos de valores, tal qual acima ilustrado. Implicitamente, o núcleo duro de sua concepção enxerga na aplicação procedimental ajustada das garantias de defesa um elemento acidental, não necessário nem útil, mas até certo ponto indesejável¹⁹, durante o estágio extrajudicial de investigação. Por esse motivo, qualquer passo favorável à extensão ajustada de garantias recebe a classificação de ato de desmedido formalismo, contrário à eficiência e à racionalidade, inconciliável com a fase de investigações.

Iluminando-se outra faceta dessa moldura ética que anima o modelo investigativo aqui retratado, é possível vislumbrar nela embutido o propósito de reforçar a imagem de “autoridade burocrática” das instâncias incumbidas de realizar a investigação extrajudicial da improbidade. Insistindo em palavras-chave como “natureza inquisitiva”, “princípio da obrigatoriedade” e “dever de agir”, reservam pouca ou nenhuma atenção à circunstância de que as instâncias investigativas também devem, como agentes do Estado, atuar subordinadamente às garantias constitucionais e, dentre elas, à posição suprema do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mitigando todo o peso e a gravidade que intrinsecamente acompanham uma investigação por ato de improbidade, essa linha de pensar e de agir pretende dar por exitosamente cumprido o dever institucional que toca aos legitimados ativos – dever de concorrer para a tutela da probidade e do direito fundamental à boa administração - principalmente e tão-só com o ajuizamento da ação civil junto ao Judiciário, tratando com indiferença a falta ou demasiada fragilidade de elementos indicativos de responsabilidade subjetiva aptos a sugerir plausibilidade mínima de êxito final da demanda.

¹⁹ Indesejável sob o pretexto recorrente de que poderiam causar tumulto ao bom andamento da investigação.

Noutras palavras, o objetivo que está verdadeiramente a guiar, no plano da ética, o modelo investigativo em foco é o de facilitar ao extremo a propositura de demandas de controle, mas não exatamente o de concorrer para o reforço da probidade e do direito à boa administração. Com essa estratégia, os legitimados ativos minimizam a escalas microscópicas a realidade de que exteriorizam uma decisão oficial toda vez que ajuízam semelhante demanda, fazendo parecer a olhos menos atentos que ao Judiciário recai com inteireza e exclusividade o ônus de banir a impunidade, sancionar os envolvidos e eliminar o mal da corrupção no Brasil. Quanto a eles, os legitimados ativos, para esses olhos menos atentos sua missão já fora suficientemente cumprida: levaram ao Judiciário “as denúncias” de corrupção e pouco ou nada mais pode deles ser exigido, porque “nada decidem”.

Tal leitura – inspirada por uma ética reducionista, exprimindo de forma eloquente um modelo de agir estratégico que resulta na indiscriminada judicialização de controvérsias – vem dando azo à propositura de ações civis por improbidade cujo lastro de “justa causa” encontraria arrimo em informes que não foram objeto de procedimento algum (ou seja, não passaram pelo crivo das garantias mínimas de defesa) ou em procedimentos que não foram concebidos para o nível punitivo em que se desenvolve a persecução da improbidade, pecando, neste último caso, justamente por não conceder oportunidade para que os investigados sejam ouvidos pessoalmente antes de se deliberar sobre a propositura ou não da ação civil.

A conformação ética, portanto, desse modelo investigativo é profundamente marcada pelo que pode ser designado como consecução do sucesso de seu agir (propositura de demandas de controle da improbidade em maior número e no menor tempo possível) e de verdadeiro alheamento da figura dos investigados, conduzidos à posição de objeto capturados pelo poder de autoridade²⁰.

Com base no “Pensamento pós-metafísico”, de Jürgen Habermas (1990, pp. 70-77), há de se enxergar em tal modelo um agir estratégico. Reproduz-se, do autor, o seguinte:

[...] A racionalidade orientada para um fim aponta para as condições necessárias a uma intervenção, eficiente do ponto de vista causal, no mundo dos estados de coisas existentes; ao passo que a racionalidade dos processos de entendimento mede-se pelo conjunto de condições de validade exigidas para os atos de fala, por pretensões de validade, que se manifestam através de atos de fala, e por razões para o resgate discursivo dessas pretensões [...] No agir manifestamente estratégico os atos de fala, emasculados ilocucionariamente, perdem o papel de coordenação da ação em favor de influências externas à linguagem. A linguagem debilitada passa a preencher

²⁰ Autoridade em sentido burocrático.

apenas as funções de informação. [...] A ação de fala só é exortação na aparência: de fato, ela é uma ameaça: [...]

Como se percebe, a visão habermasiana contrapõe ao agir estratégico o agir comunicativo. No primeiro, as condutas são preconcebidas e executadas em satisfação de uma finalidade; não há diálogo entre sujeitos, mas “dominação” (ameaças). No segundo, chega-se a uma decisão como fruto de um processo de entendimento, isto é, de diálogo entre sujeitos que se respeitam reciprocamente.

Em nada se exagera com a associação do modelo investigativo em esquadrinho à ideia de “dominação” ou de “ameaças”. Ora, um dos argumentos centrais em que busca respaldo para descartar a inclusão participativa dos investigados reside justamente na realçada natureza inquisitiva de tal fase. Ainda que seu conceito tenha sido atualizado ao longo do tempo, o significado histórico que se prende ao vocábulo “inquisição” deixa claro que a essência de um ato de tal estirpe implica a submissão de seu alvo a um poder superior, praticamente inquestionável.

Noutra vertente, quem usa do agir estratégico, age como observador externo dos atos e fatos da vida, como se em outro mundo estivesse. Não interage com os envolvidos em tais atos e fatos, porquanto constituem objetos de sua observação; tampouco assume o dever de construir decisões referentes a tais eventos, portando-se como um terceiro estranho aos seus desdobramentos desde que o seu “projeto de sucesso” tenha sido alcançado.

Transcreve-se outro trecho da obra acima referida (1990, p. 97):

Quem age estrategicamente continua mantendo às costas o seu mundo da vida ou pano de fundo e tendo ante os olhos as instituições ou pessoas de seu mundo da vida – ambas as coisas, porém, numa figura modificada. O mundo da vida que serve de pano de fundo é curiosamente neutralizado quando se trata de vencer situações que caíram sob imperativos do agir orientado pelo sucesso; o mundo da vida perde sua força coordenadora em relação à ação, deixando de ser a fonte garantidora do consenso. E como todos os outros dados do mundo da vida (que nesse momento não é mais compartilhado intersubjetivamente), também os participantes da ação aparecem apenas como fatos sociais – como objetos que o ator pode influenciar (eventualmente com o auxílio de efeitos perlocucionários), ou induzir para que apresentem determinadas reações. Entretanto, o enfoque objetivador e estratégico impede que o agente se entenda com eles no nível de uma segunda pessoa. Portanto, o observador instruído nas ciências sociais pode descobrir, no mundo da vida que ele analisa, seqüências de ação (e em certas circunstâncias até sistemas de ação) que não são integrados através de valores, normas ou processos de entendimento, mas, quando muito, através da influência recíproca, como, por exemplo, através das relações do mercado ou do poder.

Diferentemente, caso o modelo investigativo em tela buscasse arrimo ético em um agir comunicativo, aqueles designados como legítimos ocupantes do polo ativo assumiriam postura “performativa de um falante” (HABERMAS, 1990, p. 74), estabelecendo com os investigados uma relação entre sujeitos dispostos a ouvir e falar uns com os outros.

Expõe assim o autor o que representaria o agir comunicativo (1990, pp. 76-83):

O esboço do agir comunicativo é um desdobramento da intuição segundo a qual o *telos* do entendimento habita na linguagem. O conceito “entendimento” possui conteúdo normativo, que ultrapassa o nível da compreensão de uma expressão gramatical. Um falante entende-se com outro sobre uma determinada coisa. E ambos só podem visar tal consenso se aceitarem os proferimentos por serem válidos, isto é, por serem conformes à coisa. O consenso sobre algo mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo da validade de um proferimento fundamentalmente aberto à crítica [...]somente ao agir comunicativo é aplicável o princípio segundo o qual as limitações estruturais de uma linguagem compartilhada intersubjetivamente levam os atores - no sentido de uma necessidade transcendental tênue – a abandonar o egocentrismo de uma orientação pautada pelo fim racional de seu próprio sucesso e a se submeter aos critérios públicos da racionalidade do entendimento.

Realça-se, pois, a intersubjetividade e os titulares do dever de apurar extrajudicialmente a ocorrência do ímprobo deixam a cadeira de observadores estranhos aos atos e fatos da vida para participar de um processo de entendimento que não irá conduzir necessariamente a um resultado específico já antevisto (sucesso objetivado; propositura da ação), mas sim à reconstrução da verdade possível acerca dos referidos eventos para que então decidam realmente se devem ou não – e em que termos – provocar o Judiciário em busca da tutela repressiva.

Por falar em verdade possível, em “Verdade e justificação” (2004, pp. 46-47) Jürgen Habermas expõe o sentido procedural da verdade, correlacionando-a a uma prática argumentativa cujas condições ideais prévias coincidiriam com “(a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos, (b) distribuição eqüitativa dos direitos de comunicação, (c) caráter não-violento de uma situação que admite apenas a força não-coercitiva do melhor argumento, e (d) a probidade dos proferimentos de todos os participantes.”

Não se quer no presente trabalho, em hipótese alguma, sugerir que uma das ideias mais fortes dos escritos habermasianos, qual seja, a construção de decisões a partir do consenso argumentativo e convencimento racional de todos envolvidos, deva ser tomada

literalmente, em caráter rígido e assim transplantada a um modelo de investigação extrajudicial da improbidade. Reconhecem-se desafios práticos à realização de todos os pressupostos ideais requeridos à aquisição da verdade em sentido procedural. Igualmente, crê-se extremamente rara a possibilidade de um investigado expressar concordância diante de eventual decisão de propositura de uma ação de controle em seu desfavor. É de se esperar, pelo que da condição humana é sabido, uma reação de contrariedade e de resistência em semelhante hipótese, mesmo que porventura o íntimo inescrutável da consciência diga ao demandado que o desfecho é, sim, merecido.

Todavia, quando se amplia o enquadramento para capturar o conjunto de atores diversamente impactados por uma investigação extrajudicial de improbidade (legitimado ativo que executa a investigação; investigados; sociedade que anseia pela proteção da probidade e Judiciário, que terá que decidir pela admissibilidade da demanda e ao fim por sua procedência ou não), a prática argumentativa pode ao menos contribuir fortemente para que essa constelação de afetados convença-se “[...] tanto mais facilmente da verdade de concepções empíricas, quanto mais claramente as razões estabelecerem uma conexão interna entre a posse de opiniões aceitáveis e a aquisição racional dessas opiniões [...]” (HABERMAS, 2004, p. 51).

Passando a outro giro, a escolha ética que irá parametrizar a interpretação da Lei de Improbidade deve levar em conta a carga moral que ela traz consigo. Novamente Habermas, no seu “Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso” (1989, p. 67-68), assevera que a lei (gênero), naquilo em que orientada a uma pretensão de validade universal, alcança sua autoridade moral:

[...] A indignação e o ressentimento são dirigidos contra outra pessoa *determinada*, que fere a nossa integridade; mas essa indignação não deve seu caráter moral à circunstância de que a interação entre duas pessoas tenha sido perturbada. Mas antes à infração de uma *expectativa normativa* subjacente, que tem validade não apenas para o Ego e o Alter, mas para *todos os membros* de um grupo social, e até mesmo no caso de normas morais estritas, para todos os atores imputáveis em geral. É só assim que se explica o sentimento de culpa, que acompanha a autocensura do autor da infração. À censura do ofendido corresponderão os escrúpulos de quem cometeu uma injustiça, se este reconhecer que feriu ao mesmo tempo, na pessoa do ofendido, uma expectativa impessoal, ou em todo o caso suprapessoal, e subsistindo igualmente para ambas as partes. Os sentimentos de culpa e de obrigação remetem além do particularismo daquilo que concerne a um indivíduo em uma situação determinada. Se as reações afetivas, dirigidas em situações determinadas contra pessoas particulares, não estivessem associadas a essa forma *impessoal* de indignação, dirigida contra a violação de expectativas de comportamento generalizadas ou normas, elas seriam destituídas de caráter moral. É só a pretensão a uma validade *universal* que vem a conferir a um interesse, a uma vontade ou a uma norma a dignidade de uma autoridade moral.

Difícilmente pode ser apontada outra espécie infraconstitucional capaz de superar a Lei 8.429, de 1992, naquilo em que ambiciona o papel de autoridade moral. Seu verdadeiro escopo, já tantas vezes aqui apontado, é o de reforçar o dever de probidade na gestão pública, garantindo a integridade do direito fundamental à boa administração. Ou seja, é ela integralmente devotada a uma missão de evidente densidade moral. Seria simplismo imaginar que seu objetivo se esgota na aplicação das sanções previstas em seu corpo, porque sua meta não é punir simplesmente, mas punir quando necessário ao cumprimento de seu papel moral e em termos que garantam a efetiva realização de tal papel, trazendo, para o êxito do combate à improbidade, a carga de indignação e de censura que merece ser deflagrada quando violada a expectativa geral, universal, de que os recursos públicos materiais e imateriais sejam aplicados em suas devidas finalidades, com eficiência e honestidade.

Por isso mesmo, diante da gravidade de seu apetite moral, a LIA não pode ser nivelada ao atacado das sanções extrapenais, pois a sua aplicação, mais do que qualquer outra, não pode ser desenvolvida a contento quando se tenta criar um antagonismo de fachada, artificial, entre garantias mínimas de defesa na fase extrajudicial de apuração e a efetiva tutela da probidade administrativa.

Cuidando-se do óbvio, surge como indisputável a exigência de que o primeiro exemplo de reconhecimento da autoridade moral da Lei 8.429, de 1992, e sua utilização em conformidade com tal atributo deve ser dado pelo Estado, isto é, pelos atores institucionais legitimados a figurar ativamente em juízo e por tal motivo investidos da atribuição de investigar extrajudicialmente supostas ocorrências ímprobas. Não foram eles graciosamente convidados a usufruir poderes em nome do diploma normativo, mas sim sua própria existência, sua razão ideal, jurídica e (com sorte) material de ser só encontra sentido em função de uma meta de excelente cumprimento de deveres, cujo pano de fundo não pode ser outro senão o de perfeita coordenação e potencialização de princípios constitucionais que também se orientam eticamente em razão de sua autoridade moral.

A fase extrajudicial de apuração da improbidade, por decorrência, deve guardar plena sintonia com a autoridade moral que se extrai da LIA; uma força que a torna capaz de evidenciar a injustiça das práticas ímprobas e de reforçar a justiça que encarnam a lisura e a honestidade no trato com a Administração. Isso implica a habilidade de demonstrar, desde antes do ajuizamento da demanda e junto aos investigados inclusive, as razões pelas quais

será ela intentada, admitindo-se assim que a instauração da via judicial para o controle da improbidade resulta de uma verdadeira decisão que, para além da materialidade dos fatos, sinceramente considerou a presença de elementos mínimos, mas reais, de culpabilidade²¹ dos eleitos para ocupar o polo passivo.

Demais disso, como Habermas esclarece e complementa no primeiro volume do seu “Direito e democracia: entre faticidade e validade” (1997, p. 116-118), enxergar a lei além do mero referencial burocrático, identificando-lhe a dimensão que permite atuar como reservatório moral, proporcionará uma desoneração individual do encargo de se avaliar recorrentemente a correção moral de cada uma das atitudes praticadas, porque a correção diante da lei, nesse caso, já significará correção moral. E isso, em uma realidade de seres dotados de raciocínio, consciência e discernimento, torna exequível a vida em sociedade justamente por concorrer em favor da legitimidade do mesmo ordenamento jurídico dado à disciplina de suas relações.

Ainda nesse ponto, é preciso ter em mente que o exercício do poder, instrumentalizado por um sistema normativo que não se confunde com uma mera ordem de dominação, encontra sua legitimação no Direito devotado à justiça e isso, por sua vez, depende do reconhecimento e mobilização de poderes comunicativos dos cidadãos (HABERMAS, 1997, p. 169-187). Ou seja, a invocação e exercício de poderes públicos, na fase de investigação da improbidade, também não pode se distanciar do vetor justiça e do espaço de diálogo por ele requerido, pois do contrário subverte-se em mecanismo de força, de dominação, de imposição de autoridade em sentido burocrático.

Cumprido encarecer, persistindo-se no enfoque habermasiano (1989, p. 68), que a legitimidade de normas e das condutas praticadas a pretexto de dar vida a essas mesmas normas são pressupostas sob a condição de que se exponham cabalmente suas razões legitimadoras sempre que necessário. Consequentemente, indica-se mais um motivo para substituição de uma pauta de conduta objetivante por uma de engajamento (intersubjetividade), focada no discurso de primeira e de segunda pessoas, com o emprego de procedimentos simétricos.

Isto é, como do mesmo mundo fazem parte legitimados ativos e investigados e, demais disso, o evento que lhes estabelece o vínculo encontra sua existência nesse mesmo mundo, a

²¹ Assim entendida como termo que agrega tanto o dolo como a culpa.

legitimidade da atividade investigativa dos agentes oficiais encarregados de tal tarefa estaria intimamente ligada a uma pauta ética proporcionadora da intersubjetividade e da simetria possível entre os protagonistas desse estágio extrajudicial.

Apenas com o engajamento - em que o legitimado ativo relativiza seu pedestal de autoridade burocrática observadora para assumir a postura de um “falante” que, por simetria, também é concedida aos investigados²² - a conduta investigativa da improbidade estará alinhada às metas morais da LIA, metas essas que guardam perfeita identificação com os bens jurídicos cuja tutela deve fornecer. Só assim o ajuizamento de uma ação de controle significará não um mero êxito estratégico²³ — mas sim um produto da preocupação consciente e responsável de se buscar nas sanções da LIA uma forma de resguardar a probidade e a boa administração. Leia-se novamente em Habermas (*idem*, pp. 64-65) o seguinte:

[...] Aos sentimentos do ofendido corresponde a gratidão daquele a quem se faz um benefício e à condenação da ação injusta a admiração da boa. Inúmeras são as nuances do nosso sentimento para a indiferença, o desprezo, a malevolência, a satisfação, o reconhecimento, o encorajamento, o consolo, etc. Naturalmente, os sentimentos de culpa e de obrigação são centrais. Neste complexo de atitudes afetivas, passível de ser esclarecido pela análise da linguagem, o que interessa a Strawson inicialmente é o fato de que todas essas emoções estão inseridas numa prática cotidiana a qual só temos acesso numa atitude performativa. É só assim que a rede de sentimentos morais adquire uma certa *inevitabilidade*: o engajamento que assumimos na medida em que pertencemos a um mundo da vida não é algo que possamos revogar a nosso bel-prazer. A atitude objetivante em face de fenômenos que devemos ter percebido de início a partir da perspectiva de um participante é secundária relativamente a isso [...]

Por sua vez, Anthony Giddens (1996) confere apoio a um modelo de atuação institucional dialógico e simétrico ao deixar claro que, mesmo na modernidade, a premissa é a da confiança. Não se pode agir, nessa perspectiva, adotando por presunção a crença de insubordinação legal e moral a adjetivar a conduta de investigados, porque à desconfiança o lugar é de exceção. Agir com desconfiança, calcado na premissa de insubordinação legal e moral, serve de pano de fundo a um ato de justificação e não de fundamentação propriamente dito, uma vez que por justificação há de se entender a seleção de argumentos com o propósito de amparar uma convicção preexistente ao apropriado conhecimento das condutas assim valoradas.

²² Restituídos, portanto, à possibilidade de fala.

²³ Por exemplo, o objetivo adornar estatísticas vazias de resultado prático, mas servidas à sociedade como mostra da suposta operosidade de alguns legitimados ativos

Em outras palavras, o agir estratégico, a postura objetivante e a premissa de desconfiança não informam uma decisão racionalmente apreciável, mas uma aparência de decisão que dissimula a transferência de tal atribuição para um outro momento posterior ou mesmo outra esfera institucional. No contexto do presente trabalho, essa outra esfera institucional, destinatária da transferência dissimulada, seria o Judiciário.

A título de objeção a ser eventualmente contraposta ao caminho aqui defendido, admite-se que a interpretação da LIA guiada pela opção ética que apoia o modelo objetivante, excludente ou de terceira pessoa, tal qual exposta nos capítulos 03 e 04 do presente texto, pode ser mais fácil e diretamente identificada com o texto da Lei de Improbidade. Nesses termos, sua aceitação, porque também reflexo de noções dogmáticas tradicionais um tanto arraigadas no pensamento jurídico, encontraria possivelmente maiores chances de preponderar sobre uma exegese sistemática inspirada em uma escolha ética partidária do agir comunicativo.

Sem embargo disso, o Direito não existe para corresponder sempre ao “mais tradicional”, “mais fácil” ou “melhor aceito”. Não há nenhum óbice técnico à interpretação sistemática das regras atinentes à fase extrajudicial de investigação da improbidade, cujo resultado consiste em exigir dos legitimados ativos, ressalvadas exceções pontuais, o oferecimento de oportunidade para que os investigados sejam pessoalmente ouvidos antes de se decidir pela propositura ou não da ação de controle.

Por isso, a adoção de uma ou de outra solução interpretativa, todas comportadas pelo diploma legal, resolve-se em uma escolha ética. E se a questão tem fundo ético, curial recordar que o poder e o Direito precisam andar de mãos dadas com o compromisso de realizar justiça e, assim, preservar sua legitimidade. Do contrário, irão exercer dominação, força, imposição.

E, se o foco é justiça, as opções éticas que sustentam uma e outra solução interpretativa não deixam margem a hesitações: o valor justiça é largamente melhor realizado por um modelo investigativo inspirado em um agir comunicativo. Para combater a deslealdade da corrupção, reputa-se como melhor caminho o da irrestrita lealdade para com a aliança que ordenamento brasileiro, desde a Constituição, estabeleceu com o princípio da dignidade da pessoa humana. Ser humano, dignamente considerado, é o humano dono de voz.

6 **ALGUMAS PALAVRAS SOBRE A PRODUÇÃO DE EFEITOS PREVISÍVEIS RESULTANTES DA APLICAÇÃO DA LIA E MENTALIDADE BUROCRÁTICA NO CONTROLE DA IMPROBIDADE: UMA VISÃO WEBERIANA**

No capítulo segundo do presente texto, ao se realçar alguns aspectos históricos do contexto de elaboração da Lei de Improbidade, sinalizou-se à hipótese de que sua criação não coincidiria, apesar das aparências em contrário, com o desiderato de reprimir eficazmente a corrupção e realmente tutelar a probidade e o direito à boa administração, aduzindo-se ainda que uma leitura acrítica do diploma legal, impressionada pelo texto e formal gravidade das sanções, na prática concorreriam para que frustrante profecia fosse tornada realidade.

Agora, destacada a dimensão ética que marca a escolha da solução interpretativa quanto ao modelo de investigação extrajudicial a ser adotado nos casos de improbidade, retoma-se a crítica ao modelo objetivante com apoio em Weber, tentando-se assim explicar como referida opção estaria possivelmente associada aos problemas de eficácia enfrentados pela LIA quanto à satisfação dos escopos para o quais aparentemente fora concebida²⁴.

Complementarmente, buscar-se-á identificar um elo entre o referido modelo e as lacunas de eficácia do diploma legal sob a perspectiva das respostas dadas pelo Judiciário ao apreciar o mérito das ações de controle.

6.1 **Weber, direito, burocracia e resultados previsíveis**

Max Weber (2004) admite o Direito em diferenciadas manifestações. Não impõe requisitos estritos ao tentar identificar o Direito tal qual como posto e praticado nas diversas nações, preferindo atribuir ao mesmo diferentes graus de racionalidade tanto em sua elaboração como em sua aplicação.

Realizando estudos sociológicos comparativos entre o Direito europeu (ocidental) e o Direito da China, Índia e nações islâmicas, Weber encontrou atributos únicos no primeiro que,

²⁴ Tutela da probidade e do direito à boa administração, como visto.

distinguindo-o dos demais, contribuiria para explicar o motivo de ter nascido o capitalismo na Europa.

Na esteira de Trubek (2007), a propósito, cumpre ter em mente que:

Weber enfatizava sua crença em que os aspectos peculiares ao direito da sociedade européia não eram meros resultados ou reflexos de fenômenos econômicos. Explícita e repetidamente, ele negava que o surgimento destes aspectos peculiares ao sistema de direito europeu haviam sido causados pelo capitalismo. Rejeitando o determinismo marxista, que afirmava que fenômenos jurídicos são causados por forças econômicas fundamentais, Weber demonstrou que a peculiaridade dos sistemas de direito europeus teria de ser explicada, forçosamente, por fatores não-econômicos, tais como as necessidades internas da profissão jurídica e as necessidades de organização política. Fatores econômicos – especificamente as necessidades econômicas das classes burguesas – foram importantes, mas não determinantes, na formação das instituições de direito particulares à Europa.

A incursão weberiana acerca do Direito leva em consideração especial a existência ou não de um sistema jurídico formado por regras de solução prévias, gerais e universalmente aplicáveis, bem como a separação ou não entre os órgãos ou esferas encarregadas de elaborar e aplicar o direito e, por fim, a observância, ou não, na atividade de aplicação, de regras de solução igualmente prévias, gerais e universalmente aplicáveis.

De acordo com essas variáveis, o Direito seria classificável como (a) formalmente racional ou formalmente irracional e (b) substancialmente racional e substancialmente irracional, querendo o termo “formal” dimensionar o grau de autonomia do direito (ou seja, se as soluções seriam dadas ou não com a utilização exclusiva de regras do sistema jurídico) e o termo “substancial” querendo avaliar o nível de abstração e generalidade dos critérios de decisão.

Formalmente racional, portanto, seria o Direito revestido de autonomia, capaz de oferecer critérios de solução intrínsecos ao sistema. Substancialmente racional seria o direito formado por critérios de solução gerais e abstratos (portanto, prévios). Em havendo o encontro dessas duas características, estaria alcançado o grau de racionalidade lógico-formal.

No contexto de “Economia e Sociedade” e, a par das comparações sociológicas nele contidas, Weber atribuiu ao Direito europeu o grau de racionalidade lógico-formal, ligando-o a uma forma específica de pautar a conduta daqueles que vivem em sociedade – a dominação legal. Simplificando o significado de “dominação legal”, poderíamos afirmar que exprime

obediência à lei, feito que somente o Direito dotado de racionalidade lógico-formal seria capaz de realizar.

Em tal cenário, floresce a organização político-social baseada no “legalismo”, ambiente propício à calculabilidade (previsibilidade), estabilidade e segurança à liberdade negocial, uma vez que a regência da sociedade seria dada por regras gerais, prévias, abstratas, aplicadas de forma profissional (burocrática), em um processo também assim regulado.

Estariam dadas algumas das condições mais importantes, portanto, ao surgimento do capitalismo, em que a influência do fator “confiança” em um panorama que possa ser de antemão previsto e ponderado seria fundamental. Não por acaso, o Direito de racionalidade lógico-formal estaria, hoje, presente em todos os cantos do mundo em que se adota qualquer variação do modelo econômico capitalista.

Previsibilidade e dominação legal, em si, não poderiam ser valorados, de acordo com Weber, quer positiva quer negativamente. Nada mais razoável e compreensível que o desejo de querer saber quais consequências jurídicas trarão eventuais atos, se e quando praticados. Obedecer a uma lei, sobretudo se democrática e pretensamente igual para todos, parece bem melhor do que obedecer a um tirano de plantão, de humor variável, ou viver em eterno estado de beligerância.

Cumpram-se, no entanto, para a sutileza que subjaz à noção de previsibilidade e a dominação, tal qual externada por Weber. Na verdade, todo o pacote de Direito de racionalidade lógico-formal não inclui garantia de qualidade do conteúdo da lei, ou seja, não determina uma lei de conteúdo verdadeiramente moral e democrático e realmente capaz de funcionar para atingir o fim para o qual simbolicamente foi redigida. E aí é que a realidade de cada país, de cada nação, nos seus próprios termômetros de participação da sociedade civil na elaboração dos atos públicos, na sua cultura burocrática, vai ditar o ritmo da dança.

Pois bem. Conectando-se o pensar weberiano com temas realçados no primeiro momento do presente escrito - notadamente no que respeita aos dados sobre corrupção no Brasil, o exame antropológico e sociológico que se faz sobre sua recorrente manifestação, o modelo de Justiça Administrativa nacional e o contexto histórico de edição da Lei 8.429, de 1992 – torna-se mais compreensível a assertiva anteriormente aqui lançada (tópico 2.2) no sentido de que uma postura acrítica diante do texto quiçá impressionante da LIA poderia cegar os olhos do intérprete à possibilidade de que não foi o objetivo sincero de tutelar a

probidade e o direito fundamental à boa administração o móvel real que deu vida ao diploma legal, mas sim outro, institucionalmente mesquinho, de desviar o foco das condições de salvaguarda eficaz daqueles bens jurídicos para desfilas explicações maniqueístas sobre causas da corrupção que possivelmente tendem a apontar como sua fonte exclusiva (ou quase) a impunidade permitida por uma postura excessivamente branda do Judiciário (leia-se: julgamentos pela improcedência da pretensão de controle).

Perceba-se: enquanto todas as atenções estão, em tal perspectiva, voltadas à parada final do trajeto do combate da improbidade (o papel do Judiciário), tudo faz crer que permaneceriam como praticamente inquestionáveis, porque frutos imediatos da suposta excelência do texto legal, práticas de investigação dos legitimados ativos baseadas no modelo objetivante, excludente ou de terceira pessoa aqui estampado.

Sintomaticamente, acresça-se, não se tem notícia concreta de qualquer movimento de alteração significativa, em horizontes de curto e médio prazos, no arranjo institucional que demarca o exercício de autotutela pela Administração ou no sistema de Justiça Administrativa existente no Brasil. Tudo isso mais uma vez reforça a impressão de que o projeto de sucesso ditado pelo agir estratégico ora sob captura seria, realmente, o de se alimentar uma falsa imagem de intolerância e eficiência investigativa no controle da improbidade, imputando-se integralmente a outrem - ao Judiciário - o fardo trazido por insucessos de seus intentos nessa seara.

6.2 Ainda sobre a previsibilidade: Judiciário, recebimento da demanda e julgamento de mérito

Não faltam indicativos, frise-se, a respaldar a percepção de que se tenta, em não poucas vezes, atribuir ao Judiciário a paternidade e a maternidade da inexitosa salvaguarda do direito à probidade e à boa administração no Brasil. O discurso, quando envereda por essa trilha, parece sempre firmado sobre os alicerces da morosidade e da insuficiência das sanções aplicadas pelo referida função estatal, mas sem excluir, é claro, casos e casos em que a

absolvição é recebida como afrontosa ao senso comum e sugestiva de conivência diante da corrupção.

Da titularidade da mais alta cadeira do órgão que promove o Programa de Fiscalização de Pequenos e Médios Municípios por Sorteios Públicos (PFSP), ou seja, a CGU, foi propalada a seguinte avaliação, que restou documentada em matéria jornalística assinada por Paula Coutinho (2011):

O ponto fraco do Brasil no combate à corrupção é a pouca efetividade do Judiciário em relação às condenações e às prisões. A avaliação é do ministro-chefe da Controladoria-Geral da União (CGU), Jorge Hage Sobrinho, em palestra de encerramento do Seminário Internacional sobre Enfrentamento à Corrupção, promovido pelo governo do Estado, no auditório do Ministério Público, em Porto Alegre. "No Judiciário, nós encontramos a grande dificuldade. A lei processual brasileira permite aos corruptos protelar o processo indefinidamente, até porque eles têm dinheiro para pagar os melhores advogados do País", observou Hage.

Do site oficial da Procuradoria Regional da República da 3ª Região, consta a seguinte opinião, cuja autoria é atribuída a um membro do MPF:

[...] “o combate à corrupção é uma preocupação muito forte do Ministério Público”, mas que infelizmente, “tudo parece caminhar para dificultar os controles e a fiscalização”. Ela teceu críticas à anuência do judiciário brasileiro com determinadas práticas criminosas, em especial a do Supremo Tribunal Federal (STF), afirmando que “temos a Suprema Corte mais leniente e complacente do mundo com a bandidagem”. [...] a procuradora finalizou sua participação ao afirmar que o Ministério Público tem feito sua parte com a abertura de processos, a abertura de investigação e oferecendo denúncias. "O complicador é o grande número de recursos, além da interpretação leniente que os tribunais dão às leis penais", concluiu.

Marco Antonio Villa, mestre em Sociologia e Doutor em História, publicou sua visão sobre o assunto (2013):

[...] Apesar dos pesares, o Executivo e o Legislativo são transparentes, recebem uma cobertura jornalística que devassa os escândalos. Os acusados se transformam, em um período limitado, em inimigos públicos. Viram motivo de chacotas. Nada de efetivo acontece, é verdade. Porém, o momento de catarse coletiva ocorre. E o Judiciário? Age para cumprir a sua função precípua? Recebe cobertura paulatina da imprensa? Ou insinua usar o seu poder para que não sejam lançadas luzes — com o perdão da redundância — sobre o seu poder? É no Judiciário que está o cerne da questão. Caso cumprisse o disposto na Constituição e na legislação ordinária, certamente não assistiríamos a este triste espetáculo da impunidade. Pela sua omissão virou o poder da injustiça. É, dos três poderes, o mais importante. E tem a tarefa mais difícil, a de resolver todo santo dia a aplicação da justiça [...]. O Judiciário preocupa-se com o cerimonial, o rito burocrático e todas as formalidades, mas esquece do principal: aplicar a justiça. O poder é lento e caro. E pior: é incompreensível ao cidadão comum. Ninguém entende como um acusado de desvio

de milhões de reais continua solto, o processo se arrasta por anos e anos e, quando é condenado, ele não cumpre a pena. Ninguém entende por que existem tantas formas de recorrer de uma sentença condenatória. Ninguém entende o conceito do que é considerado prova pela Justiça brasileira.

Ou seja, nada obstante o resultado da pesquisa exploratória de jurisprudência mencionada no capítulo 4 deste trabalho forneça veemente sugestão (embora não uma conclusão propriamente dita, diante da ausência de parametrização e quantificação específica dos julgados retornados) de que o Judiciário não impõe maiores obstáculos ao recebimento de ações de controle de improbidade (exame de admissão), são encontradas em relativa abundância vozes de agentes do Estado e de membros da sociedade a conjugar em uma só oração, com o peso de argumentos qualificados, impunidade e Judiciário.

Um dos geradores possíveis de tal reputação indesejada consistiria, conforme já aludido aqui, justamente no fato de que o Judiciário, ao encampar tamanha flexibilidade no recebimento de tais demandas, poderia estar contribuindo mesmo sem perceber para a concretização da profecia weberiana tal qual anteriormente aludida em parágrafos supra: dar à Lei de Improbidade resultados práticos previsíveis e calculados quando de sua edição; resultados que em nada são similares àqueles para os quais oficialmente fora anunciada, mas que possivelmente seriam identificáveis a partir do exame do contexto histórico de sua elaboração ou até mesmo por conduto de outras abordagens multidisciplinares.

Pressupondo-se que assim atue movido pelo intento de evitar fiscalização frouxa sobre atos de potencial gravidade, a partir dos excertos jurisprudenciais outrora apresentados é possível inferir que o Judiciário comumente deixa de cobrar, dos legitimados ativos, uma atividade de investigação genuína em que, para além dos dados referentes à materialidade dos eventos, tenham sido realizadas medidas para constatação indiciária, porém minimamente consistente, de elementos informadores de responsabilidade subjetiva dos investigados contemplados com um lugar no polo passivo da ação aforada. Não se viu, em nenhum dos resultados colhidos, qualquer preocupação do Judiciário em impor a concessão de oportunidade de oitiva aos investigados como um dos critérios para o recebimento da demanda.

Por isso, discorda-se de Francisco Glauber Pessoa Alves (2008, p. 191 – 203) naquilo em que interpreta o amplo percentual de juízos positivos de admissibilidade como um atestado de qualidade técnica (a abranger o aspecto investigativo) em favor da generalidade

de ações de controle ajuizadas. Para o referido autor, tendo em vista que raramente não se recebe uma inicial, só podem ser tidos como marginais os casos em que uma demanda de tal natureza apresenta deficiências atribuíveis à performance dos legitimados ativos no momento em que decidem por ajuizá-la.

Entende-se, aqui, não ser tão simples assim. O recebimento de uma demanda de controle, na expectativa legal, há de ser regra e não exceção mesmo. Mas a expectativa legal de recebimento é implicada por outra expectativa legal, prévia àquela: a de adequada investigação pelos legitimados ativos.

Mais ainda, a pura predominância numérica das decisões positivas de admissibilidade, sem contraste crítico que indague com bases qualitativas os critérios de que se serviram, pouco ou nada serve para identificar recebimentos parciais (exclusão de litisconsortes, por exemplo) ou, mais importante, recebimentos cujo substrato maior é a ideologia e a ética de minimizar a importância da fase de investigação extrajudicial e do próprio juízo de admissibilidade, seja porque em tal linha de compreensão assim estaria melhor garantido o amplo acesso ao controle judicial, seja porque decisões de rejeição ou mesmo de admissão parcial exigem trabalho de muito maior complexidade técnica para sua elaboração.

Caso houvesse uma verdadeira conexão entre a (suposta) generalizada adequação técnica das ações de controle ajuizadas e o elevado percentual de decisões positivas de admissibilidade, alguma repercussão nítida haveria de ser notada em outro universo de atos judiciais, qual seja, o das decisões que direta e propriamente impõem alguma desvantagem imediata, jurídica e/ou material, em face dos sujeitos passivos da relação processual²⁵. Todavia, nesse ponto, o próprio Francisco Glauber Pessoa Alves (2008, p. 322) identifica, com desalento, grande resistência por parte de julgadores de tribunais superiores quanto ao afastamento cautelar de detentores de mandato eletivo, por exemplo²⁶.

Enfim, no sentir deste trabalho, o Judiciário parece demonstrar excessiva boa vontade quanto ao recebimento de ações de controle de improbidade. Mas ao assim fazer, a lógica das coisas já autoriza crer que receberá um maior quantitativo de pretensões de controle, quantitativo possivelmente importante, em que desde aquela etapa preambular já seria

²⁵ Com tal expressão, remetem-se às decisões cujo escopo jurídico pertinente à sua tipologia natural redunde em imposição de sanções (condenação em julgamento de mérito) ou em restrições provisórias à esfera de direitos dos demandados (tutelas sumárias/provimentos de urgência a impor afastamento do cargo, indisponibilidade patrimonial e outras medidas de índole similar).

²⁶ O objeto de investigação do autor atinou especificamente com as tutelas sumárias nas ações de controle de improbidade e sua conclusão aponta para uma postura parcimoniosa do Judiciário em sua aplicação.

possível aferir situações de mínimas ou inexistentes chances reais de procedência final, tendo em vista lacunas e deficiências da fase investigativa que, se não traduzem singularidade do modelo objetivante de investigação, nele encontram seu campo mais fértil, justamente por inspiração de uma ética fundamentalmente apoiada em um agir estratégico que desfavorece a aquisição de bases de convencimento referentes à culpabilidade²⁷ dos supostos envolvidos.

Por consequência, o Judiciário traz para si mesmo o dever de decidir o mérito de mais ações de controle de improbidade do que deveria caso exigisse um zelo adequado na fase extrajudicial de investigação por parte de quem deve e tem atribuições para tanto. Isto é, se aplicasse, no momento de decidir pelo recebimento ou não da demanda, uma interpretação da LIA escolhida com fundamento em uma pauta ética inspirada no agir comunicativo e em outras ideias habermasianas já mencionadas, a distribuição prática e real de encargos e responsabilidades, desde a fase de investigação extrajudicial, poderia corresponder mais fielmente aos papéis formalmente estabelecidos para cada um dos protagonistas institucionais da persecução da improbidade.

De sua tolerância às insuficiências enraizadas no modelo de investigação objetivante, excludente ou de terceira pessoa, o Judiciário, demais disso, não experimenta nenhum incremento em sua estrutura tecnológica e humana. Em outras palavras, se o número de ações a reclamar solução de mérito sofre acréscimo proporcionado por juízos de admissibilidade benevolentes, o mesmo não ocorre quanto aos recursos humanos e materiais de que dispõe o Judiciário para julgar. E o senso comum parece dizer que fazer mais com menos nem sempre traz consequências positivas em termos de qualidade.

Não seria descabido ou delirante supor – e essa é uma suposição que mereceria ser investigada em trabalho de maior fôlego – que de sua cogitada tendência a juízos que minimizam a importância da fase de admissibilidade o Judiciário, invadido pelo compreensível sentimento de desmedida banalização do uso da ação de controle, destilaria como efeito colateral um sentimento de má-vontade diante de julgamentos de mérito da pretensão de controle ou talvez de resistência mesmo à emissão de decisões condenatórias e à aplicação das sanções legais em maior grau de severidade.

Sob inúmeros ângulos, portanto, o Judiciário, ao optar por acolher práticas derivadas de um pauta de conduta estratégica na fase de investigação, acaba fortalecendo os fatores que

²⁷ No sentido já explicado, a abarcar dolo e culpa.

conduzem à sensação de fracasso dos legítimos escopos da LIA e, ao mesmo tempo, preparando diversas armadilhas contra a sua própria imagem, porque autorizam aceitáveis e sérias críticas quanto à sua influência para os indesejáveis níveis de impunidade que existem e, por conseguinte, para o estímulo indireto à corrupção.

CONCLUSÃO

De uma *blitzkrieg* realizada pela CGU no espaço médio de uma semana nasceu uma ação de controle de improbidade em cujo polo passivo foram lançadas originariamente 08 (oito) pessoas, das quais apenas 03 (três) apresentavam contra si razoável conjunto de indícios de responsabilidade subjetiva.

Dos cinco réus que ali não deveriam estar, um deles encarnou o absurdo do absurdo: contava apenas um ano de idade quando da ocorrência do suposto evento de corrupção e pouco mais do que isso quando passou a integrar os quadros societários de pessoa jurídica privada alegadamente utilizada para o cometimento da infração. Outro dos sócios a ser posteriormente excluído por ilegitimidade era titular de participação vertiginosamente minoritária²⁸ na sociedade e nada apoiava a hipótese de sua ingerência nas decisões e atos praticados na atividade empresarial por ela explorada.

Três outros réus afastaram, com isenção de dúvidas, toda e qualquer sombra de sua responsabilidade subjetiva pelos episódios ali apontados como ímprobos no primeiro momento em que, desde a investigação, foi concedida em seu favor a oportunidade para que falassem pessoalmente sobre as imputações enfrentadas. E tal oportunidade, relembre-se, foi concedida apenas em juízo, no curso de regular trâmite processual.

A quantidade de atos cartorários e judiciais implicados por cada um desses réus cuja presença no polo passivo era indevida e poderia ter sido depurada na fase de investigação é facilmente dedutível por qualquer pessoa dotada de conhecimento mínimo sobre prática forense. Os desgastes emocionais, imateriais de toda ordem e até mesmo materiais (despesas processuais e outros reveses financeiros) sofridos por cada um desses réus que ali não deveria estar pode ser facilmente imaginada por com uma dose modesta de discernimento e conexão com a realidade; realidade que não se aprisiona nem mesmo por portas fechadas de gabinetes e leituras dogmáticas que parecem situar a aplicação do direito em universo paralelo e autônomo em relação ao que deveras existe.

²⁸ Cerca de 1% das cotas sociais.

Fosse pouco, extensão substancial dos fatos supostamente ímprobos sequer puderam ser conhecidos no mérito porque não mereceram elucidação investigativa complementar pela parte autora e foram por ela descritos quase que em reprodução inalterada do relatório de fiscalização confeccionado pela CGU. Por ser assim, incorreu em termos demasiado genéricos, impossibilitando a demarcação dos limites da prestação jurisdicional e o exercício do direito fundamental à defesa.

O estudo de caso aqui apresentado traduz, pois, um exemplo eloquente e indisputável de quão nefasto pode ser o modelo objetivante, excludente ou de terceira pessoa na fase extrajudicial da improbidade, sobretudo em um contexto mundial espinhoso e em um cenário nacional de extrema gravidade quando tema é corrupção e seus efeitos sobre a concretização de direitos fundamentais caros à emancipação humana e ao fortalecimento da cidadania.

Ao longo do presente trabalho, buscou-se destacar, em razão disso tudo, que a única razão de existir do modelo objetivante não remete a qualquer conformação legislativa específica das normas destinadas à tutela da probidade e nem derivam de qualquer núcleo principiológico merecedor do mais ínfimo crédito em um concerto Estado-sociedade arrimado na democracia e no papel central da dignidade da pessoa humana. Não. Explica-se o seu existir naquilo em que representa uma opção interpretativa determinada por uma pauta ética moldada sob o mando de um agir estratégico, em que o projeto de sucesso a ser concretizado é o de utilizar inadequadamente prerrogativas e atribuições de modo a permitir, aos legitimados ativos, o fortalecimento de sua imagem burocrática de autoridade, exonerando-os de questionamentos sobre a consistência de investigações que têm o encargo de realizar e permitindo-lhes transferir a outro ator institucional, o Judiciário, toda a tarefa e desgaste de exercer o controle da improbidade como se em nenhum momento devessem eles, os legitimados ativos, elaborar qualquer juízo de valor – e assim, uma decisão oficial que encarna um dever-poder – sobre o cabimento ou não da via judicial de controle em cada ação ajuizada com tal finalidade.

Essa diretriz ética traria potencialmente um duplo efeito pernicioso, a ser precisamente aferido em outra ocasião, que talvez possa ser assim descrito: a) contribuição para a proliferação inútil da judicialização de casos que não reúnem condições de repressão em sede de improbidade administrativa, sorvendo tempo e recursos que seriam racionalmente melhor aproveitados se direcionados integralmente para os casos que justificam a intervenção judicial; b) contribuição para o distanciamento e desconhecimento que a sociedade tem acerca

do papel dos órgãos e instituições públicas e, por conseguinte, dos processos de efetivação e garantia de seus próprios direitos, inclusive mediante participação ativa no processo de elaboração das decisões ou soluções tomadas pelas instâncias oficiais.

Em suma, a ética que nega o diálogo do agir comunicativo para supostamente prestigiar a eficiência de um exercício livre e inquisitivo da atribuição investigativa pelos legitimados ativos não seria capaz de entregar o resultado prometido – e nem poderia. “Mais” demandas, no plano lógico, significam “menos” capacidade estrutural para conduzir e analisar, detidamente, cada uma delas.

Demais disso, essa ética joga contra o amadurecimento de práticas cidadãos e institucionais que devem refletir tempos de abertura à participação democrática, pois professa a visão de um Estado quase policial, em que os investigados são alvos, são coisificados. Enquanto não tornados formalmente réus, são menos humanos e por isso não têm espaço necessariamente garantido para dar suas versões sobre os fatos que estão em apuração.

Por isso, uma outra visão ética, que não subordina, mas coordena harmonicamente e ajusta garantias de defesa do indivíduo e a tutela efetiva de proteção à probidade e do direito à boa administração, merece ser seriamente levada em consideração no âmbito da apuração extrajudicial dessa modalidade de ilicitude.

Com efeito. O modelo de atuação que se apresenta em substituição ao forjado pela postura objetivante não depende de qualquer intervenção no sentido de inovar ou modificar os textos normativos já vigentes. Propugna uma visão interpretativa que se reputa mais fiel ao arranjo constitucional de valores pertinentes ao assunto em tela, derivando de uma ética valorizadora do agir comunicativo, de engajamento dos atores envolvidos e voltada à construção do convencimento racional e não violento. As decisões passam a resultar desse processo de entendimento, portanto, e não mais do uso da força e da ameaça de quem invoca poderes apenas para chegar a um resultado já antevisto e desejado mesmo antes de se começar a agir, isto é, a investigar.

A rotina de atuação que se sustenta aqui, do ponto de vista ético e em perfeita acomodação com as possibilidades do texto normativo escrito, fortalece já na fase extrajudicial de investigação da improbidade os direitos humanos e a democracia. Com efeito, Jürgen Habermas (2003, *passim*) defende um nexos conceitual irremovível entre democracia e direitos humanos. Embora recusando a idealização da cidadania encontrada no

republicanismo de Rousseau, Habermas sustenta que liberdade e democracia devem coexistir, simultânea e procedimentalmente, para que possam, afinal e realmente, existir, fundando uma ordem jurídica legítima capaz de garantir para cada um as mesmas liberdades. Desse modo, confere-se ao Direito uma força “sóciointegrativa” na qual as pretensões individuais devem ser referidas a um espaço de convivência de todos os demais participantes da coletividade. Isso conduz, por conseguinte, a uma limitação da ação individual que se funda, ainda, em um dever moral-público e na ideia de solidariedade.

Não se pode confundir o exercício de atividade investigativa, mormente pelos legitimados à propositura de ação civil para persecução de improbidade, com uma singela juntada de papéis de trabalho, pareceres, decisões, achados ou apurações de outras esferas de controle extrajudicial, como o Tribunal de Contas da União ou a Controladoria Geral da União, por mais respeitáveis que sejam. Especialmente pela atribuição (ou seja, dever-poder) de dirigir ao Judiciário um pedido de controle, o mínimo a se esperar dos legitimados ativos é o chamamento pessoal, anterior à propositura da demanda, de possíveis envolvidos, para que forneçam, em querendo, suas versões pessoais a respeito dos fatos potencialmente ímprobos e expliquem ou não sua participação. O oferecimento desta faculdade, tão arraigada e básica na prática jurídica nacional, há muito é observada, por exemplo, em inquéritos policiais e soa como contrassenso não se admitir a extensão simétrica de tal diligência a um sistema repressivo nascido em pleno regime democrático regulado por uma moderna Constituição.

Além disso, a oitiva pessoal dos investigados, oferecida em seu favor pelos legitimados ativos como faculdade, realiza o princípio da imediação, permitindo uma interação direta ente os sujeitos da investigação e abrindo portas à aquisição de elementos capazes de enriquecer o juízo de valor que se leva a efeito quando se decide por ajuizar ou não uma demanda de controle e, evidentemente, também para a formulação de decisões intermediárias, como a que se dá quando o polo passivo tem sua composição reduzida em relação àquela que decorreria da análise pura e simples de elementos de materialidade dos fatos supostamente ímprobos.

Mesmo em não se reconhecendo, no rigor do termo, um direito ao contraditório e à ampla defesa na fase extraprocessual, mormente se invocados tais princípios na extensão e profundidade com que reconhecidos no curso do processo, não se pode negar a tripla importância (para os investigados, legitimados ativos e Judiciário) e os benefícios qualitativos que podem ser proporcionados pela incorporação ajustada de práticas derivadas de tais pilares

quando da investigação extrajudicial da improbidade. Escrevendo para a seara penal, mas valendo-se de argumentos plenamente aproveitáveis ao tema aqui versado, veja-se Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 55):

De se ver que o contraditório na investigação, *em tese*, pode até se revelar muito útil, na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente a infirmar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público por ocasião da instauração da investigação.

Para que fique bem claro, portanto: incorporação ajustada à fase investigativa de práticas que exprimem o exercício do contraditório e do direito à defesa, no âmbito deste trabalho, traduz-se na concessão pelos legitimados ativos de oportunidade para oitiva necessariamente pessoal (isto é, insubstituível pela manifestação escrita) dos investigados, enquanto faculdade em seu favor. Em termos técnicos e pragmáticos há de se dizer, complementarmente, que a oitiva dos investigados pode ser compreendida como uma medida básica, em nada dependente de um aparato instrumental incomum e que muito dificilmente implicará complexidade incabível ou desarrazoada em sede investigativa.

Anota-se que os levantamentos de dados elaborados por instâncias de controle carentes de legitimidade para acionar diretamente o Judiciário no combate à improbidade são presididas por regras e diretrizes que satisfazem as exigências de validade, regularidade e legitimidade daquele segmento que não participa da via judicial. A não ser assim, seria mais lógico e racional a Constituição e a Lei n. 8.429/92 terem viabilizado a presença desses outros órgãos de controle extrajudicial em Juízo, franqueando-lhes acesso ao polo ativo da demanda²⁹.

Compreender atividade investigativa da improbidade, para fins de instauração da via judicial, requer um refinamento principiológico de efeitos práticos, sobretudo em tempos de democracia procedimental. Após a pura representação por tais órgãos outros de controle³⁰ é que tem início, no rigor técnico, a investigação (prévia ao ajuizamento) da prática de improbidade. Por mais completa e exauriente a análise que ensejou a representação - análise levada a efeito noutras esferas - não se pode deixar de oportunizar a oitiva dos possíveis

²⁹ Conferindo-lhes personalidade judiciária para tanto, por exemplo. Nem se invoque, por exemplo, que a CGU teria sua legitimidade refletida na legitimidade da União. Esta tem legitimidade se e enquanto pessoa jurídica afetada e não por ser titular do dever-poder de investigação.

³⁰ Isto é, órgãos que carecem de legitimação para deflagrar a via judicial de controle.

implicados, pois será o primeiro momento para que se manifestem perante as instâncias legitimadas à formação de juízo de valor sobre a propositura de ação por improbidade.

Retomando-se algo que já fora tangenciado no tópico 5.1 deste, cumpre salientar que excepcionalmente, além das hipóteses de (a) prejuízo concreto à investigação, objeto de oportuna motivação expressa e (b) de impossibilidade física ou material devidamente documentada de realização de tal diligência, seria possível deixar de exigir dos legitimados ativos a sua realização, na esfera da improbidade, quando os investigados tiverem efetivamente fornecido seus depoimentos em inquérito policial ou outro procedimento administrativo legitimamente conduzido, recaindo o seu conteúdo exatamente sobre os mesmos fatos objeto da investigação extrajudicial da improbidade e desde que não exista razão superveniente para seu refazimento. Tirante tais situações, há de se reputar obrigatória a concessão de tal oportunidade, considerando-a como fundamental à avaliação de justa causa para o recebimento da demanda de controle pelo Judiciário.

No cômputo final, a ética do império investigativo objetivante, da negativa do diálogo e da entronização da autoridade burocrática das instâncias extrajudiciais acaba concorrendo para uma possível síndrome de ineficiência do controle da improbidade e para a violência que, todos os dias, é praticada contra cidadãos, participantes da sociedade, que passam a ser tratados como pessoas de segunda categoria, excluídos do acesso ao uso dialógico de sua própria voz, sob a justificativa já carcomida pelo passar do tempo de que estão submetidos a um procedimento de natureza inquisitiva.

Cumpre realçar, com Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (2011), o esgotamento desse quadro sob a perspectiva jurídica:

Na dicção da Proposta de Código Modelo de Processos Administrativos (judicial e extrajudicial) para Ibero-América, considera-se procedimento administrativo, submetido às garantias do contraditório e da ampla defesa, todo e qualquer procedimento destinado a preparar decisões administrativas que possam incidir sobre interesses ou direitos dos interessados, assim como todo e qualquer procedimento em que se configure uma controvérsia entre a Administração e o interessado, ou entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado, cuja solução possa advir da Administração.

Nesse contexto, o procedimento administrativo — dotado de ampla defesa e de contraditório efetivos — será prévio, de modo a legitimar a constituição de atos administrativos individuais com efeitos pontuais e restritivos de direitos ou interesses. Com iguais garantias, encontram-se incluídos na noção de procedimento administrativo o direito à impugnação ou o de recurso contra os atos ou decisões administrativas adotadas.[...]

A Comissão do Instituto Ibero-Americano destinada à elaboração de um código modelo, assim descreveu o princípio do contraditório no procedimento administrativo: “O contraditório implica o direito de ser informado da instauração

do processo e de todas as fases e medidas subsequentes, podendo o interessado acompanhá-lo e apresentar argumentos, dados, documentos e provas a seu favor. O contraditório só poderá ser sucessivo à produção das provas quando se trate de juntada de documentos pré-constituídos ou de perícias urgentes, permitidos a apresentação de quesitos ao perito, sua oitiva em contraditório e oferecimento de laudos pelos sujeitos. As decisões resultantes de processo administrativo deverão ser motivadas, de modo explícito, congruente e claro, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, podendo remeter a elementos de anteriores pareceres, decisões, informações ou propostas, os quais integrarão o ato decisório.

Extrapolando algumas ideias de Gilvan Luiz Hansen (2007, pp. 89-92) para o campo deste trabalho, a superação da ética de negativa do diálogo pela ética de lealdade constitucional (e de relevância da comunicação) pode também ser vista, em certa medida, como a superação da violência pela razão:

[...] a noção de violência aponta para esta como uma consequência da quebra, por parte de um ator social, de expectativas racionais vigentes na sociedade na qual este está inserido. Por outro lado, a razão plenamente desenvolvida implica uma constante discussão, no âmbito do espaço público, dos pressupostos que a movem e que, em última instância, definem a orientação de nossos discursos e ações enquanto seres humanos em sociedade; agir racionalmente exige, pois, uma constante adesão a um processo argumentativo-comunicativo cuja violência não pode viger nem tampouco encontrar espaço.[...] Em suma, a razão dilapidada e fragmentada é violentada e pode ser violenta. Mas a razão tem potenciais emancipatórios e, quando efetivamente desenvolvida, conduz a modos não-violentos de organização político-social. Resta saber como torná-los efetivos,, numa sociedade em que o preponderante é a violência e a moda é a pregação contra qualquer forma de razão.[...] Primeiramente, faz-se mister o fortalecimento de instâncias comunicativas e dos espaços democráticos, nos quais sejam permanentemente discutidas as questões que definem os fins aos quais a espécie humana vai se voltar no presente e no futuro. Partindo da reflexão de Habermas em *Faktizität und Geltung (Facticidade e Validade)*, podemos dizer que a democracia não é apenas uma forma de governo, mas é uma condição de possibilidade para a própria sociabilidade e a sobrevivência da espécie, pois nos faz conviver cotidianamente com a pluralidade de opiniões, a ouvirmos críticas, a desenvolvermos a capacidade de articulação de argumentos, a sermos mais tolerantes, a revermos conceitos, a decidirmos baseados em razões e não pelo impulso imediato, a percebermos e corrigirmos os próprios equívocos da razão.

Com o modelo objetivante, ao Judiciário caberá continuar pagando a conta, aparentemente sozinho ou em desconfortável lugar de destaque, quando apontado como o principal fomentador da impunidade. E assim permanecerá, caso não incorpore uma ética compatível com a preservação da autoridade moral das leis cuja aplicação tem por objetivo a tutela de bens jurídicos sempre relevantes como a probidade e o direito à boa administração, passando a exigir de cada um aquilo que é devido e considerando seriamente a apuração de indícios de responsabilidade subjetiva quando do juízo de admissibilidade das ações de controle. Mais importante do que isso, terá contribuído para o fracasso da missão de tutelar a

probidade e o direito à boa administração por razões que nem sempre serão adequadamente identificadas e bem por isso nem sempre poderão ser satisfatoriamente corrigidas.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O Judiciário como instrumento de transformação social: probidade administrativa, direitos fundamentais, direito processual público e tutelas sumárias efetivas**. 2008. 398f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.
- ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira (coord). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris: 2007, p. 599-635.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **20 anos do impeachment**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/destaque-de-materias/20-anos-do-impeachment>. Acesso em 10.01.2014.
- _____. 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe. **Processo Nº 0000350-05.2009.4.05.8501**. Disponível a partir de : www.jfse.jus.br. Acesso em 20.10.2013.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de Outubro de 1941**. Diário Oficial da União de 13.10.1941.
- _____. **Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Diário Oficial da União de 17.01.1973.
- _____. **Lei 8.429, de 02 de Junho de 1992**. Diário Oficial da União de 03.06.1992.
- _____. Ministério da Fazenda. **Transferências voluntárias a Estados, DF e Municípios: dezembro de 2010**. Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/estados_municipios/download/TV2010.pdf. Acesso em 01.07.2011.
- _____. Procuradoria Regional da República da 3ª Região. **Impunidade encontra aliado no judiciário, afirma procuradora em evento de combate à corrupção**. Disponível em: http://www.prr3.mpf.mp.br/index.php?option=com_content&task=view&id=291. Acesso em 01.03.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 20.747/SP**. Disponível a partir de : www.stj.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **EDAGRESP 200900090517**. Disponível a partir de : www.stj.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **ERESP 479.812/SP**. Disponível a partir de : www.stj.jus.br. Acesso em 25.03.2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. **ERESP 875.163/RS**. Disponível a partir de : www.stj.jus.br. Acesso em 25.03.2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.130.198/RR**. Disponível a partir de : www.stj.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 1.149.427/SC**. Disponível a partir de : www.stj.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 200802765114**. Disponível a partir de : www.stj.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2797**. Disponível a partir de : www.stf.jus.br. Acesso em 05.04.2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AG 0055172-73.2011.4.01.0000 / DF**. Disponível a partir de : www.trf1.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **AG 0037583-34.2012.4.01.0000 / PI**. Disponível a partir de : www.trf1.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **AG 200902010122587**. Disponível a partir de : www.trf2.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **AG 201002010149297**. Disponível a partir de : www.trf2.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AI 0034862-26.2010.4.03.0000**. Disponível a partir de : www.trf3.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AI 0007362-77.2013.4.03.0000**. Disponível a partir de : www.trf3.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AG 2007.04.00.011712-8**. Disponível a partir de : www.trf4.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AG 5009930-51.2013.404.0000**. Disponível a partir de : www.trf4.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AC 531221-SE**. Disponível a partir de : www.trf5.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AG 00063625620114050000**. Disponível a partir de : www.trf5.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AC 00004378720114058501**. Disponível a partir de : www.trf5.jus.br. Acesso em 25.03.2014.

BRASIL abriga até 43% da corrupção mundial. **Yahoo! Notícias**. Disponível em: <http://br.noticias.yahoo.com/brasil-abriga-at%C3%A9-43-da-corrup%C3%A7%C3%A3o-mundial.htm>. Acesso em 01.07.2011.

CARVALHO, Jailton de. **AGU conseguiu que apenas 8% do dinheiro desviado em corrupção em sete anos voltassem aos cofres do tesouro**. Disponível em: <http://br.noticias.yahoo.com/agu-conseguiu-apenas-8-dinheiro-desviado-corrup%C3%A7%C3%A3o-sete-012643124.html>. Acesso em 01.07.2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Paula. **Impunidade passa pelo judiciário, diz ministro-chefe da CGU**. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=78156>. Acesso em 10.09.2012.

CORRUPTION Perceptions Index 2010. **Transparency international**. Disponível em: http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results. Acesso em 01.07.2011.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Ilicitude civil, mas não ortodoxa**. Disponível em: <http://improbidadeadministrativa.com.br/ilicitude-civil-mas-nao-ortodoxa/>. Publicado em 24.03.2014. Acesso em 24.03.2014.

FORTES, Simone Barbisan. **O controle judiciário da moralidade político-administrativa e a construção de uma cidadania ativa**. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Simone_Fortes.html. Publicado em 30.10.2012. Acesso em 24.03.2014.

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

FREIRE, Tatiane. **Encerrado o prazo para envio de informações sobre julgamentos de ações de improbidade**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25652-magistrados-tem-ate-esta-quarta-feira-para-informar-sobre-julgamento-de-acoes-de-improbidade>. Acesso em 09.08.2013.

GASPARI, Elio. **A Ditadura Envergonhada: coleção as ilusões armadas**. Vol. 1. São Paulo: Companhia da Letras, 2002.

GIDDENS, Anthony. **The consequences of modernity**. Cambridge: Polity Press, 1996.

GOOCH, Charmian. **Meet global corruption's hidden players**. Disponível em: http://embed.ted.com/talks/charmian_gooch_meet_global_corruption_s_hidden_players.html. Acesso em: 05.07.2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso. In: HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. Cap. 3, p. 61-141.

_____. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Verdade e justificação: ensaios filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HANSEN, Gilvan Luiz. A razão entre a violência e a emancipação: um enfoque habermasiano. **Revista Veritas**. Porto Alegre: V. 52, n. 1, pp. 79-93, mar., 2007. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/veritas/article/viewFile/1861/1391>. Acesso em 05.04.2013.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código modelo de processos administrativos – judicial e extrajudicial – para Ibero-América**. Buenos Aires, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTIS JUNIOR, Wallace Paiva. **Alguns meios de investigação da improbidade administrativa**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Improbidade_Administrativa/Doutrina_Improbidade/15-Meiosdeinvestigaçãodaimprob.htm. Acesso em 07.02.2014.

MENDES, Joana. **Good administration in EU LAW and the european code of good administrative behavior**. Publicado em 09.2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1554907>. Acesso em 07.02.2014.

MORGADO, Cintia. **Direito à boa administração: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento**. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/995656/DLFE-50821.pdf/Revista65Doutrina_pg_68_a_94.pdf. Acesso em 07.02.2014.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. **Improbidade administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência**. Niterói: Impetus, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Mônica de Sousa. “**Impeachment**”: o papel da Folha de São Paulo na queda do “fenômeno” Collor. Publicado em 07.2013. Disponível em: http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1364740504_ARQUIVO_textomonicadesousaoliveira.pdf. Acesso em 07.02.2014.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. New York: Aspen, 1988.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. Trad. Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

RIBEIRO, Bruno. CHADE, Jamil. GODOY, Marcelo. **Propina da Siemens foi de 8 milhões de euros no país**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,propina-da-siemens-foi-de-8-milhoes-de-euros-no-pais,1061265,0.htm>. Acesso em: 07.08.2013.

ROCHA, Marta Cristina Simões da. **A justiça administrativa numa perspectiva multidisciplinar: um olhar português no Brasil**. 2012. 94f. Dissertação (Mestrado Profissional em Justiça Administrativa). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2012.

SANTOS, Dorival Moreira dos. O juiz e a prova nas ações de improbidade. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos, COSTA, Eduardo José da Fonseca e COSTA, Guilherme Recena (Coord). **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei n. 8429/92**. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 61-67.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; GRECO, Leonardo. A jurisdição administrativa no Brasil. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter. **Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.61-72.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. A justiça administrativa brasileira comparada. **Revista CEJ**. Brasília: Ano XVI, n. 57, p. 6-18, maio/ago. 2012.

_____. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica. **Interesse Público – IP**. Belo Horizonte: ano 13, n. 68, jul. / ago. 2011

SINGER, Peter. **Ética prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 1-46.

TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. **Revista Direito GV 5**. Disponível em: http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_05_pp151-186.pdf. Acesso em 05.04.2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa.** 2010. 254f. Tese (Pós-doutorado em Administração). Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2010.

VIEIRA, James Batista. **O fundamento das improbidades na administração pública brasileira: uma análise exploratória dos resultados do programa de fiscalização de pequenos e médios municípios a partir de sorteios públicos da controladoria- geral da União.** 2009. 66f. Monografia, Controladoria Geral da União, Rio de Janeiro, 2009.

VILLA, Marco Antonio. **Justiça, corrupção e impunidade.** Publicado em 26.07.2011. Disponível em: <http://www.marcovilla.com.br/2011/07/justica-corrupcao-e-impunidade.html>. Acesso em: 07.08.2013.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** Vol. 2. São Paulo: Imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2004.