

Improbidade administrativa na Constituição de 1988: uma ilegalidade qualificada

Fábio Medina Osório

Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madrid. Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Presidente do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado (IIEDE). Ex-Promotor de Justiça/RS. Advogado.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Gestão pública. Agentes públicos.

Sumário: **I** O diagnóstico da improbidade administrativa como espécie de má gestão pública – **1** Os níveis de desonestidade e ineficiência funcionais dos agentes públicos desde uma perspectiva ético-normativa – **1.1** Boa gestão pública: observações gerais – **1.1.1** Imperativo ético da boa gestão pública na pós-modernidade e a perspectiva de responsabilidade dos agentes públicos – **1.1.2** Imperativo ético de imputação – **1.2** Má gestão pública: observações gerais – **1.2.1** Desonestidade funcional dos homens públicos e suas flutuações ético-normativas – **1.2.2** A ineficiência funcional dos homens públicos e suas flutuações ético-normativas – **II** O diagnóstico da improbidade administrativa como espécie de má gestão pública no Direito brasileiro – **1** Improbidade e desonra: a perspectiva da imoralidade administrativa no sistema brasileiro – **1.1** Moral administrativa e as raízes da probidade dos agentes públicos – **1.1.1** Boa fé objetiva – **1.1.2** Formação das regras não escritas da Administração Pública e a avaliação dos deveres públicos existentes – **1.2** Moralidade subjetiva: os fundamentos da responsabilidade pessoal dos funcionários públicos – **1.2.1** Fundamentos gerais da responsabilidade pessoal – **1.2.2** Tipos de responsabilidade pessoal dos agentes públicos – **2** O histórico da improbidade administrativa como espécie de má gestão pública no Direito brasileiro – **2.1** Perspectiva constitucional – **2.2** Perspectiva legal – **III** Improbidade administrativa na Constituição de 1988 – Conclusões – Referências

I O diagnóstico da improbidade administrativa como espécie de má gestão pública

Nosso primeiro desafio é buscar situar a improbidade prevista no art. 37, par. 4º, da Magna Carta, como espécie de má gestão pública, para percebermos a evolução de seu tratamento dogmático nesses vinte anos de Constituição.

Pensamos que uma fundamental premissa é de ser lançada neste trabalho: errar é humano. Juízes erram, Promotores de Justiça,

Procuradores da República, Fiscais da Receita erram diariamente. Então, os gestores também têm direito ao erro juridicamente tolerável.

Resulta fundamental perceber os níveis distintos de transgressão tolerável no setor público e onde se situa a improbidade administrativa nesse contexto axiológico. Sem essa compreensão, é natural que os abusos fiscalizatórios e acusatórios proliferem, como vêm proliferando com espantosa naturalidade, porque os acusadores e julgadores, por melhores que sejam suas intenções, acabam atropelando os direitos fundamentais dos administrados e jurisdicionados, exigindo-lhes uma perfeição que não existe na vida prática de relações.

1 Os níveis de desonestidade e ineficiência funcionais dos agentes públicos desde uma perspectiva ético-normativa

Inicialmente, cumpre uma incursão histórica em busca da compreensão da improbidade como fenômeno ético-normativo.

Improbidade, aqui, não será vista como sinônimo de desonestidade, porque abarcará também a ineficiência. *Improbitas* traduz desonra, e esta abrange várias modalidades de comportamentos ofensivos. Essa abertura semântica, no plano ético-normativo, abre a possibilidade para construções que alargam em busca de ilícitos culposos.¹

1.1 Boa gestão pública: observações gerais

A noção jurídica, dentro do Direito Administrativo, de boa administração ou gestão pública² — e seu oposto, a má gestão pública — tem origem teórica mais precisa nas lições de Maurice Hauriou, jurista francês que anunciou pioneiramente o princípio da moralidade administrativa, descrevendo-o numa perspectiva funcionalmente alicerçada no ideário de boa gestão pública, independentemente do que resultasse ostensivamente programado pelo Direito legislado. Este autor, ao comentar a jurisprudência do Conselho de Estado francês, a começos do século XX, disse que existia uma moralidade administrativa segundo a qual o administrador ficava vinculado a regras de conduta inerentes à disciplina interna da Administração Pública, o que significava a obediência

¹ Ver Medina Osório (2007).

² A expressão “gestão pública” está muito bem articulada em Caetano (1997): a atividade jurídica da Administração Pública, o que inclui tanto a atividade material quanto a subordinação necessária ao Direito.

necessária a pautas de boa administração, transcendendo as minúcias ou previsões expressas nas regras legais. A boa administração comportaria, por esse ângulo, um universo de condutas eticamente exigíveis dos administradores públicos, tivessem ou não previsão expressa no ordenamento jurídico passivo. Ser bom administrador não equivaleria, em suas origens, apenas ao mero cumprimento da lei, da mesma forma como o mau administrador poderia descumprir preceitos ligados à Ética Institucional, à moral administrativa. Foi um ataque ao pensamento positivista estrito predominante naquele momento histórico.³

É possível encontrar vestígios da exigência de uma espécie de boa administração pública nas remotas culturas ocidentais, mas é na pós-modernidade que se consolida essa exigência ético-normativa através da mudança da Administração burocrática ao modelo gerencial, contexto no qual — já veremos muito claramente — aumentam os níveis de responsabilidade pessoal dos agentes públicos, suas liberdades, espaços discricionários e balizamentos éticos ligados a vetores de eficiência e boa gestão.⁴

Em todo caso, permitido o salto histórico, ninguém dúvida de que hoje em dia exista um princípio essencial de boa gestão pública nas Constituições democráticas, como disse muito acertadamente o Parlamento Europeu, ao anunciar que tal princípio suporta uma série de deveres de boa gestão, deveres imanes ao sistema e não necessariamente explícitos. A confiança ou o *trust* entre administradores e administrados, que está no coração das Democracias contemporâneas, exige a boa gestão pública, já que os primeiros têm que prestar contas de seus atos aos segundos, como disse Garcia de Enterría, já mencionado, numa relação contínua e permanente, que não pode se esgotar no

³ Consulte-se Hauriou (1938, p. 232 et seq.; 1931, p. 334 et seq.). Veja-se a referência em Jean-Pierre (1999, p. 46). Posteriormente, os italianos desenvolveram o princípio da boa administração ou bom andamento da Administração Pública, a partir de estudos de Guido Falzone e Raffaele Resta, figurando expressamente esse dever no art. 97 da Constituição italiana. Sobre o tema, consulte-se, ainda, Palma (1998, p. 471-477), Rodríguez-Arana Muñoz (1999, p. 173-182) e, no Brasil, Martins Junior (2002) e Moreira Neto (2001; 2005), dentre outros.

⁴ Finocchi (1994, p. 133 et seq.) recorda a importância da Ética Pública no controle da Corrupção. O *dever de fidelidade ou lealdade está na Constituição italiana*, arts. 97 e 98, impondo o dever de atuar para a satisfação dos interesses da Administração Pública, mas também significando o reconhecimento dos deveres de diligência e de imparcialidade. Ianotta (1999, p. 25 et seq.) indica a conexão entre a evolução normativa da Administração Pública Gerencial ou Dirigente e a ampliação das responsabilidades dos gestores públicos. O movimento tem seu início em princípios dos anos 70 na Itália, sob as conhecidas influências anglo-saxônicas, balizando, no Direito continental-europeu, as reformas posteriores que buscaram um novo perfil administrativo ao Estado.

processo eleitoral, até porque o administrador não ganha um “cheque em branco” para governar.⁵

1.1.1 Imperativo ético da boa gestão pública na pós-modernidade e a perspectiva de responsabilidade dos agentes públicos

O conceito de legitimidade pertence tanto ao campo da ética quanto ao da teoria política. Inclui um julgamento de valor sobre um sistema considerado globalmente, que será, assim, tido como legítimo ou ilegítimo, bom ou mau, conforme as razões que impulsionam sua atuação e as necessidades sociais.⁶ Esse julgamento se dirige a um fim último do

⁵ Disse brilhantemente García de Enterría (2000, p. 108-109): “Handler explica, siguiendo a Baier, que la base sólida de toda relación de trust (concepto que él usa en un sentido más amplio que el jurídico estricto, como ya notamos) está en la racionalidad, en el conocimiento por cada parte de las razones de la otra para confirmar la relación, razones que se consideren también dignas de confianza por el primero; es, pues, el mutuo conocimiento de las condiciones recíprocas de la confianza entre las partes o que eleva al trust por encima de recelos y hace de la dignidad de la confianza una virtud no sospechosa. De este modo, y por esta vía única, el trust se fortalece y produce sus efectos integradores insostituibles. He ahí por qué el fortalecimiento, el afinamiento, la operatividad práctica de la relación fiduciaria entre gobernados y gobernantes no puede consistir como algunos parecen pretender, en una fe ciega de los primeros en los segundos, una fe global expresada, además, de antemano en el momento de las elecciones que apuesta por el simple azar de acierto, no revisable ya hasta la siquience cita electoral. No es la fe ciega, sino la confianza racional, constantemente renovada, fruto del conocimiento personal y de la aceptación cotidiana y permanente de la actuación de los gobernantes (aunque no tenga que ser, naturalmente, una aceptación ni unánime ni que cubra la totalidad de sus decisiones), lo que únicamente puede ser la base eficaz de esa relación. Ahora bien, ese conocimiento de la racionalidad y de la objetividad de la actuación de los gobernantes exige transparencia absoluta en la actuación de éstos y justificación constante de sus motivos en cuando les sea exigido o puesta en duda. Pretender que todo eso ha de entenderse suplido por una opción global anticipada en las solemnidades electorales es, literalmente, una broma. El poder realiza miles, millones de actos, de decisiones entre alternativas. ¿Por qué canal misterioso há de entenderse que todos t cda uno de esos actos han quedado consentidos de antemano en su globalidad? ¿Em alguna de sus aplicaciones funcionan así las relaciones fiduciarias o de confianza o de mandato? ¿Por qué habría de ocurrir de outra manera a propósito de la magna fidúcia que es la democracia? Como cualquier otro administrador de lo ajeno, los gobernantes deben de rendir cuentas, es evidente. Sería absurdo pretender para esos agentes una dispsa de este deber elemental, que está necesariamente en la base de toda relación fiduciaria. El artículo 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 así lo previó lucidamente: ‘La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración’. (obsérvese, por cierto, cómo la posición de los agentes se califica de administrar, y de administración obligada a la rendición de cuentas, no de representación, que supone una actuación in loco et in jus del pueblo)”.

⁶ A racionalidade das decisões jurídicas é um tema constantemente visitado por Pennock (1962, p. 177-182; 1986, p. 291-306), inclusive no exame das razões do legislador (1964, p. 98-106), precisamente porque se insere, ainda hoje, num dos pilares mais importantes do conceito de legitimidade, decorrência de desdobramentos ainda contemporâneos do projeto moderno. O tema da legitimidade resulta muito ligado ao das razões e da justificação do poder político, não há dúvidas. A legitimidade do Estado pode ser vista, como objeto de discussões, também em: Michalon (1998, p. 289-313); Michelman (1986, p. 71-99); Radin (1986, p. 33-48); Torres (1993, p. 31-45); Wolker (1993, p. 25-31), percebendo-se diversos caminhos que conduzem à legitimação, invariavelmente sem descartar o tema da racionalidade, embora sem descartar níveis mais ricos de embasamento.

sistema, tomados este e seus elementos como meios aptos para produzir aquele,⁷ desde uma perspectiva interna ou externa de balizamento.

Vemos a exigência de boa administração — tal e como funciona na atualidade — como produto específico da pós-modernidade, esse contexto no marco do qual os novos paradigmas ainda seguem abertos e os velhos em permanente questionamento crítico.⁸ É certo que, nesse universo, o discurso político tem muito a ver com o econômico, especialmente no tocante aos paradigmas de qualidade, eficácia e eficiência dominantes no âmbito das atividades privadas.⁹

A gestão empresarial, entretanto, tem uns parâmetros próprios, distintos dos de conseguir exclusivamente satisfazer ao bem comum, o que produz paradoxos. Em relação às decisões públicas, o discurso ético da boa administração não se ocupa exclusivamente de resultados, mas também de condutas eticamente corretas. Os meios e os fins são relevantes e positivamente valorados dentro dos paradigmas do bom administrador, daí a processualidade das relações nesse setor.¹⁰

Ninguém duvida que a Ética Institucional do setor público impõe o ideal de boa administração e por isso proíbe a má gestão pública. Em todo caso, os requisitos da boa administração pública no mundo

⁷ Estamos de acordo com Beyme (1989, p. 9-34) quando reconhece as íntimas conexões entre a Pós-modernidade e a teoria política contemporânea, até mesmo na perspectiva da legitimação do poder, que segue sendo um tema central no ambiente pós-moderno. Sobre Pós-modernidade, vejam-se os multifacetários trabalhos de Baudrillard (2002), Crimp (2002), Frampton (2002), Habermas (2002), Jameson (2002), Krauss (2002), Owens (2002), Said (2002), Ulmer (2002) e Foster (2002), em obra coletiva, com leituras que conduzem ao reconhecimento de novos paradigmas ligados à cultura da transgressão e da fragmentação da racionalidade, em busca de novos vetores de referência nos mais variados campos, desde a ética até a estética ou a arquitetura.

⁸ A Pós-modernidade é um termo que expressa, de acordo com a respeitada visão de Santos (1999, p. 70), uma época de transição incerta, na qual não temos muito claro o novo paradigma, mas sim que já não vivemos sob os paradigmas da modernidade. Esse mesmo autor tem optado por abordar a nova era que vivemos de “pós-colonialismo”, numa perspectiva mais construtiva, em que se acena com um horizonte povoado de novos paradigmas de justificação. Habermas (2002), sem embargo, defende a continuidade do projeto de modernidade, o qual estaria inacabado e, portanto, deveria ser apenas reajustado aos nossos tempos e exigências, sem descuidar dos paradigmas que emergem na cultura contemporânea, ligados às novas necessidades sociais no plano comunicativo.

⁹ Em todo caso, não se nega a importância de o Estado gestor produzir eficazmente, responder às demandas que se expressam no mercado, tratar de obter benefícios mais elevados, diversificar investimentos, implementar políticas públicas eficazes, satisfazer às necessidades sociais, etc.

¹⁰ Curiosamente, esse é um dos paradigmas do setor público que se incorpora, paulatinamente, ao âmbito privado, dentro da tendência de aproximação crescente dos setores público, privado e público não estatal. Não há dúvidas de que tal paradigma, como deflui da leitura de Tascabili (1998) ou Taylor (1997), se incorpora à luta contra a corrupção. Aliás, na esteira do que preconiza Theobald (1997), é necessário inovar nos instrumentos contra a corrupção, avançando nas estratégias econômicas, o que significa uma abordagem cada vez mais comprometida com resultados.

contemporâneo são muito cambiantes e variáveis.¹¹ Este rótulo, como outros de natureza política, reflete o que acontece na sociedade, visto que são as exigências ético-sociais que estão chamadas a configurar os interesses gerais e as pautas das atividades públicas.¹²

Os conteúdos da chamada “boa administração” costumam ser mais políticos, culturais e econômicos do que propriamente jurídicos, já que dificilmente o Poder Judiciário logra obter a imposição da eficiência administrativa pela via de sentenças ou acórdãos.¹³ Diversamente, os conteúdos da má gestão pública podem ser melhor configurados juridicamente, visto que o Direito Sancionador pode ocupar um importante lugar de destaque nas correções dos desvios e atos ilícitos.

1.1.2 Imperativo ético de imputação

A ideia de responsabilidade pessoal dos agentes públicos por atos contrários a normas éticas é muito antiga e radica no imperativo ético

¹¹ A redução do ótimo ao bom tem a ver com os limites das responsabilidades. A boa administração pode ser, dependendo das circunstâncias concretas, a ótima, mas as responsabilidades pessoais dos agentes públicos têm que ser cobradas a partir da má gestão pública, a qual, por sua vez, apresenta muitos matizes. Não se ignora que o exercício de cargos públicos, especialmente aqueles de tipo político, está exposto a exigências bastante específicas, talvez mais severas, dentro de uma ética peculiar, como já deixou de manifesto Thompson (1999).

¹² Hoje nos encontramos em uma sociedade que exalta a cultura do êxito, mas o certo é que vivemos tempos de globalização e alta competitividade. O Estado e suas instituições, por óbvio, têm que ser competentes no marco da competição ou competitividade. E mais, o Estado tem que satisfazer às sofisticadas necessidades sociais e deve fazê-lo com retidão, aptidão, idoneidade e conhecimento, de modo a obter, em tempo hábil, a resolução dos problemas urgentes e complexos que aparecem dotados de enorme velocidade, dentro do campo ético-normativo vigente. Para tanto, as instituições se multiplicam, em todos os setores, emergindo um panorama organizacional complexo e diversificado, em busca de parcerias estratégicas por todos os lados, inclusive com o Estado. Daí a emergência de novos paradigmas teóricos que, entre outros, Powel e Dimaggio (1999) chamam de novo institucionalismo na análise organizacional.

¹³ Quando o faz, não raro entra em searas peculiares à Administração e acaba promovendo uma gestão pública ineficiente. Isso se dá, exemplificativamente, quando o Judiciário substitui atos privativos da Administração Pública por atos judiciais de conteúdo administrativo, ditando ordens que somente o Poder Executivo teria boas condições técnicas de ditar. Essa distorção se produz de forma crescente no cenário nacional. Juízes que, sob a capa da jurisdição, administram, ditando atos administrativos no lugar dos administradores. Um caso clássico é a substituição dos laudos psicotécnicos, em concursos públicos, por laudos dos peritos judiciais, os quais analisam o candidato em condições totalmente diferentes daquelas que foram analisadas pelas autoridades administrativas. É natural que haja uma massiva substituição de laudos administrativos por laudos judiciais, fulminando-se a competência originária do administrador. Ilustramos o assunto com tão significativo exemplo porque nem todo avanço do controle judicial sobre a Administração Pública significará solução mágica aos problemas, nem avanço da sociedade. Às vezes, a solução requer medidas mais sofisticadas, tais como o aprimoramento da Administração, reformas legais, debates mais amplos. No entanto, também cabe aduzir que é verdade o fato de que o Judiciário ainda se exime de níveis de controle que pode e deve exercer, sob o argumento genérico e falacioso de que não poderia adentrar o mérito dos atos administrativos. Assim, se é certo que existem distorções no controle abusivo e invasivo, também é verdade que existem omissões indesculpáveis. Formular um diagnóstico sobre essa realidade, qual a situação preponderante, ainda é uma tarefa por realizar. Não temos condições de perceber o modelo do sistema judicial vigente, a partir de análises qualitativas da jurisprudência e das sentenças, porque inexistem estudos estatísticos qualitativos nesses cenários. De modo que, hoje, não se pode arriscar uma opinião certa: se o Judiciário invade ou não as competências administrativas, em matérias relevantes, de modo majoritário. Pode-se apenas apontar abusos que retratam distorções e patologias funcionais preocupantes, tanto num quanto noutro sentido, o que requer estudos mais aprofundados e, ademais, posicionamentos de gestão.

de imputação. Já se disse que dos tempos mais remotos há notícias de responsabilidade dos homens públicos. O que trocou é o alcance das imunidades do poder. Mas a História registra delitos contra o Estado Romano e a correspondente responsabilidade pessoal do funcionário público.¹⁴

O que se nota é que a evolução traz um aumento gradativo e intenso de responsabilidades, reduzindo-se o campo das imunidades. O fortalecimento do imperativo de eficiência, sem lugar a dúvidas, conduz à ampliação desta tendência.¹⁵

A maior parte das normas de Ética Pública, vigentes em sociedades civilizadas e politicamente organizadas, conduz ao reconhecimento de pautas gerais de imputação. Dentro dessas pautas gerais, há domínios específicos, concentrados e especiais de imputados, variando os tipos e requisitos conforme sejam as classes de agentes atingidos,¹⁶ mas os nichos de imunidades são cada vez mais reduzidos.

1.2 Má gestão pública: observações gerais

Diante dos paradigmas de boa gestão pública e de imputação dos agentes públicos, vale reconhecer que há muitas classes de infrações ou faltas pessoais dos agentes públicos, além das (a) intencionais e (b) faltas graves por imprudência ou negligência, caracterizadoras de pressupostos de má gestão pública. É certo, acrescentamos, que existem faltas

¹⁴ A propósito de um histórico sobre os delitos dos funcionários públicos, desde a Roma Antiga, veja-se Hungria (1959, p. 313).

¹⁵ Sobre a responsabilidade do Estado: Blasco Esteve (1980, p. 195-241); Bon (1997, p. 1301-1310; 1994, p. 91-98); Bonichot, Dietsch e Guettier (1998, p. 569-583); Manzanares Samaniego (1999, p. 125-141); Soulier (1969, p. 1039-1103); Torchia (1999, p. 832-850); Torno Mas (1985, p. 71-122), todos apontando, em medidas distintas, um cenário de evolução e de crescentes perspectivas de responsabilização estatal na cultura continental-europeia, da qual somos herdeiros. Sobre o princípio de responsabilidade dos gestores públicos em Direito comparado, vejam-se: Banfi (1995, p. 143-154); Bon (1991, p. 141-148); Gaetano (1997, p. 2185-2188); Miele (1991, p. 421-435); Mor (1998, p. 411-417); Nannucci (1998, p. 533-549); Lignani (1998, p. 381-388); Lucibello (1998, p. 343-348); Massafra (1998, p. 399-410); Paci (1998, p. 389-398); Pastori (1998, p. 260-267); Pétrina (1997, p. 374-390); Richter (1998, p. 327-329); Sommovigo (1997, p. 931-938); Scoca (1997); Corpaci (1998, p. 239-250), todos reconhecendo a importância do princípio da responsabilidade em termos de fundamentação de uma cultura republicana, porque os agentes públicos, em especial, devem prestar contas de seus atos. Finalmente, Smith (1959), ao tratar do controle jurisdicional da ação administrativa, põe de manifesto a evolução dos remédios em Direito comparado, demonstrando tendências diversas, com claras discrepâncias entre os modelos *civil law* e *common law*, situação retratada com nitidez ímpar nos institutos desenvolvidos, a esse respeito, num e noutro sistema/modelo.

¹⁶ Em primeiro lugar, o agente público deve ser o causador do ato ilícito, ainda que o conceito de causa esteja longe de uma unanimidade doutrinária. Em segundo lugar, deve existir um mínimo elemento subjetivo no comportamento do agente, seja a intencionalidade, seja a culpa ou a negligência, conforme se vê em Thompson (1999, p. 7-17). Sem embargo, é notável a tendência à responsabilidade por descumprimento de deveres de ação ou de resultados. Recorde-se que condutas culposas já podiam encaixar-se em algum dos vícios capitais apontados por D'Aquino (1996).

do Estado e do funcionário,¹⁷ as quais devem ser tratadas, não raro, separadamente. Os níveis e tipos de má gestão pública são muito variados e distintos,¹⁸ indicando, por sua vez, a necessidade de pautas de controle igualmente divididas em níveis diferentes, além de evidente variação de intensidade do controle e fiscalização.¹⁹

É obvio que a corrupção não é a única forma de má gestão pública,²⁰ ao contrário do que parece fluir nos meios de comunicação social, porque existem outras figuras jurídicas dignas de relevância e funcionalmente muito eficazes. Pensar de modo diverso equivaleria não apenas a ignorar a realidade, mas, sobretudo, a desprezá-la.

Como disse Jesus Gonzalez Perez, “é tal o nível de degradação dos valores éticos nas Administrações Públicas, que parece que a questão se centra na corrupção, quando esta constitui tão-somente um, embora seja o mais grave, dos atentados à Ética em que pode incorrer um servidor público. Mas existem outros muitos que, ante a generalidade daquela, ficaram relegados ao esquecimento ou considerados leves pecados veniais, ou até práticas administrativas que não vale a pena desterrar. Se se quiser, de verdade, regenerar a vida pública, se se quer confrontar com seriedade a tarefa de fazer uma Administração Pública que, não só não suscite a desconfiança e receio dos administrados, mas sim possa servir de exemplo às atividades

¹⁷ Jean Pierre (1999).

¹⁸ Em geral, o tema que ocupa a pauta de preocupações internacionais é a Corrupção, uma espécie muito difundida de Má Gestão Pública. Repare-se em alguns dos documentos internacionais que tratam do tema: Nações Unidas (1996; 1997; 2000; 2000a; 2000b; 2000c); Conselho da Europa (1997; 1997a; 1997b; 1997c; 1998; 1999).

¹⁹ O fenômeno do controle jurídico dos poderes políticos e até ocultos nas sociedades pode ser visto sob muitos distintos prismas. Consultem-se: Groisman (1989, p. 35-45); Grossi i Picardi (1997, p. 668-680); Gutmann (1986, p. 165-177); Mantes (1998, p. 390-394). O tema da separação de poderes está muito bem posto em Martín-Retortillo Baquer (1989, p. 47-77), com ênfase nas funções, abandonando a surrada ideia da tripartição pura e simples de poderes políticos, nos cenários atuais, sobretudo na Espanha, com reflexos no funcionamento do Estado e na arquitetura dos controles recíprocos. Os desvios de poder podem ser vistos em: Maugüé (1999, p. 254-268); Maulin (1995, p. 79-105); Mavrinac (1964, p. 145-159); Mazzamuto (1998, p. 441-477); Melleray (1998, p. 1089-1129); Morebidelli (1998, p. 475-501); Nieto (1980, p. 7-73); Pérez de Tudela Velasco (1983, p. 91-117); Rossetti (1998, p. 181-188). O histórico de controle de outros tipos de enfermidades da Má Gestão Pública pode ser visto através da história do excesso de poder. Confiram-se: Garrido Falla (1995, p. 11-85); S. Martín-Retortillo Baquer (1957, p. 83-177).

²⁰ Schwartz e Pouyaud (1997, p. 353-364) tratam do recurso por excesso de poder no âmbito dos contratos administrativos, anunciando fundamentos que, fora de dúvidas, integram a teoria geral do desvio ou excesso de poder, com aplicabilidade específica ao terreno contratual. Sciascia (1999, p. 466-515) trata de um outro tipo de controle da Administração Pública que resulta muito importante: o financeiro. Scoca (1997) trata da responsabilidade administrativa, que supõe um meio autônomo de controle, objetivo que tem sido perseguido pela nova gestão pública, dentro da ideia de construir pilares de independência interna, até mesmo considerando que os controles internos costumam ser os mais eficazes, quando exercidos seriamente. O certo é que há muitos tipos de controle, ou seja, remédios, porque há muitas enfermidades, como pôe de manifesto, no Direito francês, Marcilhacy (1980), realçando a responsabilidade política de certos agentes públicos pelo recebimento indevido de presentes e outros benefícios. No Brasil, uma referência importante sobre o controle da Administração Pública é o trabalho de Ferraz (1992).

privadas, é necessário que não nos limitemos a sancionar o nauseabundo mundo da corrupção, e recordar outros elementaríssimos deveres”.²¹

A expressão má gestão pública, aqui usada, não é tão nova, embora assim o seja na perspectiva da improbidade administrativa.

Jones assinala: “there is a tendency to treat expressions of bureaucratic *corruption and other patterns of maladministration* as being analytically separate phenomena. *They are simply different sides of the same coin.* Furthermore, some of the factors which are identified as contributing to maladministration in the Third World would appear to lack both the comprehensiveness and the analytical power needed to make them discrete, causal factors that can point to meaningful corrective measures”.²²

Kjellberg recorda das notícias na imprensa norueguesa nos anos 89/91 sobre “administrative malpractice and alleged corruption (...)”, assinalando que “even if valid, *general allegations of corruption*, as normally presented in the media *may indeed obscure its wide variety of types and its complex relation to other forms of administrative and political malpractice*”.²³

Hope trata da corrupção burocrática e da má gestão pública no Terceiro Mundo, assinalando que “*bureaucratic corruption has been regarded as a particularly viral form of bureaucpathology.* ‘Once it enter the blood of a public organization, it spreads quickly to all parts. *If it is not diagnosed and treated it will eventually destroy public credibility and organizational effectiveness.* Even if treated, there is no guarantee that it will be eliminated or that all infected areas will be reached. The possibilities of stamping it out altogether are remote as long as the machinery responsible for eliminating it is also corrupt as the case in the Third World”. Conclui dizendo que “the administrative machinery in the Third World is in a state of ineptness”. Isso inclui a politização partidária da máquina, as práticas corruptas e

²¹ Gonzalez Perez (1996, p. 31-32). O tema dos valores constitucionais ou dos objetivos de valor constitucional, no marco do Direito francês, está desenvolvido em Faure (1995), na perspectiva imanente à legalidade enquanto princípio forjado na jurisprudência constitucional e administrativa. Veja-se a orientação aberta e construtiva do Conselho Constitucional francês em Favoreu e Philip (1997).

²² Jones (1985, p. 20). Diz o autor, em nossa livre tradução, que “há uma tendência em tratar expressões de corrupção burocrática e outros padrões de má administração como sendo analiticamente fenômenos separados. Eles são simplesmente lados diferentes da mesma moeda. Além disso, alguns dos fatores que são identificados como contribuidores à má administração no Terceiro Mundo parecem não ter tanto a capacidade de compreensão e o poder analítico que são precisos para fazê-los discretos, fatores causais que podem apontar significantes medidas corretivas”.

²³ Kjellberg (1995, p. 339 et seq.). Diz o autor, também em nossa tradução: “mesmo que válidas, alegações gerais de corrupção, como normalmente veiculadas na mídia, podem inclusive obscurecer sua ampla variedade de tipos e sua complexa relação com outras formas de má prática administrativa e política”.

as estruturas centralizadoras de decisão, fatores decisivos na geração de inépcia ou ineficiência generalizada.²⁴

O Relatório Final da *Comissão de Diagnóstico da Legislação Centro-americana no tema da corrupção*,²⁵ no marco da Cúpula Centro-americana contra essa patologia, disse que a “corrupção como tal representa uma das práticas humanas mais generalizadas e com efeitos tão perniciosos e devastadores que *seu exercício impossibilita a saúde moral* dos povos, impede o desenvolvimento econômico sustentável das nações e representa um poderoso obstáculo para obter a paz e a harmonia social”. Veja-se que a Comissão fala de saúde moral dos povos e, acrescentamos, instituições.

A má gestão pública, portanto, é uma categoria que abrange numerosos subtipos de *enfermidades*, em graus muito distintos, o que requer estudos especializados e remédios diferenciados.²⁶ Note-se que as enfermidades se conectam reciprocamente.

Antes de entrar na análise estritamente legal da Improbidade no sistema brasileiro, convém assentar uma afirmação fundamental, pois a abordagem normativa da improbidade administrativa quer oferecer um novo modelo regulatório de certos tipos de má gestão pública, partindo da premissa segundo a qual os modelos vigentes de combate à corrupção pública são insuficientes e defasados para tratar de todos os atos que implicam grave desonestidade funcional ou grave ineficiência funcional dos agentes públicos.

Sustentamos que é importante construir um modelo teórico-normativo mais geral que permita o tratamento unitário dos assuntos relativos aos atos dolosos e culposos, embora isso deva ocorrer preservando-se as

²⁴ Hope (1985, p. 3). Diz o autor que a corrupção burocrática tem sido considerada como uma particular forma viral de buropatologia. Uma vez que entra no sangue de uma organização pública, se espalha rapidamente para todas as partes. Se não é diagnosticada e tratada irá eventualmente destruir a credibilidade pública e a efetividade organizacional. Mesmo se tratada, não há garantia que vai ser eliminada ou que todas as áreas infectadas serão alcançadas. As possibilidades de extingui-la de uma vez são remotas, tendo em vista que o maquinário responsável por eliminá-la também é corrupto, como no caso do Terceiro Mundo. Conclui dizendo que “a máquina administrativa no Terceiro Mundo está em um estado de inaptidão”.

²⁵ Centro Americano da Legislação contra a Corrupção (2000). San José, Costa Rica, 2000. Encontro Regional Contra a Narcoatividade e a Corrupção.

²⁶ Sobre a economia da corrupção e alguns mecanismos de controle, vejam-se: Bais (1999, p. 57-77); Cartier-Bresson (2000, p. 19-32; 1997a, p. 20-46; 1993, p. 26-32); Donatini i Grazzini (1999, p. 105-135); Fernández Díaz (1999); Hopkin (1997, p. 255-274), todos convergindo, em linhas gerais, em torno à importância do discurso econômico para estancar tais fenômenos desde uma vertente real, eficaz e vocacionada à tutela dos interesses dos atores envolvidos no processo. Percebe-se a importância de abordagens econômicas, com linguagem específica, do fenômeno em tela. Efetivamente, atacando-se o fluxo de dinheiro que sustenta e se alimenta dos negócios ilícitos, tem-se a possibilidade de estancar o mercado da corrupção, criando-se instrumentos impulsionadores da boa gestão pública a partir de um discurso econômico, não apenas jurídico ou político. Essa é a grande contribuição que os economistas ou os estudiosos dessa área podem aportar ao tema em análise, como, de fato, vêm aportando.

diferenças e os matizes necessários entre grave desonestidade funcional e grave ineficiência funcional no marco das proibições pontuais e sanções proporcionais, inclusive mantendo um uso mais restrito e preciso da corrupção pública como espécie de Improbidade, resgatando-se sua vocação originária de repressão à grave desonestidade funcional.

1.2.1 Desonestidade funcional dos homens públicos e suas flutuações ético-normativas

Uma das facetas da má gestão pública é, sem lugar a dúvidas, a desonestidade funcional dos homens públicos. Essa é uma das piores facetas da má gestão pública, pode dizer-se. Ao menos, trata-se, seguramente, da faceta mais notória, antiga e evidente da má gestão pública, conectada à degradação moral de agentes do Estado.

A podridão da vida política e da Administração Pública na Antiga Roma tinha dimensões gigantescas, inclusive maiores — proporcionalmente — que as atuais, segundo o magistério autorizado e respeitado de Luciano Perelli.²⁷

Em todo caso, cabe assinalar que as origens históricas da corrupção — aqui tomada em um sentido puramente sociológico como os maus costumes no setor público, equivalente à podridão moral dos homens públicos ou suas graves desonestidades funcionais — perdem-se no tempo. Todavia, é na formação do Estado Moderno que o fenômeno adquire dimensões mais dramáticas, a partir da ideia de separação das esferas pública e privada, bem assim das limitações jurídicas no exercício dos poderes públicos.²⁸

²⁷ Consulte-se a obra fundamental de Perelli (1999, p. 11-13), uma das mais respeitadas referências no assunto. Disse o autor que “se prima del III secolo avanti Cristo abbiamo scarze notizie di corruzione, ciò deriva del fatto che per quel período mancano testimonianze dirette, e annalisti e storici dei secoli successivi hanno avuto la tendenza a idealizzare il passato. Ma quando arriviamo alla prima produzione letteraria consistente che costituisce un documento diretto dei tempi, cioè alle commedie di Plauto, intorno al 200 A.C., troviamo ampia testimonianza di malcostume nella gestione degli affari privati e pubblici” (11). O que se supõe, portanto, com esta afirmação, é que a corrupção é um fenômeno dos homens, não dos tempos, como disse em sua época Seneca. Consulte-se ainda Jeanneney (1999) e Mirri (1988), para uma visão histórica sumária do fenômeno, sem discrepâncias fundamentais quanto à evolução do problema e suas novas dimensões no século XX.

²⁸ Jiménez de Parga (1997, p. 139) situa a Corrupção Política como um assunto de Ética Social, o que, sabidamente, não invalida outros enfoques. A Corrupção apresenta a ideia de perversão e há aqueles, como Jeanneney (1999, p. 58), que visualizam as raízes históricas da Corrupção junto com o escândalo, ou seja, é o escândalo que, projetando a indignação do povo, revela o fenômeno desde sua dimensão ética, política e verdadeiramente social. Talvez aqui resida o cerne conceitual da podridão moral que domina os conceitos mais usuais de corrupção, eis que tal repúdio ou rechaço ético se insere nas entranhas da própria sociedade, que se sente nauseada e revoltada diante de determinadas modalidades de transgressões. Dominguez (1996, p. 59) recorda que desde o Direito Romano a Corrupção e a Concussão eram delitos, punidos inclusive com a pena de morte. Disse Passas (1998, p. 43) que nenhum sistema, regime ou país parece ser imune à Corrupção. Nota-se que a Lei das XII Tábuas disse: “Si iudex aut arbiter jure datur ob rem iudicandam pecuniam acceperit capite luito”. Sobre o tema Corrupção trataram as Leis *Calpurnia*, *Servilia*, *Cornelia* e *Julia “de repetundis”*. Justiniano disse: “pecunias ex officis conquirere omnium flagitiorum principium est finis”. Hungria (1959, p. 367) fez um importante histórico do tema, ao qual estamos nos reportando. Em Espanha, vale a pena constatar, entre outros, Torres Aguilar (1992), quando trata do controle dos oficiais públicos na *Castilla* baixa medieval e moderna, levando em conta as influências do Direito Romano.

Assim como a podridão moral do homem público, a corrupção pública tem um caráter universal e global, embora sua incidência nos países subdesenvolvidos seja mais facilmente endêmica, já que os ambientes costumam, por suas peculiares carências, ser mais propícios ao desenvolvimento sólido e impune das práticas corruptas e corruptoras.²⁹ Isso se dá, sobretudo, pela ausência de fortes instituições fiscalizadoras

²⁹ Moran (1998) centra seus estudos no fenômeno da corrupção nos países em desenvolvimento, focando o caso da Coreia do Sul, onde os níveis de transgressão chegaram a patamares elevados e, hoje, se encontram razoavelmente sob controle, segundo noticiários internacionais. A propósito do fenômeno da Corrupção Pública na Tanzânia, veja-se Pepinsky (1992, p. 25-51), denunciando as raízes profundas da patologia. Na Coreia do Sul, é interessante o ensaio de Moran (1998, p. 161-177), mostrando a abundância do fenômeno num regime totalitário, onde os controles revelam-se altamente discriminatórios e abusivos, embora, paradoxalmente, o afrouxamento da defesa dos direitos humanos possa viabilizar processos punitivos autoritários, rápidos e eficazes em seus objetivos, mesmo que eventualmente injustos ou arbitrários. Nigéria, um país que tem altíssimos graus de Corrupção Pública, mereceu importantes estudos já no decênio dos anos 80, como, por exemplo, o de Olowu (1985, p. 7-12), que trata da Corrupção Pública burocrática, denotando os laços que unem ineficiência e desonestidade. Em países como este, a corrosão institucional conduz a níveis absurdos de corrupção. Aina (1982, p. 70-76) pesquisou as causas e possíveis remédios à Corrupção Pública na Nigéria, mas, sem embargo, os altos índices desta enfermidade seguem vigentes ali, enraizado que está o fenômeno nas instituições públicas, em patamares endêmicos. Repare-se no que há de comum nessas regiões: o alto grau de erosão das instituições públicas, tanto pelas desonestidades, quanto pelas ineficiências funcionais dos funcionários públicos, em contextos de desgoverno. As cidades de Hong Kong e Singapura mereceram estudo comparativo de Quah (1995, p. 391-414), visualizando-se a relação entre uma considerável circulação de riquezas e a presença cada vez mais ostensiva de corruptores, o que, paradoxalmente, propiciou fenômenos mais intensos de corrupção. Fica clara a relação entre os dois pólos da patologia: corruptor e corrupto andam juntos, lado a lado, entrelaçados. Oudghiri (2000, p. 135-144) trata da Corrupção nas finanças públicas do Marrocos, com uma abordagem que não se afasta das ordinárias abordagens sobre o tema, identificando traços da patologia e deficiências institucionais básicas. Theobald (1997, p. 299-314), entre outros muitos, ocupou-se da África, um dos lugares mais corrompidos do mundo, para denunciar a fragilidade das instituições e a facilidade de acesso a ambientes corruptos. A propósito, recorde-se que Brogden e Nijhar (1998, p. 89-106) examinam a política adotada pelo Governo da África do Sul, mas não logram alcançar sugestões concretas de utilidade, restringindo-se a uma dimensão mais descritiva. Acrescente-se, no entanto, que a África já apresenta algumas experiências interessantes de fortalecimento de escritórios do Ministério Público, integrados com autoridades de múltiplas áreas, sinalizando passo decisivo para a paulatina superação dos problemas. Essa integração projeta influências, inclusive, no modelo de Ministério Público junto ao Tribunal Penal Internacional, cujo primeiro Procurador-Chefe, Luis Moreno-Ocampo, tem referido a experiência africana como algo positivo, tal como restou dito na 4ª Conferência Executiva para Segurança Pública da IACP (International Chiefs of Police) da América Latina, ocorrida em Porto Alegre, de 12 a 14 de setembro de 2004, da qual tivemos a honra de ser coordenador-geral. Na América Latina, cabe recordar Rehren (1997, p. 323-334), que tratou da Corrupção no Chile, assim como Pollack e Matear (1997, p. 371-382) que, acerca deste mesmo país, expõem expressamente as relações entre ditadura, democracia e Corrupção. Diga-se que as instituições chilenas, na América Latina, situam-se entre as mais desenvolvidas. Uma revitalização da Justiça tem permitido notáveis avanços, ao mesmo tempo que os órgãos policiais, inclusive em campos estratégicos como a inteligência criminal, têm evoluído notavelmente, alcançando estágios mais avançados de aperfeiçoamento funcional. A Corrupção privada, por seu turno, não faz discriminações, porque os grandes escândalos pipocam por toda parte. Suas raízes estão muito bem fixadas nos países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Para ficarmos com duas referências, Andvig (1995, p. 289-313) trata da Corrupção na indústria do Óleo no Norte da Europa, ao passo que Bogdan (1979, p. 665-677) trata da Corrupção no mercado internacional de comércio, analisando medidas do governo sueco. É certo, ademais, que ambas, Corrupção Pública e Corrupção privada, mantêm íntimas conexões, porque a primeira muito frequentemente depende e tem seus pontos de contato com a segunda. Os escândalos internacionais, envolvendo simbiose entre setores público e privado em matéria de corrupção, não têm pátria, nem fronteiras, alcançando, de modo impactante, países como os Estados Unidos da América ou a Alemanha, a França, a Espanha ou a Inglaterra, a Itália, Portugal e outros.

em ação e lacunas nos esquemas preventivos, afirmação que se aplica inclusive ao Brasil.³⁰

A ideia de vício ou de podridão inerentes à corrupção, em um plano histórico-sociológico, pode apresentar numerosas raízes e variações. Temos alguns elementos básicos, como o são os desvios no manejo de atribuições públicas, os vícios ou abusos contra os interesses legítimos da sociedade, os favorecimentos movidos pela busca do enriquecimento ilícito, entre outros. Entretanto, a amplitude das definições é notável. Qualquer dos conceitos, em todo caso, remete-nos ao tema dos valores e fontes normativas, além do critério adotado. Não é possível valorar, desde pontos de vista objetivos, essas definições, visto que as normas culturais que as presidem atuam muito fortemente e as perspectivas analíticas tendem a variar.

O que podemos dizer, isso sim, é que os conceitos de corrupção pública não nos indicam elementos universais e seguros, nem mesmo à luz de um unitário ponto de vista e segundo idênticos critérios. O único critério que vemos como universal, na perspectiva dos deveres posicionais do sujeito, e que, não obstante, tem conteúdos diversos, é a nota da grave desonestidade funcional. Tampouco se trata de um conceito seguro, já que temos a variante daquela que seria a modalidade muito grave de desonestidade.

A corrupção se descreve, em geral, não só na literatura especializada — e aqui temos possibilidade de fazer referência global a um importante e sólido conjunto de doutrinas — como também nos escritos do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional,³¹ como toda aquela ação ou omissão do agente público que o leva a desviar-se

³⁰ Está claro que a história da Corrupção no Brasil tem, entre outras, duas grandes vertentes: (a) a manipulação de decisões políticas para favorecer os interesses econômicos e (b) a apropriação de recursos e bens públicos pelos políticos, seja em seu próprio benefício, seja para o financiamento de campanhas eleitorais, seja para favorecimento de interesses privados de terceiros. O que estabelece Fleischer (1997, p. 311 et seq.) — e é sempre positivo ter em conta uma opinião de alguém que, sendo estrangeiro, se ocupa dos assuntos de nosso país como especialista, espécie de “brasilianista” — é que os sistemas de controle no Brasil são muito frouxos. Assinala o autor o tema da ausência de controles externos e internos. Sem embargo, já veremos que algumas instituições têm atribuições muito interessantes e até atuais acerca do controle da Má Gestão Pública. O que ocorre é que essas instituições não logram trabalhar de forma adequada, não têm estruturas materiais, pessoais e tecnológicas para o efetivo controle das práticas de Má Gestão Pública, nem têm desenvolvido um espírito de trabalho em equipe, coletivo, suficientemente sólido.

³¹ Tanto um como o outro definem a Corrupção como o abuso da função pública para obter benefícios privados <<http://www1.worldbank.org> e <http://www.imf.org>>.

dos deveres formais e materiais de seu cargo, com o objetivo de obter benefícios privados.³²

Os benefícios privados podem ser pecuniários, políticos, ou de posição social, assim como qualquer utilização em benefício pessoal ou político de informação privilegiada, influências, atribuições públicas ou oportunidades.

Fatores e fatos multicausais conduzem à corrupção. Destaca-se, entre muitos, o universo dos interesses conflitivos e das relações incestuosas que nascem em processos eleitorais marcados pela presença ostensiva ou não de grandes financiadores.³³

³² Nieto (1997) assinala a importância dos benefícios ou interesses privados na corrupção. Segundo Rodríguez-Arana Muñoz (1996, p. 244), o termo “corrupção” admite distintas aproximações. Sem embargo, existe um denominador comum: “a utilização em proveito próprio dos poderes públicos” (215). Insiste o autor que a corrupção é a ocultação do público para favorecer elementos pessoais ou de grupo. Gardiner (2002) aponta o abuso de poder como nota essencial da corrupção. Esta é igual ao mau uso dos poderes públicos. Sob esta definição se encontram o nepotismo e o clientelismo, o conflito de interesses, já legislativo, já administrativo (216), e outras modalidades. Trata-se de definição insuficiente desde uma perspectiva estritamente jurídica, já que peca pela excessiva generalidade. Abuso de poder pode ser controlado através de outras categorias jurídicas ou éticas, não somente através de um encaixe na figura de corrupção. Pondera o autor que um dos perigos da definição jurídica da corrupção é que pode permitir identificar o legal com o ético. As dificuldades para um conceito jurídico de corrupção são sérias, porque podem existir atos ilegais que sejam éticos, se a lei é uma lei injusta (217). “Normalmente, quando se trata da corrupção, imediatamente se associa com determinadas condutas de responsáveis e funcionários públicos. Efetivamente, o professor de Harvard Nye, em 1967, definia a corrupção como uma conduta pessoal que supõe *um desvio ou infração no cumprimento normal das normas da função pública em prol de benefícios econômicos para alguém ou um de seus próximos*. Nesta definição se inclui o suborno (utilização de recompensas para condicionar as decisões políticas ou administrativas), o nepotismo ou a prevaricação. Em realidade, o decisivo, ao se falar de Corrupção Pública, é que a atuação ou a conduta se produza por quem está investido de poder público ou político e que beneficie ao funcionário ou responsável ou a pessoas próximas. Mas, na aproximação de Nye, não se contempla a possibilidade, nada infrequente, de que a finalidade da conduta seja beneficiar ao partido político no qual milita o funcionário ou cargo público. É a hipótese, por exemplo, do famoso caso Watergate. Mas não é esta a única limitação da definição do professor de Harvard, porque sua contribuição poderia ser interpretada em função do que é *cumprimento normal* em alguns países ou em outros e tendo em conta que nem em todos os lugares há codificações éticas, nem estão sancionadas estas práticas. Sem embargo, é conveniente assinalar que não é possível — nem justo — que a corrupção não esteja condenada em todas as partes do mundo. Possivelmente ainda em muitos lugares, sobretudo no entorno subdesenvolvido, é normal que os cargos eletivos e de designação mesquem os interesses públicos com os interesses particulares. Apesar disso, há que se comentar que enquanto se tolere que o cumprimento normal das obrigações de um funcionário inclua a aceitação de presentes ou a *incursão* em conflitos de interesse, a luta contra a corrupção seguirá sendo uma ilusão. Assim, como pergunta Gardiner, é admissível que um contratante convide um chefe de compras da Administração e sua família a passar férias na Riviera Francesa? Ou, está permitido que o Ministro de Obras Públicas outorgue um contrato a uma empresa que é, em parte, de sua propriedade? A resposta é não. E, ambas condutas correspondem ao que comumente se entende por corrupção: uso de poderes públicos em benefício próprio” (p. 215-216).

³³ O tema do financiamento dos partidos políticos como uma das raízes mais profundas da Corrupção já está na pauta de discussão dos governantes e da doutrina especializada há bastante tempo, mas de forma particularmente intensa na década dos 90. A propósito do tema, vejam-se: Blanco Valdes (1995, p. 163-197); Caravale (1999, p. 59-75); G. Colombo (1994, p. 1031-1043); Clementi (1999, p. 119-130); De Petris (1999, p. 89-118); Di Andrea (1999, p. 139-156); Donatini i Grazzini (1999, p. 105-135); Forzati (1997, p. 266-282); Frosini (1999, p. 77-88); Gonzalez-Varas Ibañez (1992, p. 299-312); Lavagna (1999, p. 131-137); Touvet (1997, p. 59-72; 1998, p. 297-304) não há obra do ano de 1998 na bibliografia. Não obstante divergências notáveis sobre a pertinência maior ou menor dos modelos públicos, privados ou mistos, de financiamento das campanhas, não se tem dúvida acerca da universalidade do fenômeno da corrupção e dos desvios nessa seara, seja nos países em desenvolvimento, seja nos desenvolvidos. Daí a importância dos controles eficazes, que passam não apenas pelo instrumental legal ou jurídico, mas pela construção

Desde um ponto de vista sociológico, está bem situada a definição aqui ventilada. Entretanto, num marco ético-normativo, não se vê em que medida a corrupção pública se diferencia de outras categorias, v.g., a pura e simples patologia do desvio de poder, que também admite, desde um ângulo conceitual, a figura genérica da utilização em proveito próprio das atribuições públicas.³⁴

É possível dizer, insista-se nisso, que a corrupção pública, por seu significado de alta podridão moral, não inclui a repressão a *todos* os atos de desonestidade dos servidores públicos ou dos cidadãos,³⁵ nem sequer todos os atos de grave desonestidade funcional.

Não nos esqueçamos de que a corrupção não tem porquê, desde perspectivas ético-normativas, absorver por completo (aniquilar com) outras categorias funcionalmente úteis no campo ético, v.g., o desvio de poder, todos os vícios e abusos possíveis, a desonestidade em geral, as quais se ajustam à máxima da proporcionalidade, conforme se trate de um ou outro tipo de caso.

de mecanismos econômicos, burocráticos e institucionais, que possibilitem total transparência dos custos e aportes de uma campanha, com monitoramento em tempo real dos chamados sinais exteriores de poder econômico na campanha. Nesse sentido, cabe agregar que tampouco é suficiente direcionar controles aos candidatos ou partidos políticos, porque resulta indispensável desenvolver ferramentas que alcancem a conduta dos empresários que participam, ostensivamente ou não, das campanhas, no intuito de satisfazerem seus interesses. A estruturação de órgãos especializados para o monitoramento das campanhas eleitorais é uma das necessidades que se observa nos regimes democráticos. No Brasil, por razões administrativas, há um permanente rodízio na ocupação de vagas do Ministério Público e da Justiça Eleitoral. Raramente se encontram agentes especializados ativamente envolvidos no processo fiscalizatório. De outra banda, há que se reconhecer que também faltam estruturas estáveis, especializadas, para rápidas investigações e apurações de ilícitos, inclusive no período pós-eleitoral, abarcando a visualização do patrimônio dos candidatos, além de sua movimentação na campanha, v.g., uso de aviões, propaganda maciça e irregular, investimentos pesados, etc. Esse déficit alcança as estruturas policiais, evidentemente, ainda com maior vigor, visto que expostas ao poder político de plantão. Por tais razões, quando se cogita do chamado financiamento público de campanhas eleitorais, como panaceia para todos os males, há que se sublinhar que semelhante instrumento não inibiria, por certo, o conhecido "caixa 2" das campanhas, nem as doações "por fora", apenas agregando ônus e custos aos contribuintes. A tutela do financiamento privado pode permitir níveis maiores de lisura no processo eleitoral, em conjunto com o barateamento dos custos e o monitoramento da competição de forma eficaz. De qualquer sorte, há que se reconhecer que as distorções inerentes ao financiamento das campanhas estão na origem de numerosos atos ímprobos, afetando a honestidade funcional dos gestores públicos, na contra-partida oculta que se oferece pelos "empréstimos", de forma direta ou indireta. Não é raro, pois, constatar que boa parte da classe política fica guindada à condição subalterna de *longa manus* de uma parcela da classe empresarial, que não aparece, mas posiciona os políticos nos postos de comando, dando-lhes sustentação pessoal e partidária, tornando-se credores de favores pessoais ou institucionais, ao arripio de controles públicos.

³⁴ A partir de uma perspectiva ampla, o núcleo da prática corrupta seria o não cumprimento de um dever posicional em troca da obtenção de um benefício, conforme sustenta Malem Señá (2000). É importante ter em conta razões eticamente positivas para decidir. Determinados tipos de razões conduzem à Corrupção em suas distintas formas (79). Essa é uma abordagem das mais abrangentes, mas correta desde um ponto de vista ético. Isso porque, afinal, a decisão que se quer reputar corrupta, no sentido mais amplo possível, depende, para esse efeito, do tipo de razões que a sustentam.

³⁵ Caiden (2000, p. 8-9) menciona numerosas modalidades de Corrupção Pública, desde o nepotismo à detenção ilícita, a tortura, o indulto e o perdão não merecidos. Convenhamos, uma categoria tão ampla deve, afinal, restar confusa, com precária senão nula utilidade.

O que interessa notar é que a corrupção pública designava e segue designando um fenômeno ético-social muito antigo, ou seja, a grave desonestidade funcional dos homens públicos. E não cabe dúvida de que sempre existiram condutas proibidas, até desonestas, que, não obstante, tinham umas dimensões intermediárias, que não chegavam a ponto de qualificar-se como símbolos de podridão moral, mas eram reprováveis.

A realidade, em toda sua complexidade, demonstrou, sempre, a necessidade de ponderação e valoração concreta dos comportamentos, observando-se sua real nocividade social, além de outros elementos relevantes para a correta qualificação da conduta. O resultado do balanço, em todo caso, é contundente: as desonestidades assumem formas e conteúdos variáveis, sendo igualmente variáveis seus efeitos e sua valoração no meio social.

A expressão “corrupção”, nesse terreno, ficaria demasiado estreita para cobrir um fenômeno tão largo quanto aquele relativo às desonestidades funcionais dos homens públicos, porquanto o indicativo de que estaríamos diante de uma patologia repugnante e digna dos mais severos remédios contrastava, frontalmente, com a amplitude do rol de casos encaixáveis, segundo uma literatura de cunho sociológico, naquela categoria.

As oscilações dos fenômenos, tanto em sua tipologia, quanto em sua gravidade, recomendam a construção e o reconhecimento de uma nova categoria, mais apropriada, didática e analítica, ao efeito de permitir uma compreensão mais direta e menos ambígua da natureza das coisas, reposicionando, ao mesmo tempo, a corrupção em seu devido lugar político e cultural.

1.2.2 A ineficiência funcional dos homens públicos e suas flutuações ético-normativas

A ineficiência funcional é uma outra faceta básica e decisiva da má gestão pública. Importa ressaltar, no entanto, as flutuações dessa categoria, dando ensejo a distintas classificações e remédios, abrindo espaço a múltiplos níveis intermediários entre os extremos.

Não podemos esquecer que a intenção é o que move o homem durante a ação, e assim pode chegar-se a afirmar que é sua causa, mas o real é o realizado, o fato consumado. Chegar do “produzido” à “intenção” é um caminho complexo. Na Ética, o princípio formal da ação correta tem seu lugar garantido. É certo, em todo caso, que não se pode explicar

a intenção só pelas consequências, visto que, ao avaliar uma conduta, há que se ter presentes os condicionamentos, e também a experiência do sujeito-agente, assim como a cooperação do destinatário, ingredientes todos eles do ato-ético — de desigual importância de um caso a outro — que, por dar-se entre homens livres, é consideração não fútil.³⁶

A eficiência, claro está, não é um valor absoluto, visto que inserida no universo de valores, ponderações e proporcionalidade da Ética Pública aqui tratada. Essa expressão traduz a virtude e a faculdade para obter um efeito determinado. Eficaz é a conduta que consegue fazer efetivo um intento determinado, mas o problema está em definir os caminhos prudentes que o sujeito decide seguir.³⁷

De modo que resulta necessário recordar, uma vez mais, que uma atuação contra as regras éticas que presidem o setor público não pode ser eficiente, já que seus resultados e, mais do que isso, seus caminhos estão entranhados no conjunto de danos produzidos. Um agente público que, atropelando fórmulas ético-normativas, consegue obter resultados econômicos favoráveis, não será um sujeito eficiente na perspectiva da ética institucional aqui defendida. Desde essa perspectiva, pelo contrário, deve-se ter bem presente que os resultados de uma conduta carecem de avaliações globais e que, portanto, o dever ético de eficiência funcional não representa somente a ambição por concretos e pragmáticos resultados políticos ou econômicos.³⁸

³⁶ Guerrero (2000, p. 10-56). A boa administração, já se disse, a partir de uma perspectiva ético-normativa, não vai exclusivamente no caminho dos bons resultados. Se os homens são essencialmente morais, recorda o mesmo autor, deve-se examinar o método que o homem segue para seu decidir responsável, segundo requer o ético. Este caminho pressupõe os passos de informação, ponderação, resolução e ação devida (ou não). O sujeito segue processos para resolver problemas, os quais soluciona quando tem claros os passos necessários. O estudo do proceder do homem público, à luz da boa administração, não pode se esgotar em um único campo do conhecimento científico. As exigências ético-sociais contemporâneas têm de ser satisfeitas através de complexos processos de decisão pública. Tenhamos presente que o decisor deve ser um homem razoável de seu tempo, um homem que fragmenta seu trabalho para melhor desenvolvê-lo e que, naturalmente, está vinculado a meios e resultados, formas e substâncias. Veja-se, nesse contexto, a fundamental relevância da dimensão processual das relações jurídico-administrativas, sem que isso signifique apego ao formalismo ou à burocracia inútil. Quer-se dizer que o processo decisório supõe formas e conteúdos obrigatórios, dentro da linha racional-burocrática e também gerencial, espelhando a transparência dos critérios e métodos do decisor.

³⁷ Tampouco é o mesmo falar de eficiência no setor público ou no setor privado. A Ética se move no plano dos valores e, por certo, a eficiência eticamente valorada não se limita ao marco do resultado da ação, já o dissemos. Veja-se Parejo Alfonso (1999; 1989), com apontamentos em sentido similar.

³⁸ Essa é a linha adotada no discurso de um dos maiores administrativistas italianos, Sabino Cassese (1998; 1997; 1993), o qual põe ênfase na importância e necessidade de múltiplos controles, tanto da ineficiência quanto da desonestidade, combinando, sem embargo, o conceito de eficiência com os parâmetros ético-normativos da conduta pública, de modo a não permitir a consumação ou legitimação de condutas economicamente úteis e eticamente nocivas à sociedade.

Falar que um agente obrou ineficientemente num determinado momento, sem um olhar aprofundado sobre seu agir e seus resultados, pode significar pouco. Temos que avaliar se foi respeitada a margem humana de falibilidade funcional, dentro daquilo que se pode designar como erro juridicamente tolerável. Isso porque ao sujeito é de ser outorgado um certo espaço tolerável de ineficiência, se considerarmos esse termo vinculado à ideia de metas e resultados. A frustração desses objetivos, embora possa constituir suporte de uma determinada ineficiência, certamente ficará fora do alcance de uma órbita punitiva ou correicional. Fora disso, temos que analisar o grau da falha apontada, bem assim sua repercussão nos valores jurídico-administrativos, inclusive para aquilatar o tipo e o tamanho da resposta a ser dada. Falhas de conteúdos e dimensões diferentes não podem ficar agrupadas dentro da mesma categoria ético-normativa, salvo do ponto de vista meramente nominal, devendo ser reconhecidos os diversos escalões da ilicitude. Da advertência às sanções que afetam direitos fundamentais, vai uma larga distância. Não obstante, normalmente estaremos sempre falando na “ineficiência”, numa ótica principiológica. Daí a importância de reconhecermos as flutuações ético-normativas dessa patologia — a ineficiência —, concluindo pela necessidade de trabalhar, dentro do conceito de improbidade, com aqueles fenômenos mais graves, aproximando-os dos casos de desonestidades funcionais.³⁹

II O diagnóstico da improbidade administrativa como espécie de má gestão pública no Direito brasileiro

Assentadas as bases axiológicas, pretendemos defender a inserção da improbidade como espécie de má gestão pública no Direito brasileiro, à luz da Lei nº 8.429/92, Lei Geral de Improbidade Administrativa (LGIA). Esse é o caminho que entendemos necessário à percepção da improbidade “in concreto”, como categoria ético-normativa que abriga, ou pode abrigar, fenômenos de grave desonestidade funcional ou grave ineficiência funcional dos agentes públicos.

³⁹ Leia-se Mariani (1997) quando aborda os novos parâmetros de qualidade no serviço público, exigências cada vez mais atuais e imperiosas, tornando necessário o desenvolvimento de mecanismos não apenas premiais, mas sancionatórios, para sua implementação. O foco na eficiência sempre foi uma das principais preocupações de Moreira Neto (1992; 2001; 2000a; 2000b; 2005), inclusive no plano da moralidade administrativa, denotando suas flutuações de conteúdo e de intensidade, porquanto integra o tema contemporâneo da legitimidade, contraposto ao da legalidade pura e simples.

1 Improbidade e desonra: a perspectiva da imoralidade administrativa no sistema brasileiro

A improbidade é uma espécie de imoralidade administrativa qualificada, eis uma noção jurídica que poderia nascer do senso comum. Pretendemos focar este assunto por um ângulo historicamente importante e ainda atual, demonstrando suas raízes conceituais. Porém, nossa visão vai em direção a outra premissa normalmente esquecida por boa parcela dos operadores jurídicos: a improbidade deve ser, antes de tudo, uma ilegalidade qualificada.

A improbidade sempre foi tida como sinônimo de desonra do homem público, numa perspectiva etimológica. Em realidade, essa patologia pode ser vista desde ângulos muito distintos, porém todos reconduzindo ao universo da honra funcional e da imoralidade administrativa, como especialização de uma imoralidade mais ampla.

Há quem veja a improbidade administrativa do ponto de vista da moral privada: eis aí o problema do indevido controle da vida privada dos agentes públicos e a distorção fundamental do conceito de probidade no campo ético-normativo. O Direito disciplinar é pródigo em criar tipos sancionadores da falta de probidade moral. E, não raro, o povo confunde esses conceitos, imaginando que probado seria o sujeito moralmente correto do ponto de vista de seus deveres privados, v.g., fidelidade num matrimônio, pagamento de uma dívida junto ao vizinho, cumprimento de deveres religiosos, ou mesmo frequência à Igreja, ajuda aos pobres que pedem esmolas, etc.⁴⁰

O dever de probidade administrativa não se confunde com algum genérico dever de probidade moral dos agentes públicos e particulares. Aos agentes públicos se assegura o supremo direito à imoralidade, dentro de limites mais estreitos, é certo. Daí a incorreção da tese que busca identificar na improbidade uma imoralidade comum.

⁴⁰ É claro que, em determinados espaços, tais como aqueles dominados pelos julgamentos políticos, pode haver guarida a normas disciplinadoras de condutas tipicamente privadas. Os juízos políticos têm essa peculiaridade: a abertura aos julgamentos morais. Costa Teixeira (1998) acentua que o julgamento político pode avaliar o caráter ou a retidão moral do indivíduo, o que, no Brasil, se dá desde a perspectiva do decoro parlamentar. Porém, tal abertura não nos permite confundir improbidade com imoralidade privada, porque o conceito de probado é fenômeno do Direito Público, sobretudo o Direito Administrativo, envolvendo não um juízo moral, mas um julgamento de censura ético-normativa, dentro dos pilares democráticos. Ocorre apenas que os julgamentos políticos, além de serem despidos de fundamentação, caracterizam soberanos juízos de valor, observado apenas o procedimento legalmente devido, das autoridades competentes. Por isso, o peso da opinião pública pode conduzir um acusado às malhas de uma decisão condenatória, sem que necessariamente haja provas ou consistência jurídica a respaldar tal orientação. Não são raros os casos que atestam essa realidade. Daí porque a defesa, nos julgamentos políticos, deve mover-se no cenário do discurso político, sensibilizando os julgadores e valorando intensamente a opinião pública.

É certo, no entanto, que não se pode esquecer que os agentes públicos estão submetidos a um regime jurídico de Direito Público, mais severo e rigoroso que outros. Trata-se de um regime estatutário, onde, naturalmente, a vida privada desses funcionários se reduz consideravelmente, em medidas variáveis. Daí que haja um desaparecimento da vida privada dos agentes públicos, todavia, vai uma longa distância, até mesmo porque isso é inviável. Por tal razão, a improbidade não se identifica com a mera imoralidade, mas requer, isto sim, uma imoralidade qualificada pelo Direito Administrativo.

Os agentes públicos gozam de direitos fundamentais, entre os quais está, é obvio, o direito à intimidade, à privacidade, ao desenvolvimento livre de seus privados estilos de vida e personalidades. Em todo caso, os agentes públicos têm, sem lugar a dúvidas, espaços privados nos quais podem praticar atos imorais, desde que esses atos não transcendam os estreitos limites da Ética Privada, não afetem bens jurídicos de terceiros. Os direitos humanos, fundamentais, do homem e do cidadão, protegem o indivíduo contra atuações abusivas, ilícitas, desnecessárias, do Estado.⁴¹

1.1 Moral administrativa e as raízes da probidade dos agentes públicos

Improbidade é uma imoralidade administrativa qualificada, eis uma assertiva básica a merecer justificação. A moral administrativa, noção jurídica que abrange específica forma de Ética Institucional, foi, desde um ângulo terminológico, importada de influências francesas do início do século XX, mais precisamente de Maurice Hauriou, consolidando-se na CF de 1988. Daí a moral administrativa passou a ser considerada como fonte normativa de um novo paradigma comportamental dos homens públicos, incorporando exigências éticas e axiológicas mais intensas ao setor público, numa perspectiva talvez didática, talvez redundante de reforço à legalidade substancial.⁴²

⁴¹ Ferrajoli (1998) fala do direito fundamental à imoralidade como uma das consequências do garantismo. Veja-se também García Ferrer (1998) quando trata da perspectiva dos direitos humanos frente às atuações abusivas do Estado.

⁴² Sobre moralidade administrativa no sistema brasileiro, vejam-se: Franco Sobrinho (1994, p. 13-20); Moreira Neto (1992, p. 1-44); Mukai (1993, p. 211-215); Pereira (1994, p. 21-25); Quixadá (1997, p. 51-61) e Giacomuzzi (2002). Oddi (1997, p. 1149-1165) trata do controle da moralidade pública na Itália, mas, sem embargo, não aborda o tema da moralidade administrativa. A moralidade pode apresentar-se, assim, como um instituto jurídico muito específico e peculiar a determinado conjunto de normas.

A perspectiva adotada no discurso da Assembleia Constituinte de 1988 é a de crescente aproximação do Direito à Ética, ou vice-versa, assumindo certas normas morais uma dimensão jurídica, de forma controlada, respeitando-se níveis razoáveis de segurança jurídica.

O dever de probidade dos agentes públicos no tratamento da coisa pública, na prestação de serviços públicos ou, mais genericamente, no exercício das funções públicas, está plasmado no sistema constitucional que tutela a Administração Pública brasileira, projetando diretrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito, orientando o tratamento da *res publica* como um todo, alcançando frontalmente os agentes públicos.⁴³

Observa-se que, em vários textos, pela ótica da Constituinte de 1988, foram coibidos a ilegalidade e o abuso de poder, circunstância que permite, pelo menos, um questionamento sobre o papel das leis num Estado Democrático de Direito e de outras fontes de deveres jurídicos, numa clara superação de um legalismo estrito como suposta fonte exclusiva de deveres públicos, já que a Lei está submetida a pautas muito intensas de valorações.

Em realidade, os preceitos do art. 5º, incisos LXVIII, LXIX, e LXXIII, arts. 37, *caput*, §4º, 142, VI, 72, §2º, 85, V, 52, I, todos da CF, versam normas de ética institucional, ou de moralidade administrativa, como acentua a boa doutrina, além de outros tantos preceitos constitucionais que, indiretamente, absorvem contribuições da moral jurídica, como ocorre, por exemplo, com as exigências de idoneidade moral ou reputação retilínea para a ocupação de determinados postos de trabalho.⁴⁴

Eis por que a Assembleia Constituinte de 1988 procurou resguardar o bom nível moral dos que devem ocupar as altas magistraturas do Estado,⁴⁵ “*verbi gratia*”, arts. 73, §1º, II, 94, *caput*, 102, I, “n”, 123, parágrafo único, I, 131, §1º, todos da CF.

A moralidade administrativa é algo mais específico e funcionalmente distinto que a moralidade dos homens públicos, já o dissemos à exaustão. Anote-se que a moral administrativa é considerada, pela doutrina, como fonte do dever de probidade administrativa, que se encontra

⁴³ Conferir os arts. 5º, LXXIII, 14, parágrafo 9º, 15, V, 37, *caput*, parágrafo 1º e 4º, 55, II, e parágrafo 1º, 85, *caput* e I, da CF.

⁴⁴ Veja-se Moreira Neto (1992) em seu magistral trabalho sobre o tema.

⁴⁵ Veja-se o mesmo Moreira Neto (1992, p. 23), quando descreve varias hipóteses constitucionais de uso da moralidade. No Direito Espanhol, analisando preceitos morais que se incorporam ao direito administrativo, veja-se Jesús González Pérez (1995).

no art. 37, §4º, CF, porque se trata — esse dever — de uma espécie de moralidade. Probidade é espécie do gênero moralidade administrativa. Improbidade é imoralidade qualificada.⁴⁶ Essa é uma assertiva doutrinária bastante comum e geralmente aceita, salvo algumas exceções.

Toda improbidade deriva de uma imoralidade administrativa, mas nem toda imoralidade constitui uma improbidade administrativa. Já se disse que a *ética administrativa está atada aos princípios da Administração Pública*.⁴⁷ É correto afirmar que o dever de probidade descende de uma ética institucional peculiar ao setor público, traduzindo um ponto de encontro entre normas éticas e jurídicas, nos limites da segurança e da capacidade de serem previstas as decisões dos operadores do Direito.

A moralidade administrativa, entretanto, tem suas dimensões muito peculiares. Vale a pena conferir mais de perto a funcionalidade concreta do princípio em exame, o que nos permite, igualmente, uma melhor e mais adequada compreensão de seus limites e conteúdos conceituais, inclusive no tocante às relações que pode ou deve manter com o dever constitucional de probidade.

1.1.1 Boa fé objetiva

Há quem diga que a moral administrativa traduz o dever de boa fé objetiva, importado, este, do Direito Civil, com seus desdobramentos, exigindo-se da Administração Pública toda uma série de deveres para com os administrados.⁴⁸

Parece-nos razoável supor que a moralidade administrativa, na ótica de quem a criou, fosse instrumento de reconhecimento de deveres públicos implícitos relacionados com a boa fé objetiva da Administração Pública. Os deveres de lealdade institucional, de correção, de proibição de atos contrários ao comportamento anterior, no bojo de toda uma gama de deveres implícitos ou imanentes, demonstram as íntimas relações entre boa fé objetiva e moralidade administrativa.

⁴⁶ Moreira Neto (1992, p. 29).

⁴⁷ Ferraz (1992, p. 67) A expressão “amarrada” é expressamente utilizada pelo autor, dando a ideia de impossibilidade de dissociar-se a ética administrativa dos princípios constitucionais que presidem a administração pública.

⁴⁸ Veja-se Giacomuzzi (2002), o qual busca, a nosso ver, adaptar — de modo legítimo, evidentemente — a obra de Menezes Cordeiro (1997) ao Direito Administrativo brasileiro. É claro que tal adaptação encontra limites inequívocos. No lado oposto a essa tentativa de reduzir a moralidade administrativa à boa fé, observa-se a clássica obra de González Pérez (1999), a qual ficou focada no fenômeno da boa-fé dentro dos cânones da moralidade pública, sem dissociar suas vertentes fundamentais.

Certamente, no entanto, a moral administrativa não foi apenas uma faceta da boa fé objetiva, como tampouco o seria nos dias que correm. O histórico da moralidade permite que se visualizem as funções, ao passo que sua realidade atual autoriza que se vislumbrem as concretas aplicações dessa norma jurídica. Tanto as funções históricas quanto as concretas aplicações principiológicas revelam um complexo feixe de papéis cumpridos pela moralidade administrativa, transcendendo, a toda evidência, os limites mais estreitos da boa fé objetiva. Sem dúvida que o feixe de papéis em jogo envolve uma funcionalidade compatível com os princípios da legalidade e da segurança jurídica, respeitando-se os círculos do Direito e da Moral.

O núcleo central da moralidade administrativa reside numa lacuna hermenêutica vigente ao final do século XIX, quando o apego à literalidade das regras de Direito Administrativo conduzia, por distorções formais, às injustiças e deformações detectadas pelo inolvidável Maurice Hauriou e pelo Conselho de Estado francês, órgão a partir do qual se forma a jurisprudência que dá os modernos contornos científicos ao Direito Administrativo da família romano-germânica.

Se resgatarmos essa funcionalidade histórica do princípio em exame, mormente no bojo da própria origem do Direito Administrativo moderno, dentro de um esquema hermenêutico necessário, logramos compreender a razão pela qual resulta inaceitável incorporar a moralidade administrativa ao princípio da boa fé objetiva, no lugar de proceder o caminho inverso.

Não se deve deixar de referir, ainda, que a moralidade administrativa, nos tempos atuais, no cenário nacional, cumpre funções típicas muito peculiares, que não se confundem com as da boa fé objetiva idealizada pelo grande Menezes Cordeiro. Este renomado autor português costuma ser apontado como dos mais importantes teóricos contemporâneos em torno ao dever de boa fé no Direito Civil. Importar suas lições ao Direito Administrativo é tarefa delicada, que requer cautelas específicas, para que não se confundam categorias hierarquicamente situadas em níveis distintos.⁴⁹

Da moralidade administrativa nascem deveres, inclusive o de boa fé objetiva, além da boa fé subjetiva, entre outros. O universo da moralidade administrativa, respeitando suas origens teóricas, é ambíguo e permite a percepção de valores, a partir dos quais são construídos

⁴⁹ Veja-se a obra de Menezes Cordeiro (1997).

deveres e direitos. Não se pode pretender englobar o mais no menos, o círculo maior no menor.

Nem pretenderíamos discorrer sobre todas as potencialidades normativas do princípio da moralidade administrativa, porque não é este o objeto do presente estudo. Porém, desde um ponto de vista geral, pode-se deixar bem assentado que a moral administrativa engloba a funcionalidade da boa fé objetiva, mas nela não se esgota, avançando em outros domínios funcionais, para estabelecer consequências mais abrangentes, inclusive do ponto de vista da Teoria Geral do Direito, na medida em que permite uma funcionalidade mais aberta tanto às fontes jurídicas, quanto à interpretação, dando espaços mais livres de configuração das normas aos operadores. Talvez aí resida a essência da moralidade administrativa: reconfigurar a teoria das fontes do Direito Administrativo e permitir espaços mais amplos aos intérpretes, na leitura do sistema passivo do ordenamento jurídico.

1.1.2 Formação das regras não escritas da Administração Pública e a avaliação dos deveres públicos existentes

Alertamos que a moral administrativa, além de ser inconfundível com a moralidade comum, tem uma funcionalidade histórica para alcançar, por um lado, as regras não escritas da Administração Pública, os objetivos gerais da Administração Pública, permitindo um campo maior de movimentos aos intérpretes, e, por outro, de exteriorizar cânones hermenêuticos para uma valoração do conjunto de deveres públicos relacionados com a clássica legalidade. Trata-se de constatar sua evolução histórica e sua funcionalidade normativa já à luz do Conselho de Estado francês, mas também na perspectiva do Direito brasileiro.

Insistimos em que a moral administrativa é uma expressão que, fundada por Maurice Hauriou, a princípios do século XX, *indicava a existência de regras não escritas no funcionamento da Administração Pública, assim como apontava uma especial valoração ética das normas existentes, remodelando os caminhos hermenêuticos vigentes à época.* Desse modo, permitiu-se uma maior *profundidade analítica aos julgadores*, tanto na avaliação do comportamento objetivo da Administração Pública, como no exame de suas intenções, quanto no *aprofundamento do juízo de ilicitude inerente às condutas reprováveis, numa dimensão escalonada.*

Estamos a dizer que a moral administrativa impunha que os agentes públicos devessem observar não só uma legalidade formal, de pura fachada, mas, sobretudo, certas regras éticas que se incorporavam ao ambiente institucional e que se tornavam obrigatórias, juridicamente vinculantes, além de outras normas que, ao lado da legalidade, deveriam funcionar como parâmetros básicos da Administração Pública, integrando, obrigatoriamente, o conteúdo implícito das leis.

Pode dizer-se que, em suas origens, a moral administrativa exerceu uma dupla funcionalidade: por um lado, expressou o ideal de legalidade substancial da Administração Pública, desafiando o legalismo estrito vigente à época; por outro, (re)introduziu a necessidade de valoração das regras existentes, impulsionando o futuro da chamada legalidade substancial, desafiando os métodos hermenêuticos então usualmente empregados, muito especialmente a exegese meramente literal.

No sistema francês, berço da moralidade administrativa, posteriormente, ela mesma perdeu vigor e intensidade, ganhando terreno a legalidade substancial, que absorveu suas lições e sua funcionalidade normativa.

O desaparecimento crescente de referências doutrinárias e jurisprudenciais ao princípio da moralidade administrativa, no modelo francês, tem raízes culturais, filosóficas e na Teoria Geral do Direito. Novos métodos interpretativos foram sendo consolidados e pacificados pelo Conselho de Estado francês, aceitando as clássicas contribuições substancialistas da moralidade administrativa, sempre debaixo da categoria que se passou a denominar de legalidade substancial, categoria reconfigurada e remodelada a partir dos influxos da moralidade. Quando se acena com o suposto desaparecimento do princípio em exame, portanto, resulta oportuno recordar que isso se deu apenas nominalmente, visto como suas potencialidades normativas seguiram sendo exploradas na perspectiva de um novo princípio da legalidade.⁵⁰

A moral administrativa cria, tanto aqui quanto no sistema francês, um ambiente de ética institucionalizada para a estruturação jurídica dos deveres públicos e para a valoração dos deveres explícitos e implícitos, não sendo uma norma oposta ou que se contraponha à legalidade.

⁵⁰ A perspectiva dos direitos humanos, no tratamento dos remédios contra o excesso de poder, acabou definitivamente incorporada ao Direito francês, como se pode notar em Melleray (1998) ou Maugüe (1999). Para a boa noção de legalidade substancial no sistema francês, com uma visão crítica sobre o princípio da moralidade administrativa, recorde-se de Rivero e Waline (1965; 1995; 1998).

Devemos examinar os deveres públicos no marco de uma escala de valores, isso é o que deriva, em última instância, da moralidade administrativa, que relativiza, ainda, o valor dos dispositivos e antecipa uma distinção contemporânea entre texto e norma.

Parece simples, e talvez seja, porém as grandes mudanças e revoluções científicas sempre trazem consigo o mérito da clareza e da simplicidade, explicando fenômenos antes obscuros. A moralidade administrativa, como espécie de conjunto de normas de ética institucional, é um princípio jurídico que nasce no final do século XIX, inícios do século XX, como ferramenta de rompimento do paradigma de um Direito esgotado na Lei, nos textos e nos dispositivos em seus conteúdos gramaticais estritos. As regras não escritas, que disciplinavam o funcionamento ideal da Administração Pública, foram reconhecidas debaixo de uma inédita ferramenta jurídica designada como moralidade administrativa.

Hoje, passados mais de 100 anos daquela formulação de um princípio jurídico tão vital quanto a moralidade administrativa, tem-se que está aceita a ideia, no plano da Teoria Geral do Direito, de que as regras e os princípios não estão reduzidos aos textos escritos e que, ademais, sua valoração, compreensão e configuração concreta cabem ao intérprete, no curso de um processo institucional decisório. Esse deslocamento de competências, ou seu reconhecimento, abalou o positivismo jurídico, reconfigurando-o em novas bases, na medida em que elementos pretéritos, como a importância dos textos produzidos pelo legislador, permanecem válidos, redefinidos em termos mais funcionais. De sorte que esse impacto se dá, sobretudo, em terrenos abertos à intervenção mais criativa do intérprete, como é o caso da tutela do dever de probidade administrativa. Eis aí um campo no qual a moralidade administrativa segue ostentando uma funcionalidade dinâmica e decisiva, fundamentando responsabilidades em perspectiva republicana e valorando os deveres públicos exigíveis dos atores.

Não se pode olvidar que os movimentos de controle da legitimidade, não apenas da legalidade em sentido estrito, das ações ou omissões administrativas, são ou devem ser associados à ética institucional, vale dizer, a uma cultura aberta à moralidade administrativa, que revigora, revitaliza e recondiciona a legalidade e seus clássicos parâmetros. Não é por outra razão que certas doutrinas, mesmo que não o digam, refletem o estágio

mais desenvolvido e amadurecido que encontra raízes nas múltiplas funcionalidades da moral administrativa dentro do sistema francês.⁵¹

Ignorar essa realidade funcional da moral administrativa, com reflexos e conexões na Teoria Geral do Direito, em homenagem a transplantes artificiais ou forçados de institutos do Direito Privado ao campo do Direito Público, pode mutilar este complexo panorama axiológico e normativo. As eventuais passagens flexíveis de institutos, de uma esfera a outra, resultam da própria conjugação desses institutos outrora circunscritos a determinadas esferas do Direito Privado ou do Direito Público, bem assim dos impactos sucessivos e intensos do Direito Constitucional em todos os domínios, aliando-se tais fatores à ductibilidade do próprio fenômeno jurídico. É dizer: os fluxos e intercâmbios mais intensos entre o Direito Administrativo e o Direito Privado resultam de uma complexa realidade constitucional e da própria Teoria Geral do Direito, que vê nos distintos cenários elementos convergentes, comuns, complexos, a reclamar soluções coerentes com uma racionalidade que foge à rigidez do Direito fragmentado em ramificações acadêmicas ou supostamente científicas.

Daí porque é imperioso notar: a funcionalidade da moral administrativa se associa, sem dúvida, à funcionalidade de outras vertentes éticas que se introduziram noutros domínios, inclusive no Direito Privado, autorizando paralelos criativos. Porém, no tocante à moral administrativa, sua institucionalização veio à tona numa vertente jurisprudencial, na formatação de um Direito calcado em regras não escritas previamente, nem codificadas, ao contrário do que veio a ocorrer no Direito Civil, cujas raízes modernas repousam mais precisamente nos Códigos, no centralismo jurídico, nas regras escritas pelo legislador. Aqui, a boa fé aparece como exigência de oxigenação do sistema legislado rigidamente, ao passo que no sistema administrativo a mesma boa fé aparece como instrumento da jurisprudência para definir regras ante a lacuna de um sólido Direito legislado. Num caso, rompe-se, pouco a pouco, a rigidez do sistema; noutro, cria-se o próprio sistema a partir de regras jurisprudenciais.

⁵¹ Banfi (1984) falava no controle de legitimidade como um dos novos pilares das competências jurisdicionais. Confira-se, no Brasil, Moreira Neto (2001; 2000; 2000a), sempre focado na perspectiva da legitimidade.

1.2 Moralidade subjetiva: os fundamentos da responsabilidade pessoal dos funcionários públicos

A imoralidade, por todos os ângulos, é fundamento de responsabilidades. Fala-se no conteúdo ético do Direito a partir das exigências de responsabilidades subjetivas. É claro que a imoralidade jurídica, que se dá no interior do Direito Administrativo, a partir da violação de normas não escritas, ou eticamente valoradas de modo negativo, enseja base para responsabilidade do agente. Esta não chega a ser uma função da moralidade administrativa, mas uma consequência necessária à sua violação, pelo caráter mais acentuadamente grave que traduz uma vulneração de seus ditames. A moralização do Direito envolve uma valoração de suas normas. Se uma determinada norma é reputada conexa, ligada ou dependente da moralidade administrativa, sua violação há de ensejar alguma espécie de responsabilidade.

Do ângulo subjetivo, o dever de obediência à moralidade administrativa se insere no terreno da responsabilidade pessoal dos agentes públicos. Pode-se dizer que a imoralidade administrativa, qualificada pela lei como improbidade, dá lugar à responsabilidade dos funcionários públicos. Resulta necessário explorar os desdobramentos da imoralidade administrativa subjetiva.

1.2.1 Fundamentos gerais da responsabilidade pessoal

Em um plano subjetivo, o princípio da moralidade administrativa tem a ver com o tema da responsabilidade pessoal dos agentes públicos, porque atos juridicamente qualificados como imorais ensejam responsabilidades. Atos administrativamente imorais, pelo ângulo subjetivo, devem dar lugar a alguma forma de responsabilidade pessoal do infrator. Esse princípio da responsabilidade pessoal do sujeito há de ganhar corpo nos modelos de “civil law”. Trata-se de postulado basilar dos regimes democráticos, que impulsiona o bom funcionamento da Administração Pública, tanto no campo da honestidade quanto no da eficiência dos funcionários.

Aliás, os sistemas de “civil law” deveriam inspirar-se mais frequentemente nos postulados de responsabilidade pessoal dos agentes públicos disponíveis na “common law”. Isso porque, em sua evolução garantista, o Direito Administrativo de corte francês conduziu a uma excessiva impessoalidade a Administração Pública europeia e, conseqüentemente,

latino-americana. O reflexo negativo desse processo se percebe no enfraquecimento dos regimes de responsabilidades pessoais, consagrando-se, crescentemente, uma espécie de quase-anonimato no qual o sujeito se esconde atrás do Estado, que fica responsável — como numa estrutura paternalista — por todos os prejuízos.

Um dos mais interessantes estudos sobre o tema é o de Galeotti, que pôs de manifesto numerosas formas de controle judicial da Administração Pública, desde uma perspectiva comparada (Itália e Inglaterra). O resultado da comparação é que, até a primeira metade do século XX, a Itália tinha esquemas teóricos mais avançados de controle, mas a prática das instituições britânicas era mais efetiva. Por outra parte, os funcionários públicos continentais — no marco do Civil Law — eram mais usualmente observados desde perspectivas impessoais, como órgãos da Administração Pública, enquanto os funcionários britânicos, ao contrário, eram pessoalmente responsáveis por seus atos ilícitos.

Embora seja certo que a responsabilidade do Estado ante os cidadãos é muito conveniente a estes últimos, facilitando-lhes as demandas, o que não se pode ignorar é que a ausência de responsabilidade do funcionário é nociva ao bom andamento da Administração Pública, como referiu Galeotti: “Deproving public officials of the immediate check of their people liability towards the subjects affected, the exercise of administrative functions becomes something anonymous, wich is legally referred to the person of the State or of the other public authority. On the Continent the legal safeguards against public administration are focussed on the ‘act’, not on the person of the official who has does it”.⁵²

Eis aí o medo dos ingleses ao anonimato dos funcionários públicos. E esse anonimato seria o patamar máximo da impessoalidade, fator conducente, paradoxalmente, à irresponsabilidade do servidor e à impunidade, com todos seus nefastos efeitos perante a Administração Pública. O que parece ser uma virtude no “civil law” parece ser um defeito na “common law”: a impessoalidade da Administração e de seus funcionários anônimos. Daí a necessária busca de equilíbrio no manejo dos possíveis e virtuais conteúdos do princípio da impessoalidade.

Cabe dizer que os princípios democrático e republicano têm densidades normativas complexas e ambíguas. A Democracia é, além

⁵² Galeotti (1954, p. 247).

de um regime de governo, uma ideia, uma construção histórica cuja caminhada se revela permanente. Assim, enquanto princípio constitucional, o princípio democrático possui, entretanto, uns conteúdos mínimos, já amplamente reconhecidos na comunidade jurídica internacional, o que traduz consequências normativas de relevância indiscutível. O mesmo se passa com o princípio ou a ideia de República.⁵³

A responsabilidade dos agentes públicos e dos agentes particulares que prestam serviços públicos ou que entram em contato com as coisas públicas é uma das fundamentais consequências normativas dos princípios em análise, quer dizer, os princípios democrático e republicano: trata-se do princípio da responsabilidade.⁵⁴

Eis o princípio da responsabilidade dos homens públicos. Desde aí derivam múltiplas e variadas consequências. A irresponsabilidade é inadmissível. A eventual existência de agentes com total e absoluta imunidade (impunidade) frente aos Poderes Públicos seria uma realidade incompatível com o princípio democrático, que se apoia na igualdade de todos ante as leis e a Constituição, e frente ao princípio republicano, que supõe responsabilidades iguais, sempre na perspectiva da ideia de responsabilidade de quem detém parcelas do poder estatal.

Não ignoramos que, em casos muito excepcionais, determinadas figuras possuem uma responsabilidade limitada por seus atos e omissões. Entretanto, no que se refere à gestão pública, nenhum

⁵³ A propósito da Democracia, na visualização de suas peculiaridades teóricas, consultem-se: Dahl (1999); Ross (1989); Bobbio (2000).

⁵⁴ Nenhuma dúvida cabe a respeito da tendência crescente de responsabilidade pessoal dos agentes públicos. Mantovani (1983, p. 261-281) trata da responsabilidade objetiva e subjetiva em Direito Penal, mas resulta evidente que os vetores que recomendam rechaçar responsabilidade objetiva se encontram enraizados no Direito Punitivo, do qual o Direito Penal é apenas um dos braços. Os agentes públicos estão especialmente expostos à integralidade do Direito Punitivo, diante do princípio da responsabilidade. Mathieu (1993, p. 427-435; 1993, p. 601-610; 1990, p. 735-746) fala da responsabilidade penal de altos funcionários públicos franceses no tema da contaminação de sangue em Hospitais Públicos, um caso clássico, paradigmático. Vê-se que o princípio da responsabilidade mescla aspectos penais e políticos, em determinadas hipóteses. Mattos Neto (1997, p. 159-170) trata da responsabilidade por atos de improbidade e, no particular, reproduz pensamento básico da comunidade jurídica, ao enunciar conexões constitucionais entre probidade e responsabilidade. Hely Lopes Meirelles (1977) fala da responsabilidade dos prefeitos no Brasil, cuidando de municipalismo, como um dos pilares da expansão desse movimento interno ao pacto federativo: a responsabilidade dos Prefeitos aumentaria à medida que o municipalismo ganhasse terreno, o que culmina na Constituição de 1988, como sabemos bem. Pizzorusso (1997, p. 39-54) fala da responsabilidade penal dos altos funcionários públicos italianos. Em direito francês e comunitário, veja-se Vedel (1997, p. 31-37). A responsabilidade pessoal do agente público é uma tendência geral nos ordenamentos jurídicos democráticos, projetando-se em variadas vertentes. O Tribunal de Contas italiano costuma cobrar responsabilidades pessoais dos gestores públicos, dentro desse mesmo contexto republicano. Vejam-se: Italia (CORTE DEI CONTI, 1998); Italia (CORTE DEI CONTI, 1996); Italia (CORTE DEI CONTI, 1996a).

governante, agente público ou particular, pode, validamente, invocar imunidades absolutas.⁵⁵

Atos de má gestão pública, seja por corrupção, grave desonestidade funcional ou grave ineficiência funcional, não importa, não têm o amparo das imunidades constitucionais, no Direito Comparado das Nações democráticas. Isso se dá porque, ao fim e ao cabo, é o princípio democrático que está em jogo, em conjunto com a ideia de República. A conexão da responsabilidade ao princípio democrático e à igualdade republicana ostenta, portanto, uma indiscutível importância teórica e pragmática.

1.2.2 Tipos de responsabilidade pessoal dos agentes públicos

A responsabilidade pública — seja dos agentes públicos, seja dos particulares submetidos a um regime jurídico de Direito Público — se divide em distintas dimensões. É necessário ter em conta, adequadamente, essa realidade, de modo que se perceba a totalidade dos instrumentos punitivos e repressores do Estado na tutela e amparo dos valores e princípios que regem as Administrações Públicas.⁵⁶

No trato do dever de probidade, valorado, formatado e aquilatado no bojo da moralidade administrativa, não se pode imaginar consequências uniformes, até mesmo em decorrência das distintas e independentes instâncias de controle. Daí porque a moralidade permite aberturas axiológicas em termos de respostas punitivas ou controladoras distintas. As responsabilidades de tipo social, moral, política, jurídica não se misturam necessariamente. São categorias distintas e autônomas.

⁵⁵ A Constituição Imperial brasileira (1824) consagrava a imunidade absoluta do Rei. Essa era a regra geral das Monarquias europeias, visto que a figura do Monarca refletia uma dimensão divina do Poder Político. As culturas republicanas, que predominam nas democracias ocidentais, rechaçam essa espécie de privilégio odioso.

⁵⁶ Franzoni (1998, p. 251-256) trata da responsabilidade dos administradores públicos desde uma perspectiva do Direito comum e do Direito especial. A responsabilidade administrativa tem lugar em conjunto com a chamada responsabilidade contábil, como se nota na Itália (CORTE DEI CONTI, 10, 1996). Sem embargo, a importância dos simultâneos instrumentos de responsabilidade resulta também da expectativa acerca de uma rápida e eficaz proteção de bens jurídicos. O Conselho de Estado italiano reconhece e valoriza o poder cautelar da Administração Pública para afastar funcionários públicos de suas funções no marco de um juízo penal e outro administrativo, já que a absolvição pode ter lugar posteriormente e a remuneração não recebida no período deve ser estimada, valorada e analisada na perspectiva jurídica. Confira-se: Itália (CONSIGLIO DI STATO, 16.06.99). O sistema de responsabilidades tem de ser cumulativo, embora respeitando os direitos fundamentais relacionados à segurança jurídica, à proporcionalidade, à vedação ao *bis in idem*, à proibição de atuações contraditórias do Estado. Equacionar tais temas é um dos grandes desafios contemporâneos, conciliando os direitos fundamentais em jogo e rota de potencial colisão.

2 O histórico da improbidade administrativa como espécie de má gestão pública no Direito brasileiro

Pretendemos desenvolver o panorama histórico da improbidade no Direito brasileiro, dentro da ideia de situá-la como espécie de má gestão pública especificamente contemplada nas Constituições pátrias ao longo da História. Veremos em que medida essa categoria tem sido manejada pelo legislador, tanto no plano constitucional, quanto no plano infraconstitucional, a partir das premissas axiológicas já desenhadas.

2.1 Perspectiva constitucional

Todas as Constituições brasileiras republicanas (1891, art. 54, 6º; 1934, art. 57, “f”; 1937, art. 85, “d”; 1946, art. 89, V; 1967, art. 84, V, e Emenda Constitucional número 01/1969, art. 82, V; 1988, 85, V) contemplaram a improbidade como crime de responsabilidade do Presidente da República e dos altos funcionários do Estado,⁵⁷ o que não deixa de ser significativo e marcante, porque os ilícitos de responsabilidade, por atingirem o mais alto mandatário da Nação, revestem-se de uma gravidade peculiar.

A improbidade administrativa era, e é, um ilícito funcional de responsabilidade dos altos mandatários da Nação, transparecendo sua gravidade e os valores que lhe são subjacentes. Não é novidade, pois, o *status* constitucional do dever de probidade, nem sua singular importância no Direito brasileiro, visto que se trata de obrigação máxima do Presidente da República e dos altos mandatários da Nação, com larga tradição no sistema constitucional. Essa espécie de constatação há de ser adequadamente valorada na Teoria da Improbidade.

É certo que as Constituições brasileiras, sem exceção alguma, também contemplaram o tema da responsabilidade pessoal dos agentes públicos por atos ilícitos. Os abusos e omissões eram já proibidos na Constituição de 1824, art. 178, número 29. E seguiu vigente a teoria da responsabilidade pessoal dos homens públicos em todas as Constituições pátrias, talvez como corolário do princípio republicano. Como se vê, o princípio da responsabilidade tem assento constitucional antigo, tradicional, o que se conjuga com a ideia de crimes de responsabilidade e de probidade administrativa.

⁵⁷ Não custa recordar que a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, em seu artigo 99, contemplava a imunidade absoluta do imperador a qualquer espécie de responsabilidade. O Rei era irresponsável. Sem embargo, os Ministros eram responsáveis e podiam praticar delitos de responsabilidade.

Observe-se que o tema da corrupção e do enriquecimento ilícito, dois tópicos claramente associados à improbidade, esteve muito frequentemente na pauta de preocupações constitucionais, não apenas em regimes democráticos. Em seu art. 151, a Constituição de 1967 contemplava a suspensão de direitos individuais aos que abusassem e agredissem a ordem democrática ou praticassem atos de corrupção. Além disso, no art. 150, §11, a Constituição então vigente estabelecia que a lei iria dispor sobre a perda dos bens por danos causados ao erário ou nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de funções públicas.

A Constituição de 1967, com a EC nº 01/1969, no âmbito do Direito Eleitoral, previa, em seu art. 151, II e IV, que Lei Complementar estabeleceria os casos de falta de condições para alguém eleger-se, tendo em conta a necessidade de amparo da (II) probidade administrativa e da (IV) moralidade necessária ao exercício das funções. No art. 154, a Constituição tinha previsão no sentido de que o abuso do direito individual ou político, com o objetivo de subversão do regime “democrático” ou de corrupção, ocasionaria a suspensão dos direitos pelo período de dois a dez anos, sem prejuízo da ação civil ou penal que coubesse. E já em seu art. 15 a mesma Carta Magna tinha previsão de intervenção dos Estados nos Municípios em casos de “corrupção” (§3º, letra “e”).

É novidade histórica, sem embargo, a previsão da improbidade no art. 37, par. 4º, da CF, pela forma de tratamento dispensado à matéria. Destacamos o modelo brasileiro, no tratamento da improbidade administrativa, à luz do Direito Administrativo, como um modelo centralizador, partindo da CF, uma forma original de encarar o problema, rompendo a tradição mais ou menos linear que as Constituições antecessoras marcaram, na oscilação entre a perspectiva penal e a perspectiva puramente ressarcitória, encarada também como cível, além do enfoque infraconstitucional sempre voltado ao campo disciplinar. Daí, em boa medida, a origem da perplexidade da doutrina e jurisprudência pátrias, diante do assunto, considerando o desenho constitucional construído no aludido art. 37, par. 4º, da Magna Carta.

Pode-se dizer que, na tradição constitucional pátria, no período anterior à Carta de 1988, não havia um modelo de Direito Administrativo centralizador no tratamento da matéria, porque era muito disforme

o tratamento legal dispensado à improbidade administrativa, centrada na figura do Presidente ou em legislações setoriais disciplinadoras, balançando, em realidade, entre o Direito Penal, o Direito Disciplinar e o Direito Civil, como se disse. As Constituições, além disso, não trataram do tema claramente a partir do Direito Administrativo, optando, ao contrário, pelo Direito Penal, Eleitoral ou Político.

O enfoque de todas as Constituições republicanas, desde 1891, salvo a de 1988, foi o da improbidade como fenômeno político-penal, sem destacar seu *nomen iure* como modalidade autônoma de ilícito, independente dos delitos de responsabilidade. Esse era o sentido terminológico que se emprestava à improbidade administrativa, tratada singularmente como improbidade, no âmbito constitucional precedente a 1988, mas somente *en passant* tratada também como ilícito distinto do campo da responsabilidade política.

Por um lado, tratava-se o assunto pelo ângulo da responsabilidade dos altos mandatários da Nação e, por outro, pelo enfoque penal, considerando os chamados crimes de responsabilidade na esfera do Direito Penal. Não era uma expressão usual na legislação infraconstitucional, porque não havia crimes contra a probidade na Administração Pública, como ocorre na França, por exemplo.⁵⁸

No plano estrito do Direito Administrativo, a improbidade administrativa era encarada como a desonra no exercício das funções públicas, muito especialmente visualizada partindo do controle da vida privada dos agentes públicos. Nesse ponto, a improbidade administrativa poderia ser encarada desde um ângulo descentralizado e de Direito Disciplinar, uma espécie de Direito Administrativo Sancionador descentralizado e fragmentário.

É na CF de 1988, portanto, que a improbidade administrativa foi tratada como ilícito de responsabilidade e ilícito extra penal, num movimento inovador e desprezado da tradição constitucional. São duas definições distintas, diretamente inseridas na CF, a primeira seguindo a tradição das Constituições republicanas, denotando o fenômeno da responsabilidade dos altos mandatários do povo, ao passo que a segunda inaugurando uma inédita modalidade sancionadora, transcendendo os limites penais, intimamente ligada ao Direito Administrativo. Nada foi

⁵⁸ Nettle, Connely e Loiseau (1997) apontam os delitos contra a probidade na Administração, à luz do Direito francês.

mencionado para além disso, silenciando a CF a respeito da natureza da improbidade administrativa, ali no art. 37, §4º, ou no 85, V, ambos da CF, neste último ressalvada a menção a crime de responsabilidade, o qual, por si só, suscita controvérsias autônomas.

2.2 Perspectiva legal

Assim como o delito de responsabilidade, o histórico da improbidade administrativa, num patamar legal, tem lugar, em um primeiro momento, no marco do Decreto nº 30, de 08 de janeiro de 1892, o qual, em seu Capítulo VI, já apontava os atos de improbidade administrativa. É curioso notar o extenso rol de condutas proibidas, mas cabe aduzir que, *além de uma série de desonestidades, a inaptidão notória ou a desídia habitual no exercício das funções era considerada conduta ímproba* (art. 48), o que reforça, do ponto de vista histórico, a ideia de um conceito mais abrangente para o dever em exame.⁵⁹

É verdade que o Direito Penal se ocupa do dever de probidade administrativa, tanto no histórico quanto na vigência do sistema sancionador brasileiro. Esse dever, quando violado, pode dar lugar a tipos penais protetores da Administração Pública, mais especialmente dos princípios que regem as Administrações Públicas. O bem jurídico protegido por esses tipos penais pode ser denominado “probidade administrativa” ou “moralidade administrativa”, ou, inclusive, “Administração Pública”, consoante tradição de Direito comparado.⁶⁰ Crime de responsabilidade e improbidade, pois, nessa perspectiva, sempre andaram juntos. Não impressiona que estejam englobados no sistema jurídico pátrio atualmente.

A Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, em seu art. 4º, V, estatuiu ser crime de responsabilidade praticar ato contra a probidade na Administração. Aqui, no Capítulo V, art. 9º e seguintes, o legislador tipificou alguns “delitos” de responsabilidade através da inserção de elementos normativos consubstanciados em atos de improbidade. Destacamos

⁵⁹ A Lei de Responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado ou Conselheiros (15 de outubro de 1827) já contemplava o embrião da Lei dos Crimes de Responsabilidade. Nesta Lei se falava de traição (art. 1º) e de confiança da Nação. Previa-se o tema da corrupção (art. 2º, parágrafos 1º e 2º) e do abuso de poder. A reparação do dano era considerada uma das penas.

⁶⁰ Veja-se Nettle, Connely e Loiseau (1997), quando, em sua pesquisa, apontam o tratamento prevalentemente penal à tutela do dever de probidade, destacando-se países como Chile, Estados Unidos da América e França, entre outros. De fato, essa é uma tendência muito acentuada no Direito comparado, inclusive com o fenômeno da absorção do Direito Administrativo pelas instâncias penais, as quais passam a ostentar competências de imposição cumulativa de sanções penais e administrativas.

o descumprimento da Constituição ou das Leis, além da conduta incompatível com a dignidade, a honra e o decoro das funções, conceitos abertos e sempre muito polêmicos, permitindo e até mesmo exigindo um conjunto imenso de elementos normativos integradores.

A improbidade, no contexto da Lei dos Crimes de Responsabilidade, era elemento normativo de tipos sancionadores ou o próprio bem jurídico em jogo. Sabe-se que um bem jurídico pode ser protegido de distintas formas e por diversos instrumentos normativos. E os elementos do tipo podem ganhar vida autônoma e recobrar vida própria noutros processos tipificatórios. A legislação que cuida dos crimes de responsabilidade é um específico instrumento para tratar de determinados bens jurídicos.

É possível dizer que a LGIA é um instrumento peculiar, distinto, destinado a cuidar da probidade administrativa. Não exclui nem elimina outros instrumentos. Ao contrário, com estribo na CF, desempenha um papel normativo especializado e contundente. Repare-se que a sistemática da Lei dos Crimes de Responsabilidade é muito mais aberta que a da própria LGIA, aproximando-se da esfera política de responsabilização, onde a discricionariedade dos julgadores é fenômeno amplamente admitido. Os crimes de responsabilidade evidenciam as tênues fronteiras entre Direito Penal e Direito Político, ao passo que os atos de improbidade definidos na LGIA estão bem enquadrados na categoria do Direito Administrativo, na perspectiva judicial.

A Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958, de plausível influência anglo-saxônica, tratou dos casos de enriquecimento ilícito dos funcionários públicos, no exercício das funções. Não se tratou expressamente da improbidade, mas sim dos casos de corrupção, que julgamos ser uma espécie de improbidade administrativa, tipificando-se as condutas corruptas desde uma perspectiva extra penal. Seus tipos sancionadores constituem, entretanto, a base da legislação que posteriormente tratou do tema da improbidade. A única “sanção” prevista era a perda dos bens adquiridos ilicitamente e o ressarcimento ao erário. Bilac Pinto fora o autor dessa Lei, com nítida inspiração no Direito norte-americano, valendo-se de cláusulas gerais e usando o modelo dos Códigos de Conduta.

Eis aí a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, fruto de um conjunto de contribuições, muitas delas oriundas de representantes do Ministério Público brasileiro. Diga-se que a LGIA, ao regulamentar o art. 37, §4º,

CF, perto de 04 (quatro) anos depois do início de sua vigência, no que se relaciona com a improbidade administrativa, tratou o assunto como se fosse matéria estranha ao Direito Penal, respeitando a vontade explícita da Constituinte, mas sem esclarecer a natureza jurídica de seus tipos sancionadores.

A LGIA surgiu em substituição à Lei anterior, que se restringia ao combate ao enriquecimento ilícito, ostentando, agora, um objeto mais amplo. Entretanto, apesar de inegável amplitude de alcance, a denominação do preâmbulo da LGIA continuou inadequadamente restrita, como se fosse a Lei do Enriquecimento Ilícito, quando seria, era e é muito mais que isso.⁶¹

Em realidade, apesar da notória ambiguidade de sua natureza jurídica e de seus tipos excessivamente abertos, inaugura a LGIA, na catalogação das condutas proibidas, três grandes modelos de tipos sancionadores: (i) condutas de enriquecimento ilícito; (ii) condutas de lesão ao erário; (iii) condutas de lesão aos princípios que regem a gestão pública.

Cada bloco normativo se compõe de uma cláusula geral, inserida no *caput*, e de textos casuístas, previstos nos incisos. As condutas proibidas causaram e ainda causam grande perplexidade, ante a enorme vagueza semântica que se mostra peculiar aos tipos, atemorizando os gestores públicos e municiando os órgãos fiscalizadores com poderes imensos.

⁶¹ Na legislação federal, com caráter abarcador com relação às leis dos Estados e Municípios, é a primeira vez que se trata da Improbidade administrativa como *fenômeno extra penal*. A LGIA é criada no final do governo Fernando Collor de Mello que, como se sabe, acabou destituído do cargo por “impeachment” e prática de atos de Improbidade Administrativa, típica responsabilidade política. Vinha, inicialmente, como um projeto muito parecido ao anterior, a *Lei de Enriquecimento Ilícito*, de inspiração norte-americana, com suas cláusulas gerais e termos indeterminados, mas com um rol muito restrito de sanções, limitando-se a indenização dos cofres públicos e perda de bens adquiridos ilícitamente. A ideia original era defender a honra do Governo Collor, apresentando uma Lei contra a Improbidade que estava sendo criada pelo Congresso, por conta de iniciativa governamental. O que se averiguou é que a LGIA, nos moldes do projetado por seu ideólogo originário, não acrescentava nada em termos de novidades sancionadoras. Sem embargo, o Código comentado recebeu múltiplas emendas no Congresso Nacional e acabou ampliando seus tentáculos sancionadores. Curiosamente, a enorme quantidade de emendas se deveu, em boa medida, à motivação de importantes membros do Ministério Público brasileiro, como Antonio Hermann Benjamin e outros, que lançaram propostas que revigoraram a Lei então próxima de ser gerada. Essa lei, portanto, não foi fruto de boa vontade governamental, mas de numerosas colaborações de agentes políticos que, estando fora do cenário congressual, tiveram a oportunidade de participar ativamente desse processo. Não custa recordar que é natural, até previsível, em tempos de escândalos públicos que atingem Governos, que estes busquem lançar os chamados “pacotes anticorrupção”, para demonstrar à opinião pública seu engajamento nesta causa tão nobre. Deve-se, por um lado, lamentar que iniciativas tão importantes dependam, no mais das vezes, dessa espécie de ambiente de pressão. Por outro lado, pode-se celebrar que as denúncias e notícias venham à tona e que propiciem, assim, não apenas o debate crítico de ideias, mas a confecção de novos instrumentos normativos, os quais emergem como produtos legítimos da vontade popular, na medida em que esta pressiona os Governantes de plantão.

Entretanto, a compreensão dos tipos e das características gerais da LGIA só é possível em um contexto mais amplo de má gestão pública. A improbidade administrativa é nada menos do que uma modalidade — a mais grave, na perspectiva do Direito Administrativo brasileiro — de má gestão pública. Daí a possibilidade de reconhecer os sintomas gerais da improbidade administrativa à luz de sua inserção neste universo normativo mais amplo.

Diga-se que a identificação da natureza jurídica do remédio que é o conjunto de sanções da Lei Federal nº 8.429, de 1992, tem que vir com um novo papel do Direito Administrativo Sancionador no sistema brasileiro, porque tal ramo jurídico não pode ser confundido com o Direito Disciplinar, nem com um Direito Sancionador despido de garantias.⁶²

III Improbidade administrativa na Constituição de 1988

Um Código Geral de conduta tem características marcantes e essenciais e pensamos que a Lei de Improbidade encaixa-se nessas características. Tomamos a ideia de Código não no sentido tradicional/clássico da expressão, fundada no Direito Codificado do século XIX, no berço francês, mas em sua acepção mais atual, herdeira dos valores inspiradores dos famosos Códigos norte-americanos de Direito, nos mais insuspeitos domínios sociais. Repare-se, aliás, na própria origem do Direito Administrativo por Agências, que é a marca peculiar daquele sistema jurídico no decorrer do século XX e que projeta influências notáveis nos regimes jurídicos democráticos da Europa e da América Latina, para ficarmos com estas referências singulares e marcantes.

Em realidade, há que se atentar ao fenômeno designado por García de Enterría como a “nova codificação” do Direito, processo muito recente que ganha impulsos extraordinários, nos cenários europeus, a partir de 1989, apartado dos paradigmas clássicos do Direito continental-europeu, o qual carregava um pesado ideário político-normativo de certeza, unidade e segurança absolutas, bem assim supremacia sobre as demais normas do ordenamento. Era o ideário moderno. Sabemos todos, na esteira do que anota o jurista espanhol, que a Codificação napoleônica não subsiste dentro dos paradigmas originais, porque substituída pela

⁶² Em Medina Osório (2000) defendemos o conceito de sanção administrativa e os contornos do Direito Administrativo Sancionador brasileiro, de tal sorte que o alargamento conceitual proposto passou a alcançar o dever de probidade administrativa.

fragmentação do Direito dos juristas. A “nova codificação”, segundo o “Maestro” espanhol, diferencia-se radicalmente do modelo napoleônico e tem múltiplas facetas, encontrando raízes mais diretas no Direito norte-americano e na expansão dos Estatutos, que resultam redefinidos por influências oriundas dos modelos romano-germânicos. Tais Códigos, revitalizados, exercem função sistematizadora de regras administrativas e legais pertinentes a determinadas áreas, sem impedir avanços setoriais e integradores, sem ambições políticas desmedidas ou irrealis, no plano das realidades complexas e dinâmicas, como anotou o Catedrático europeu.

Não deixa de encarnar, este novo modelo de Código, num prisma específico, um ideal de racionalização e melhor visibilidade das normas, dando contraponto ao fluxo veloz de arbitrariedades e incertezas associados ao decisionismo judicial e ao emaranhado legislativo. Esses Códigos não pretendem substituir outras normas que possam vir a ser integradas no sistema, repita-se, nem impedir os avanços legislativos ou normativos, mas apenas sinalizar soluções mais diretas aos problemas, com patamares mais adequados de certeza e segurança jurídicas, recuperando alguns valores perdidos na veloz pós-modernidade. Esse processo, de corte anglo-saxônico, ganhou corpo inclusive no Direito francês, berço maior da codificação clássica, onde há Códigos temáticos, aplicáveis a conjuntos de normas homogêneas e coerentes, inconfundíveis com qualquer espécie de aglomeração ou recopilação de normas. Essa tendência tem se alastrado também ao Direito Comunitário Europeu. Exemplo máximo desta técnica, conclui o Catedrático espanhol em seu inoxidável estudo sobre esse fenômeno, é o Texto consolidado do novo Tratado de Amsterdã que, firmado em 02 de outubro de 1997, entraria em vigor a partir da ratificação dos Estados-membros, resultando num texto enxuto e claro, tido como a nova Constituição Europeia, denotando a ideia e a preocupação de recuperar um novo processo codificatório consentâneo com a dinâmica normativa integradora.⁶³

⁶³ Leiam-se todas estas considerações em García de Enterría (1999). O fato de a União Europeia ofertar resistências políticas, em alguns importantes países, à homologação de uma Constituição Europeia, não indica a procedência da fragmentação política daquele organismo comunitário, nem a fragilidade dos instrumentos codificatórios. Há muitos tipos de “Códigos” e não se deve confundir-los com as “Constituições”, as quais, por sua natureza política, ofertam uma série de dificuldades no tocante aos paradigmas de consenso que devem nortear tais documentos. A União Europeia, inegavelmente, enfrenta obstáculos e dificuldades na consolidação de razoáveis patamares de consenso para produção de uma Carta Política unitária a todos os países membros, mormente diante do processo de ampliação da Comunidade, com o multiculturalismo inerente, bem assim os complexos interesses econômicos em jogo.

A LGIA, em nosso entender, encaixa-se nesse conceito de “Código” e tem por objeto central regular a “conduta” de todos os agentes públicos brasileiros, cominando sanções às posturas transgressoras. Nesse passo, há uma aproximação a determinados modelos regulatórios que, vigentes em outros cenários, buscam primordialmente a implementação de valores éticos. Não obstante essa aproximação, diante da variedade das espécies codificatórias em jogo, a LGIA assume suas feições peculiares e sua própria identidade no sistema constitucional pátrio, reclamando o reconhecimento de seu regime jurídico e sua singularidade nos cenários de Direito comparado.

Estamos diante de um Código Geral de Conduta jurídica de todos os agentes públicos brasileiros, com alcance irrestrito, cujos deveres correlatos à legalidade são concretizados por autoridades “juristas”. É o Direito dos juristas que está em jogo.

Mais ainda, também sublinhamos, como já o fizemos reiteradas vezes, que a LGIA se compõe de normas sancionadoras em branco, técnica muito usada no Direito Punitivo como um todo e no Direito Penal em particular. Isso equivale a dizer que outras autoridades podem complementá-la com normativas diversas.

Importa destacar, nesse contexto, que a probidade é um dever público que só pode compreender-se no marco de outros deveres públicos que lhe são inerentes. Daí a necessidade de um exame dos deveres públicos subjacentes à probidade, cuja vulneração é necessária para que se configure a patologia da improbidade administrativa.

Outra decorrência lógica da estrutura da LGIA é que não cabe imputar improbidade a alguém tão-somente com base em violação a princípios, sejam legais, infra-legais ou constitucionais. A ideia de princípios, que se opõe à de regras, na doutrina,⁶⁴ delimita uma abrangência muito maior no raio de alcance da norma. As regras têm pretensão de decidibilidade maior e ofertam segurança jurídica em maior grau ao destinatário. O compromisso dos princípios é com outro tipo de valor: é com a funcionalidade sistêmica, embasamento hermenêutico, alcance finalístico. Os princípios devem ser invocados na fundamentação das regras, tal como ocorre no Direito Penal, no bojo da narrativa da peça inicial. Não se pode admitir tal invocação solta, dissociada das regras, como fundamento isolado para o exercício do direito de punir.

⁶⁴ Ávila (2003).

Recorde-se que a Lei Federal nº 8.429/92, em seu art. 4º, estabelece que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia estão obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos”. É certo que o legislador não pretendeu esgotar os princípios que presidem a Administração Pública. Veja-se que também a moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade, além dos demais já mencionados, são outros princípios constitucionais que presidem a Administração Pública. O conjunto de deveres é grande e complexo e perpassa a chamada Lei Federal do Processo Administrativo.

Na ponta da improbidade administrativa estão direitos fundamentais difusos da sociedade. Não se pode olvidar da importância da Teoria dos Direitos Fundamentais para a compreensão dos tipos sancionadores da improbidade administrativa, seja no tocante à defesa dos direitos dos acusados em geral, seja no tocante à defesa dos direitos das vítimas dos atos ímprobos. Se um determinado ato formalmente típico não atingir materialmente um direito fundamental, não há falar na improbidade administrativa propriamente dita.

Outra base axiológica importante para incidência de um tipo sancionador da improbidade reside no conjunto das normas culturais da chamada política-administrativa ou cultura político-administrativa. As normas culturais permitem a conformação correta dos contornos dos institutos jurídicos.

O dever de obediência à legalidade, na moral administrativa, ganha pautas mais densas de ponderação e de visualização da conduta administrativa, numa perspectiva substancial. Isso explica, em boa medida, a noção de que a improbidade administrativa seria uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa não guardaria relação com a dimensão puramente objetiva da moral administrativa, tanto que nem toda imoralidade administrativa seria uma improbidade, mas sim com seus aspectos de censura ética e de valoração de comportamentos proibidos, quer dizer, com a dimensão subjetiva da imoralidade administrativa.⁶⁵

O dever de lealdade institucional traduz exigências de obediência à moral administrativa em âmbitos mais concentrados. A qualificação que se dá à improbidade administrativa, como imoralidade administrativa,

⁶⁵ Nesse sentido é o parecer de Giacomuzzi (2002), ao diferenciar moral subjetiva e moral objetiva.

não é a que resulta tão-somente da desonestidade, mas da peculiar possibilidade de censurar o comportamento administrativo, numa dimensão de reprovação rigorosa, culminando na urgência de uma sanção jurídica à conduta contrária aos preceitos éticos revestidos de legalidade. Por isso se diz que a probidade descende da moralidade administrativa, porque se trata de penetrar no universo da Ética Institucional da desonestidade e da eficiência, em níveis mínimos.

Ousamos dizer que probo não é só o agente perfeito, impecável, que não comete nenhuma ilegalidade ou que jamais quebra os esquemas de eficiência ou de impessoalidade. O sujeito pode errar, praticar ilegalidades ou ainda incorrer no vício da ineficiência, além de romper com a impessoalidade, ou inclusive com a publicidade, sem que, com isso, torne-se necessariamente “improbis”. O sujeito pode não ser um agente público paradigmático ou exemplar, mas, ainda assim, mostrar-se digno da probidade, mesmo que enquadrado na categoria dos inoperantes ou profissionalmente fracos.⁶⁶

Esse raciocínio vale tanto para a compreensão da LGIA, quanto para o entendimento correto de tipos sancionadores de delitos contra a probidade, espalhados pelo ordenamento jurídico-penal. Não se pode adotar uma visão demasiado rígida ou formalista para embasar o enquadramento punitivo ou a impropriedade de uma imputação.

Inserir o dever de probidade no universo da moral administrativa equivale a reconhecer sua dimensão ética e, portanto, sua submissão a avaliações pontuais. O diagnóstico da enfermidade percorre um caminho lógico que vai da moralidade administrativa até o dever de lealdade institucional, culminando na patologia da improbidade administrativa. A legalidade, em todo caso, é o marco básico no qual se movem as regras de probidade.

Neste mesmo contexto normativo, no art. 5º, a LGIA assentou que, concorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, procederá o integral ressarcimento do dano. E mais, disse a Lei Federal nº 8.429/92, no art. 6º, que, no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou o terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos a seu patrimônio.

⁶⁶ São muito oportunas, sempre, as aproximações com o princípio da eficiência e seus distintos níveis de otimização e densidade normativa. Repare-se no raciocínio de J. López González (1989), o qual maneja o princípio da eficácia como “guia de ação” dos gestores públicos. A infração a esse guia, certamente, não dá lugar a respostas uniformes.

Poder-se-ia dizer que a improbidade administrativa está, para o Direito Administrativo, na mesma proporção que os crimes mais graves estão para o Direito Penal, se considerarmos que o Direito Administrativo abrange outras infrações. A improbidade administrativa é a última “ratio” do Direito Administrativo Sancionador, já o dissemos à exaustão, até mesmo pelo *status* constitucional e o tratamento rigoroso dispensado à matéria. Cabe sublinhar, portanto, modo reiterado, que o agente público leal, na perspectiva da probidade, não é unicamente quem jamais infringe quaisquer de seus deveres públicos, mas quem não chega a certos níveis ou degraus de agressão, culposa ou dolosamente.

Conclusões

Em síntese, concluímos:

1 Os fenômenos de graves desonestidades e ineficiências funcionais dos homens públicos, dentro da má gestão pública, apresentam dimensões sociológicas, éticas e históricas que se perdem nos tempos, mas que se transformam e adquirem novos significados a partir da formação do Estado Moderno e, sobretudo, a partir dos paradigmas da pós-modernidade, demandando remédios diferenciados e proporcionais, embora numa perspectiva crescentemente unitária e coerente.

2 A categoria ético-normativa designada como Corrupção — frequentemente utilizada no Direito Internacional e na literatura especializada como o uso indevido de atribuições públicas para obtenção de benefícios privados —, não abrange a complexidade e os matizes das desonestidades e ineficiências intoleráveis no setor público, mas apenas de uma faceta da má gestão pública, possivelmente a menos frequente, ou seja, aquela que engloba as gravíssimas desonestidades, além de revelar-se incapaz de assinalar fenômenos que, embora não se encaixem na ideia de podridão moral do homem público, indicam altos níveis de reprovação ético-social. De modo que resulta aconselhável inserir o tratamento da Corrupção como espécie de outra patologia, esta tida como mais ampla, e a corrupção, ao revés, situada num nível de detalhamento das desonestidades funcionais mais graves.

3 A categoria ético-normativa que se designa como Improbidade guarda relações com a ideia de honra no setor público, no marco de uma moralidade institucional republicana, abrangendo as patologias

de graves desonestidades e graves ineficiências funcionais dos homens públicos, como espécie de má gestão pública. A honra profissional pode ser afetada não apenas por atos dolosos, mas também por atos culposos. Desonrado, no setor público, pode ser tanto o desonesto, quanto o intoleravelmente ineficiente.

4 A Improbidade é uma categoria de ilícito que traduz a última “ratio” no Direito Administrativo brasileiro, já que sua configuração exige a violação de deveres públicos em níveis especialmente altos e intensos, de modo que ao agente ímprobo se lhe deve deixar de reconhecer a honra de servir ao coletivo ou, como mínimo, impondo-lhe sanção que vai além da mera reparação de danos.

5 As sanções previstas para os atos de improbidade têm a natureza jurídica de sanções administrativas, já que, no Direito brasileiro, o conceito de sanção administrativa há que ser visto desde perspectivas formais e materiais, sendo possível que autoridades judiciais imponham sanções de Direito Administrativo aos ilícitos de Improbidade e, assim, o regime jurídico aplicável é do Direito Administrativo Sancionador brasileiro, com todas suas garantias derivadas do devido processo legal.

6 A Lei nº 8.429/92 é um Código Geral de Conduta dos agentes públicos brasileiros, alcançando inclusive os agentes políticos e, como Lei Geral, ostentando alcance nacional, compondo-se de normas de Direito Administrativo e Processual. Suas normas espelham Direito nacional, dando densidade aos princípios constitucionais que dominam a Administração Pública brasileira, em qualquer de suas esferas e também em sua dimensão funcional. O fato de ser um Código Geral não torna a Lei de Improbidade infensa às peculiaridades das legislações setoriais que a integram, permitindo que sua incidência seja isonômica, é dizer, trate desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A descentralização se dá, nesse caso, pela via das leis setoriais e da hermenêutica dos juristas e operadores jurídicos. Alterações ou criações de novos tipos sancionadores, por seu turno, através de legislação extravagante, se integram à Lei Geral, submetendo-se ao seu império, respeitadas as peculiaridades normativas setoriais pertinentes.

7 A Improbidade Administrativa, no marco da Lei Geral brasileira, está tipificada em três grandes blocos normativos de condutas dolosas e culposas, exigindo-se que o agente público — sujeito ativo — viole textos

legais subjacentes aos tipos sancionadores, os quais constituem normas punitivas em branco. Não é admissível cogitar-se de improbidade em razão da pura violação a princípios, sendo imprescindível que ocorra violação a regras completivas. Tampouco se tolera configuração de improbidade a partir de vulneração direta aos dispositivos da Lei Geral, sendo necessário constatar agressão a outros dispositivos complementares, inclusive com assento constitucional.

O conceito de improbidade administrativa, tal como desenhada na Carta Magna, art. 37, par. 4º, portanto, decorrente das reflexões alinhavadas neste trabalho, resulta estruturado de forma analítica, a partir do somatório das seguintes assertivas, todas fundamentadas no decorrer do trabalho:

(A) Categoria ético-normativa ligada à ideia de honra institucional, no marco de uma moralidade institucional republicana, que abarca patologias e transgressões normativas consubstanciadas em graves desonestidades e ineficiências funcionais dos agentes públicos, nas flutuações pertinentes à proporcionalidade enquanto postulado normativo.

(B) Espécie de Má Gestão Pública, onde podem existir múltiplas categorias, revestindo-se das notas da desonestidade ou ineficiência graves, passível de cometimento por ações ou omissões, dolosas ou culposas, de parte de agentes públicos no exercício de suas funções, ou em razão delas, com ou sem a participação de particulares.

(C) Exige vulneração de regras legais e princípios (ou regras) constitucionais que presidem as funções públicas, com grave agressão a direitos fundamentais e a normas de cultura administrativa vigentes.

(D) Se perfectibiliza preponderantemente a partir de normas sancionadoras em branco, que se integram e complementam por outras normas, e jamais pela simples violação a princípios.

Referências

AINA (1982). AINA, Sola. Bureaucratic corruption in Nigeria: the continuing search for causes and cures. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 48, n. 1, p. 70-76, 1982.

ANDVIG (1995). ANDVIG, Jens Christopher. Corruption in the North Sea oil industry: issues and assessments. *Crime, Law & Social Change*, v. 23, p. 289-313, 1995.

- ÁVILA (2003). ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2003.
- BAIS (1999). BAIS, Daniele. La Corte dei conti tra controllo sulle gestioni pubbliche e giudizio di responsabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale. *Economia Pubblica*, Milano, v. 29, n. 1, p. 57-77, 1999.
- BANFI (1995). BANFI, Francesca Trimarchi. La responsabilità del gestore di pubblici servizi nella prospettiva delle privatizzazioni. *Diritto Amministrativo*, Milano, v. 3, fasc. 1, p. 143-154, 1995.
- BANFI (1984). *Il controllo di legittimità*. Padova: CEDAM, 1984.
- BAUDRILLARD (2002). BAUDRILLARD, Jean. The Ecstasy of Communication. In: *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002. p. 126-159.
- BEYME (1989). BEYME, Klaus von. Postmodernidad, postmaterialismo y teoría política. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 4, p. 9-34, sep./dic. 1989.
- BLANCO VALDES (1995). BLANCO VALDES, Roberto L. La problemática de la financiación de los partidos políticos en España: regulación jurídica y propuestas de reforma, *REP 87*, Madrid, p. 163-197, ene./mar. 1995.
- BLASCO ESTEVE (1980). BLASCO ESTEVE, Avelino. La responsabilidad de la administración por los daños causados por actos administrativos: doctrina jurisprudencial. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 91, p. 195-241, ene./abr. 1980.
- BOBBIO (2000). BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 8. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- BOGDAN (1979). BOGDAN, Michael. International trade and the new Swedish provisions on corruption. *The American Comparative Law*, v. 27, p. 665-677, 1979.
- BON (1997). BON, Pierre. La responsabilité de l'État envers les auxiliaires de justice. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, v. 13, n. 6, p. 1301-1310, nov./déc. 1997. Note sous Cour de cassation, première chambre civile, 30 janvier 1996 Morand c/ Agent judiciaire du Trésor.
- BON (1991). BON, Pierre. La réparation des dommages subis par les agents publics: vers un retour aux principes de la jurisprudence Cames. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, v. 7, n. 1, p. 141-148, jan./fév. 1991. Note sous Conseil d'État, Section, 27 juillet 1990 Consorts Bridet, Cattelin, Patrico.
- BONICHOT, DIETSCH et GUETTIER (1998). BONICHOT, Jean-Claude; DIETSCH, François; GUETTIER, Christophe. La responsabilité de l'État à raison des dommages causés par des mineurs délinquants. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, v. 14, n.3, p. 569-583, mai/juin 1998. Conseil d'État, Section, 5 décembre 1997, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice c/M. Pelle.
- BROGDEN; NIJHAR (1998). BROGDEN, Mike; NIJHAR, Preet. Corruption and south american police. *Crime, Law & Social Change*, The Netherlands, v. 30, n. 1, Kluwer Academic Publishers, 1998. p. 89-106.
- CAETANO (1997). CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. 1.
- CAIDEN (2000). CAIDEN, Gerald E. *La democracia y corrupción*. 21 f. Disponível em: <<http://www.clad.org.vc/>>. Acesso em: 07 fev. 2000.

- CARVALE (1999). CARVALE, Giulia. Finanziamento della politica e corruzione in Gran Bretagna. *Nomos*, Roma, v. 4 n. 1, p. 59-75, gen./apr. 1999.
- CARTIER-BRESSON (2000). CARTIER-BRESSON, Jean. L'analyse des coût économiques della corruption. *Revue Française de Finances Publiques*, La corruption, Paris, n. 69, p. 19-32, mars 2000.
- CARTIER-BRESSON (1997a). Corruption networks, transaction security and illegal social exchange. In: HEYWOOD, Paul (Ed.). *Political corruption*. Oxford: Blackwell Publishers, 1997. p. 20-46.
- CARTIER-BRESSON (1993). Corruption, pouvoir discrétionnaire et rentes. *Le Débat*, v. 77, p. 26-32, nov./déc.1993.
- CASSESE (1998). CASSESE, Sabino. Crisis y transformaciones del derecho administrativo. *Documentación Administrativa*, n. 250-251, p. 215-225, ene./ago. 1998.
- CASSESE (1997). CASSESE, Sabino. *Le basi dei Diritto Amministrativo*. 4ª ed. Nuova Edizione rivista e aggiornata. Milano, 1997.
- CASSESE (1993, p. 13-21). CASSESE, Sabino. Le disfunzioni dei controlli amministrativi, *en I controlli nella pubblica amministrazione* (a cura di Sabino Cassese). Bologna: Il Mulino, 1993. p. 13-35.
- CLEMENTI (1999). CLEMENTI, Francesco. Il finanziamento della politica nello stato di Israele: brevi note. *Nomos*, Roma, v. 4, n. 1, p. 119-130, gen./apr. 1999.
- CORPACI (1998). CORPACI, Alfredo. Su alcuni aspetti problematici della responsabilità civile e della responsabilità amministrativa di funzionari e dipendenti pubblici, *en La responsabilità pubbliche, a cura di Domenico Sorace*. Padova, CEDAM, 1998. p. 239-267.
- COSTA TEIXEIRA (1998). COSTA TEIXEIRA, Carla. *A honra da política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1998. (Coleção Antropologia da Política, Núcleo de Antropologia da Política).
- CRIMP (2002). CRIMP, Douglas. On the Museum's Ruins. In: *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002. p. 43-56.
- DAHL (1999). DAHL, Robert. *La democracia: una guía para los ciudadanos*. Madrid: Taurus, 1999.
- D'ALBERTI; FINOCHI (1994). D'ALBERTI, Marco; FINOCHI, Renato. (a cura di): *Corruzione e sistema istituzionale*. Bologna: Il Mulino, 1994.
- D' AQUINO (1996). D' AQUINO, Tommaso. *I Vizi Capitali*. Traduzione Umberto Galeazzi. Roma: Biblioteca Universale Rizzoli, 1996.
- DE PETRIS (1999). DE PETRIS, Andrea. Finanziamento della politica e corruzione: il caso tedesco. *Nomos*, Roma, v. 4, n. 1, p. 89-118, gen./apr. 1999.
- DI ANDREA (1999). DI ANDREA, Claudia. Il finanziamento della politica: il caso belga. *Nomos*, Roma, v. 4, n. 1, p. 139-156, gen./apr. 1999.
- DOMINGUEZ (1996). DOMINGUEZ, Francis. *Corruption: Sous toutes ses formes*, Guerrier auto existant jaune, Paris, 1996.
- DONATINI; GRAZZINI (1999). DONATINI, Andréa; GRAZZINI, Lisa. Il ruolo dei gruppi di pressioni nel finanziamento dei partiti: approcci teorici e un'analisi empirica del caso italiano. *Economia Pubblica*, Milano, v. 29, n. 2, p. 105-135, 1999.

FAURE (1995). FAURE, Bertrand. Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique? *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 21, p. 46-77, 1995.

FAVOREU; PHILIP (1997). FAVOREU, Louis; PHILIP, Loic. *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*. 9. ed. Paris: Dalloz, 1997.

FERNÁNDEZ DÍAZ (1999). FERNANDEZ DÍAZ, Andrés. “La economía de la corrupción y el control externo”. Madrid, 1999. 12 f. Cursos de Verano – Universidad Complutense, 1999.

FERRAJOLI (1998). FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*. 3. ed. Madrid: Trotta, 1998.

FERRAZ (1992). FERRAZ, Sergio. O controle da administração pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 188, p. 64-73, abr./jun. 1992.

FLEISCHER (1997). FLEISCHER, David. Political corruption in Brazil. *Crime, Law & Social Change*, v. 25, n. 4, p. 297-321.

FORZATI (1997). FORZATI, Francesco. Illecito finanziamento ai partiti politici ed ultima ratio: la via del non ritorno a Tangentopoli. *Archivio Penale*, Napoli, n. 3-4, p. 266-282, 1997.

FOSTER (2002). FOSTER, Hal. *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002.

FRAMPTON (2002). FRAMPTON, Keneth Towards a Critical Regionalism: Six Points for an Architecture of Resistance. *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002. p. 16-30.

FRANCO SOBRINHO (1994). FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. A moralidade administrativa nos atos e contratos administrativos. *Genesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 1, p. 13-20, abr. 1994.

FRANZONI (1998). FRANZONI, Massimo. La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti nei confronti della P. A. tra diritto comune e diritto speciale: le riflessioni di un civilista. In: SORACE, Domenico (Org.). *Le responsabilità pubbliche*. Padova: CEDAM, 1998. p. 251-256.

FROSINI (1999). FROSINI, Tommaso Edoardo. Finanziamento dei partiti e corruzione: brevi note sul caso italiano. *Nomos*, Roma, v. 4, n. 1, p. 77-88, gen./apr. 1999.

GAETANO (1997). GAETANO, Cosimo di. Le norme penali in bianco. *Nuova Rassegna*, Firenze, v. 71, n.2, p. 132-147, gen. 1997.

G. COLOMBO (1994). G. COLOMBO. Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento di partiti. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 37, n. 3, p. 1031-1043, 1994.

GALEOTTI (1954). GALEOTTI, Sergio. *The judicial control of public authorities in England and in Italy*. London: Stevens & Sons, 1954. Chapters 2, 3, 4 e 7.

GARCÍA DE ENTERRÍA (2000). GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 2000. v. 1.

GARCÍA DE ENTERRÍA (1999). GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y Seguridad Jurídica em um mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, reimpressão, 1999, Madrid.

GARCÍA FERRER (1998). GARCÍA FERRER, Juan José. *El Político: su honor y vida privada*. Edisofer: Madrid, 1998.

GARDINER (2002). GARDINER, J. A. Defining corruption. In: HEIDENHEIMER, A. J.; JOHNSTON, M. *Political corruption*. 3. ed. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002.

GARRIDO FALLA (1995). GARRIDO FALLA, Fernando, Los motivos de impugnación del acto administrativo (nulidad y anulabilidad en Derecho Administrativo), *Revista de Administración Pública (RAP)*, 17, año 6, Instituto de Estudios Políticos, Madrid. p. 11-85, mayo/ago. 1955.

GIACOMUZZI (2002). GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ (1999). GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *El Principio General de La Buena Fé en el Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ (1996). GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *La ética en la Administración Pública*. Madri, 1996.

GONZÁLEZ PÉREZ (1995). GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *Administración Pública y moral*. Madrid: Civitas, 1995.

GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ (1994). GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. La financiación de los partidos políticos en Alemania tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de abril de 1992. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 12, n. 36, p. 299-312, sept./dic. 1992.

GROISMAN (1989). GROISMAN, Enrique I. Los gobiernos de facto en el derecho argentino. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 4, p. 35-45, sept./dic. 1989.

GROSSI; PICARDI (1997). GROSSI, Pierfrancesco; PICARDI, Nicola. Potere e responsabilità della magistratura: a proposito di uno studio recente. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, v. 74, n. 4, p. 668-680, ott./dic. 1997.

GUERRERO (2000). GUERRERO, Antônio Martínez. *Ética (fundada sobre valores)*. Santander: Calima, 2000.

GUTMANN (1986). GUTMANN, Amy. The rule of rights or the right to rule? *Nomos: Justification*, New York, v. 28, p. 165-177, 1986.

HABERMAS (2002). HABERMAS, Jürgen. Modernity: An Incomplete Project. In: *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002. p. 3-15.

HAURIOU (1938). HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Quatrième Édition, 1938. Recueil Sirey, p. 232 et seq.

HOPE (1985). HOPE, Kempe Ronald. Politics, bureaucratic corruption, and maladministration in the third world. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 51, n. 1, p. 1-6, 1985.

HOPKIN (1997). HOPKIN, Jonathan. Political parties, political corruption, and the economic theory of democracy. *Crime, Law & Social Change*. The Netherlands: Kluwer Academic Publishers, 1997. v. 27. p. 255-274

HUNGRIA (1959). HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9.

IANOTTA (1999). IANOTTA, Lucio. Previsione e realizzazione dei risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni. *R.D.A.*, 1, 1999. p. 25 *et seq.*

JAMESON (2002). JAMESON, Frederic. Postmodernism and Consumer Society. *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002. p. 111-125

JEAN-PIERRE (1999). JEAN-PIERRE, Didier. L`éthique du fonctionnaire civil: son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises. In: Bibliothèque de droit public, tome 202, Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris: L.G.D.J., 1999.

JEANNENEY (1999). JEANNENEY, Jean-Noél. Histoire de la corruption. *La Corruption Internationale*. Paris, 1999. p. 57-62.

JIMÉNEZ DE PARGA (1997). JIMÉNEZ DE PARGA. La corrupción en la democracia. In: *LAPORTA: La corrupción política*. Madrid: Alianza Editorial, 1997. p. 135-155.

JONES (1985). JONES, Edwin. Politics, Bureaucratic corruption, and maladministration in the third world: some commonwealth caribbean considerations. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 51, n. 1, p. 19-23, 1985.

KJELLBERG (1995). KJELLBERG, Francesco, Conflict of interest, corruption or (simply) scandals?. The "Oslo Case" 1989-1991. *Crime, Law & Social Change*, The Netherlands, v. 22, n. 4, p. 339-360, 1994-1995.

KRAUSS (2002). KRAUSS, Rosalind. Sculpture in the Expanded Field. In: *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002. p. 31-42.

LAVAGNA (1999). LAVAGNA, Gavina. Finanziamento della politica e corruzione nella Republica di Irlanda. *Nomos*, Roma, v. 4, n. 1, p. 131-137, gen./apr. 1999.

LIGNANI (1998). LIGNANI, Pier Giorgio. La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell`amministrazione statale, *en La responsabilità pubbliche* (a cura di Domenico Sorace). Padova: CEDAM, 1998. p. 381-387.

LÓPEZ GONZÁLEZ (1989). LÓPEZ GONZÁLEZ, Enrique. Una aproximación de la ciencia dela administración al análisis conceptual del principio de eficacia como guía de acción de la administración pública. *Documentación Administrativa*, n. 218-219, p. 67-96, abr./sept. 1989.

LUCIBELLO (1998). LUCIBELLO, Pier Matteo. La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni. In: SORACE, Domenico (Org.). *Le responsabilità pubbliche*. Padova: CEDAM, 1998.

MALEM SEÑA (2000). MALEM SEÑA, Jorge F. La corrupción política. *Jueces para la Democracia*, n. 37, p. 26-34, mar. 2000.

MANTES (1998). MANTES, Vittorio. Abuso d`ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 123, n. 6, p. 390-394, giug. 1998. Commento di giurisprudenza: Corte di Cassazione; sezione II penale; sentenza 4 dicembre 1997: Pres. Simeone, Est. Sirena, P.M. Scardaccione (concl. parz. diff.); ric. Tosches. Annulla senza rinvio App. Bari 27 marzo 1997. 1998.

- MANTOVANI (1983). MANTOVANI, Fernando. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva. *Doctrina Penal*, v. 6, n. 22, p. 261-281, abr./jun. 1983.
- MANZANARES SAMANIEGO (1999). MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. *Actualidad Administrativa*, Madrid, n. 5, p. 125-141, feb. 1999.
- MARCILHACY (1980). MARCILHACY, Pierre. Cadeaux aux ministres, élus et fonctionnaires. *Revue Politique et Parlementaire*, Paris, p. 1-2, jan./fév. 1980.
- MARIANI (1997). MARIANI, Marco. La qualità nei servizi pubblici. *Nuova Rassegna*, Firenze, v. 71, n. 19, p. 1958-1970, ott. 1997.
- MARTINS JÚNIOR (2002) MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTIN-RETORTILLO BAQUER (1989). MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. De la separacion y control de los poderes en el sistema constitucional español. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 4, p. 47-77, sep./dic. 1989.
- MASSAFRA (1998). MASSAFRA, Aurelio. La responsabilità disciplinare dei dipendenti nelle aziende dei servizi pubblici locali, *en La responsabilità pubbliche*, a cura di Domenico Sorace. Padova: CEDAM, 1998. p. 399-410.
- MATHIEU (1993). MATHIEU, Bertrand. Droit constitutionnel pénal: L'affaire du sang contaminé et Haute Cour de Justice. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 14, p. 427-435, 1993.
- MATHIEU (1993a). MATHIEU, Bertrand. Droit constitutionnel pénal: la responsabilité pénale des ministres devant la Cour de justice de la République: commentaire de la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 15, p. 601-610, 1993.
- MATHIEU (1990). MATHIEU, Bertrand. Droit constitutionnel pénal: la Haute Cour de justice et la responsabilité pénale des ministres ou comment se servir d'un sabre de bois: a propos de l'arrêt du 4 avril 1990 de la commission d'instruction de la Haute Cour de justice. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 4, p. 735-746, 1990.
- MATTOS NETO (1997). MATTOS NETO, Antônio José de. Responsabilidade civil por improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 159-170, out./dez. 1997.
- MAUGÛÉ (1999). MAUGÛÉ. Recours pour excès de pouvoir contre un décret du Premier ministre nommant un parlementaire en mission. *Revue du Droit Public*, Paris, t. 115, n. 1, p. 254-268, 1999. Conclusions des Commissaires du Gouvernement.
- MAULIN (1995). MAULIN, Éric. Le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois dans la pensée de R. Carré de Malberg. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 21, p. 79-105, 1995.
- MAVRINAC (1964). MAVRINAC, A. A. Political privacy, the courts, and the worlds of reason and of life. *Nomos*, Rational decision, New York, v. 7, p. 145-159, 1964.
- MAZZAMUTO (1998). MAZZAMUTO, Marco. Poteri di polizia e ordine pubblico. *Diritto Amministrativo*, Milano, v. 4, fasc. 3-4, p. 441-477, 1998.

- MEDINA OSÓRIO (2007). MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência*, São Paulo, 2007.
- MEDINA OSÓRIO (2000). MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES (1977). MEIRELLES, Hely Lopes. *Responsabilidade do prefeito*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 497, mar. 1977.
- MELLERAY (1998). MELLERAY, Fabrice. Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir. *Revue de Droit Public*, n. 4, p. 1089-1129, 1998.
- MENEZES CORDEIRO (1997). MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha. *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. Coleção teses.
- MICHALON (1998). MICHALON, Thierry. A la recherche de la légitimité de l'État. *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris, n. 34, p. 289-313, 1998.
- MICHELMAN (1986). MICHELMAN, Frank I. Justification (and justifiability) of law in a contradictory world. *Nomos, Justification*, New York, v. 28. p. 71-99, 1986.
- MIELE (1991). MIELE, Tommaso. La responsabilità degli amministratori e dei dipendenti degli enti locali. *Nuova Rassegna*, Firenze, v. 65, n. 5, p. 421-435, 1991.
- MOR (1998). MOR, Gianfranco. Riflessioni sulla responsabilità disciplinare. In: *La responsabilità pubbliche*, a cura di Domenico Sorace. Padova: CEDAM, 1998. p. 411-417.
- MORAN (1998). MORAN, Jonathan, 1998. Corruption and NIC development: a case study of South Korea. *Crime, Law & Social Change*, The Netherlands, v. 29, n. 2-3, p. 161-177
- MORBIDELLI (1998). MORBIDELLI, Giuseppe. Il contributo dell'amministrativista alla riforma e all'interpretazione del reato di abuso d'ufficio. In: SORACE, Domenico (Org.). *Le responsabilità pubbliche*. Padova: CEDAM, 1998. p. 475-501.
- MOREIRA NETO (2005). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória: parte geral: parte especial*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MOREIRA NETO (2001). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória: parte geral: parte especial*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MOREIRA NETO (2000). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Consideraciones sobre la participación en el derecho comparado Brasil-España. Separata de: *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 152, p. 73-91, mayo/ago. 2000.
- MOREIRA NETO (2000a). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000a.
- MOREIRA NETO (2000b). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A globalização e o direito administrativo*. Teresópolis, 2000. 31 f. In: SEMINÁRIO BRASIL-ESPANHA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, EM HOMENAGEM AO PROFESSOR EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, Rio de Janeiro, 24-26 out. 2000b. Conferência de encerramento. Trabalho não publicado.

MOREIRA NETO (1992). MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 190, p. 1-44, out./dez. 1992.

MUKAI (1993). MUKAI, Toshio. Da aplicabilidade do princípio da moralidade administrativa e do seu controle jurisdicional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 4, p. 211-215, jul./set. 1993.

NANNUCCI (1998). NANNUCCI, Ubaldo. L'art.328 C.P: le riflessioni di un operatore pratico. In: *La responsabilità pubbliche, a cura di Domenico Sorace*. Padova: CEDAM, 1998. p. 533-549.

NETTLE; CONNELLY; LOISEAU (1997). NETTLE, Patricia Canales; CONNELLY, Thomas John; LOISEAU, Virginie. *El deber de probidad de los funcionarios de la administración pública en la legislación comparada*. Chile, 1997. 11 f.

NIETO (1997). NIETO, Alejandro. *Corrupción en la España democrática*. Barcelona: Ariel, 1997.

NIETO (1980). NIETO, Alejandro. El derecho como limite del poder en la edad media. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 91, p. 7-73, ene./abr. 1980.

ODDI (1997). ODDI, Alessandro. Decisioni di rilievo costituzionale: reati contro la moralità pubblica e il buon costume. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milano, v. 42, p. 1149-1165, 1997. Commento di giurisprudenza: Corte di cassazione, Sez. 3 penale, 30 ottobre 1996, Pres. Papadia, Est. Accattatis, P. M. Frangini (diff.), Ric. Bertaccini (AVV. Sibilio).

OLOWU (1985). OLOWU, Dele. Bureaucratic corruption and public accountability in Nigeria: an Assessment of recent developments. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 51, n. 1, p. 7-12, 1985.

OUUGHIRI (2000). OUGHIRI, Taha. Corruption et finances publiques: le cas du Maroc. *Revue Française de Finances Publiques*. La corruption, Paris, n. 69, p. 135-144, mars 2000.

OWENS (2002). OWENS, Craig. The Discourse of Others: Feminists and Postmodernism. In: *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002. p. 57-82.

PACI (1998). PACI, Romano. La responsabilità disciplinare dei dipendenti della regione toscana. In: SORACE, Domenico (Org.). *La responsabilità pubbliche*. Padova: CEDAM, 1998. p. 389-398.

PALMA (1998). PALMA, Giuseppe. Il nuovo ruolo della corte dei conti quale organo costituzionale di garanzia della buona amministrazione. *Il Consiglio di Stato*, v. 49, n. 3, p. 471-477, mar. 1998.

PAREJO ALFONSO (1999). PAREJO ALFONSO, Luciano. El reto de la eficaz gestión de lo público. *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, n. 149, p. 3-23, mar. 1999.

PAREJO ALFONSO (1989). PAREJO ALFONSO, Luciano. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la administración pública. *Documentación Administrativa*, n. 218-219, p. 15-65, abr./sep. 1989.

PASSAS (1998). PASSAS, Nikos. A Structural Analysis of Corruption: The Role of Criminogenic symmetries. In *Transnational Organized Crime* (4, no. 1: Spring 1998), pp.42-55.

PASTORI (1998). PASTORI, Giorgio. Responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici tra interventi normativi recenti e prospettive di riforma. In: SORACE, Domenico (Org.). *Le responsabilità pubbliche*. Padova: CEDAM, 1998. p. 260-267.

PENNOCK (1986). PENNOCK, J. Roland. Justification in politics. *Nomos*, Justification, New York, v. 28, p. 291-306, 1986.

PENNOCK (1962). PENNOCK, J. Roland. The one and the many: a note on the concept. *Nomos*, The public interest, New York, v. 5, p. 177-182, 1962.

PEPINSKY (1992). PEPINSKY, Harold E. Corruption, bribery and patriarchy in Tanzania. *Crime, Law & Social Change*, v. 17, n.1, p. 25-51, jan. 1992.

PEREIRA (1994). PEREIRA, Milton Luiz. Política da administração e o princípio da moralidade. *Genesis: Revista de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 1, p. 21-25, abr. 1994.

PERELLI (1999). PERELLI, Luciano. *La corruzione politica nell'antica Roma – tangenti, malversazioni, malcostume, illeciti, raccomandazioni*. 3ª ed. Milano: R.C.S. Libri S. p. A., 1999. (Superbur Saggi).

PÉREZ DE TUDELA VELASCO (1983). PÉREZ DE TUDELA VELASCO, Jorge. Baruch Spinoza: el poder como fundamento y el fundamento del poder. *Revista de Filosofía*, Madrid, 2. serie, v. 6, p. 91-117, ene./jun. 1983.

PÉTRINA (1997). PÉTRINA, Antonio. Aspetti teorico-pratici sulla responsabilità degli amministratori, dei funzionari e dei segretari comunali. *Nuova Rassegna*, Firenze, v. 71, n.4, p. 374-390, feb.1997.

PIZZORUSSO (1997). PIZZORUSSO, Alessandro. La procédure pénale pour infractions des ministres en droit italien. In: DELPÉRÉE, Francis; VERDUSSEN, Marc (Dir.). *La responsabilité pénale des Ministres Fédéraux, communitaires et régionaux*. Bruxelles, 1997. p. 39-54.

POLLACK; MATEAR (1997). POLLACK, Benny; MATEAR, Ann. Dictatorship, democracy and corruption in Chile. *Crime, Law & Social Change*, The Netherlands, v. 25, n. 4, p. 371-382, 1996-1997.

POWEL; DIMAGGIO (1999). POWEL, Walter W.; DIMAGGIO, Paul J. *El Nuevo institucionalismo en el análisis Organizacional*. Estudio Introductorio de Jorge Javier Romero, 1999.

QUAH (1995). QUAH, Jon S. T. Controlling corruption in city-states: a comparative study of Hong Kong and Singapore. *Crime, Law & Social Change*, The Netherlands, v. 22, n. 4, p. 391-415, 1994-1995.

QUIXADÁ (1997). QUIXADÁ, Valéria Oliveira. Princípio da moralidade administrativa: autonomia, aplicabilidade e controle em face da Constituição de 1988. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 28, n. 3, p. 51-61, jul./set. 1997.

- RADIN (1986). RADIN, Margaret Jane. Risk-of-error rules and non-ideal justification. *Nomos. Justification*, New York, v. 28, p. 33-48, 1986.
- REHREN (1997). REHREN, Alfredo, Corruption and local politics in Chile. *Crime, Law & Social Change*, The Netherlands, v. 25, n. 4, Kluwer Academic Publishers, p. 323-334, 1996-1997.
- RICHTER (1998). RICHTER, Paolo Stella. Amministrazione, responsabilità e rischi non remunerati. In: SORACE, Domenico (Org.). *Le responsabilità pubbliche*. Padova: CEDAM, 1998. p. 327-329.
- RIVERO; WALINE (1998). RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit Administratif*. 17. ed. Paris: Dalloz, 1998.
- RIVERO (1995). RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução de J. Cretella Jr. Revista dos Tribunais, 1995.
- RIVERO (1965). RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (1999). RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La ética en la modernización de las Administraciones Públicas*, AA 8, semana de 22 al 28 de febrero de 1999, La Ley Actualidad S.A., Madrid, p. 173-182.
- RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ (1996). RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Ética Institucional. Mercado "versis" Función Pública*. Madrid, 1996.
- ROSS (1989). ROSS, Alf. *¿Por qué democracia?*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ROSSETTI (1998). ROSSETTI, Livio. Éléments d'une morale juridique dans les *Lois de Platon*. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t. 33, p. 181-188, 1988.
- SAID (2002). SAID, Edward W. Opponents, Audiences, Constituencies and Community. In: *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002. p. 135.
- SANTOS (1999). SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 1999.
- SCHWARTZ; POUYAUD (1997). SCHWARTZ, Rémy; POUYAUD, Dominique. Recours pour excès de pouvoir et contrat administratif: le sort des contrats après annulation d'un acte détachable: nouvelles difficultés (les suites de l'affaire Lopez). *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, v. 13, n. 2, p. 353-364, mars/avr. 1997. Conseil d'État, 27 novembre 1996, Commune de Moulins c/ Mme Henriques.
- SCIASCIA (1999). SCIASCIA, Micahel. Uniformazione e specificità nel controllo finanziario esterno in Europa e nel Bacino del Mediterraneo. *Nuova Rassegna*, Firenze, v. 73, n. 5-6, p. 466-515, mar. 1999.
- SCOCA (1997). SCOCA, Franco Gaetano (a cura di). *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*. Padova: CEDAM, 1997.
- S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1957). MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, El exceso de poder como vicio del acto administrativo. *Revista de Administración Pública*, 23, año 7, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, p. 83-177, mayo/ago. 1957.

SMITH (1959). SMITH, S. A. *Judicial review of administrative action*: Stevens and sons Limited. London, 1959.

SOMMOVIGO (1997). SOMMOVIGO, Gualtiero. Attuali profili della responsabilità amministrativa e contabile di amministratori e dipendenti. *Nuova Rassegna*, Firenze, v. 71, n. 9, p. 931-938, mag. 1997.

SOULIER (1969). SOULIER, Gérard. Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, v. 75, p. 1039-1103, 1969.

TASCABILI (1998). TASCABILI, Saggi. *La Lotta Alla Corruzione*, 1998.

TAYLOR (1997). TAYLOR, Susan. Taking the Profit out of corruption: A UK Perspective. In: *Corruption: The Enemy Within*. p. 169-180. 1997.

THEOBALD (1997). THEOBALD, Robin. Can debt be used to combat political corruption in Africa?. *Crime, Law & Social Change*, The Netherlands, v. 27, 1997, p. 299-314.

THOMPSON (1999). THOMPSON, Dennis F. *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Traducción de Gabriela Ventureira, gedisa. Barcelona: Editorial, 1999.

TORCHIA (1999). TORCHIA, Luisa. La risarcibilità degli interessi legittimi: obbligazioni della pubblica amministrazione. *Giornale di Diritto Amministrativo*, Milano, v. 5, n. 9, p. 832-850, set. 1999. Commento di giurisprudenza: Corte di cassazione, Sez. un. 22 luglio 1999, n. 500, Pres. Zucconi Galli Fonseca, Rel. Preden.

TORNO MAS (1985). TORNO MAS, Joaquín. La responsabilidad patrimonial del estado por el funcionamiento de la administración de justicia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 5, n. 13, p. 71-122, ene./abr. 1985.

TORRES AGUILAR (1992). TORRES AGUILAR, Manuel. Sobre el control de los oficiales públicos en la Castilla bajomedieval y moderna. La larga pervivencia del Derecho Romano. *RAP*, 128, Madrid, mayo/ago. 1992, p. 171-182.

TORRES (1993). TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 194, p. 31-45, out./dez. 1993.

TOUVET (1997). TOUVET, Laurent. Le contrôle du financement des campagnes électorales: La définition du parti ou du groupement politique au regard de la législation sur le financement des campagnes électorales. *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, v. 13, n. 1, p. 59-72, jan./fév. 1997. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 30 octobre 1996, Élections municipales de Fos-sur-Mer.

ULMER (2002). ULMER, Gregory L. The Object of Post-Criticism. In: *The Anti-Aesthetic: Essays on Postmodern Culture*. New York: New Press, 2002. p. 83-110.

VEDEL (1997). VEDEL, Georges. La poursuite des infractions commises par les ministres en droit français. In: DELPÉRÉE, Francis; VERDUSSEN, Marc (Dir.). *La responsabilité pénale des Ministres Fédéraux, communitaires et régionaux*. Bruxelles, 1997. p. 31-37.

WOLKER (1993). WOLKER, Antonio Carlos. Uma nova conceituação crítica de legitimidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 5, p. 25-31, 1993.