

**REVISTA DE DIREITO
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Nº 114 - 2018
abr./mai./jun.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRAFACUTAL: O MODELO PARA AFASTAR A ADMINISTRAÇÃO PATRIMONIALISTA E BUROCRÁTICA

SÉRVIO TÚLIO SANTOS VIEIRA

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.
Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - UFF.
Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais e Pós-Doutor em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.
Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense - UFF.
Desembargador (aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem se mostrado incapaz de suprir as necessidades coletivas, além de postergar o implemento de políticas públicas. Apesar de há vinte anos ter se submetido a uma Reforma por três Emendas Constitucionais – com destaque para a de nº 19/1998 –, tentando o Poder Público implantar uma Administração gerencial eficiente, ainda se encontra presente, nos meandros administrativos, a prática do patrimonialismo nas formas do clientelismo, do apadrinhamento e do nepotismo e o uso da Burocracia pública para atendimento de interesses outros, diversos do interesse público. Essa é a Administração Pública factual, que termina por favorecer interesses privados de indivíduos, de classes ou de grupos vinculados aos agentes públicos, notadamente aos agentes políticos, consagrando que os interesses dos cidadãos e dos indivíduos participativos estão posicionados em plano inferior. Urge que o interesse público não se posicione em segundo plano. A facticidade do passado patrimonialista da Administração Pública, que vem se protraindo aos dias coevos, apresentando-se burocrática e pouco gerencial, autoriza a adoção da Administração Pública contrafactual, vale dizer, um modelo diferenciado, contrário ao factual, que venha a implantar ações administrativas que resultem no atendimento do interesse público. Nesse modelo de Administração Pública, de índole hipermoderna, os atos administrativos passam a ser editados em consonância com a deliberação conjunta tomada por ela e pelos servidores ou empregados públicos, internamente, em reuniões periódicas realizadas no âmbito das repartições públicas, e por ela e os administrados ou suas associações representativas, externamente, em audiências públicas. Os atos administrativos advindos das ponderações discursivas passam a vincular a Administração e os administrados, propiciando o atendimento do interesse público.

1. AS BASES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A Administração Pública brasileira tem início pouco antes do Império, com fatos originados na Europa, que exigiram de Portugal uma mudança de comportamento político-administrativo para garantir o seu domínio sobre as terras brasileiras. Se não fossem as circunstâncias da época a Nação continuaria sob o jugo lusitano, com prorrogação do Brasil-Colônia, onde todos trabalhavam e tudo se produzia para o crescimento da chamada Metrópole. Enfim, falar em Administração

Pública no Brasil-Colônia é falar da rudimentar estrutura patrimonialista da Administração Pública portuguesa, vindo a se modificar no Brasil-Império, com aceno parcimonioso para o início de um Brasil direcionado ao atendimento parcial dos interesses do povo, melhorar um pouco no Brasil da Primeira República (Constituição de 1891), significativamente na Segunda República (Constituição de 1946) e bem mais no Brasil da consolidação da República (Constituição de 1988).

O Estado pré-moderno necessitava de quem detinha a capacidade de se manter no poder. Imprescindia de uma classe dominante qualquer, ao lado do soberano, para dominar as demais. Sacerdotes, aristocratas, proprietários de vastas extensões de terras, comerciantes com grande potencial econômico eram beneficiados para que ficassem devendo favor ao monarca, que mantinha o povo na menoridade, sem cultura ou instrução suficiente para entender a diferença entre o público e o privado, aceitando e conformando-se com os pequenos benefícios que ele fornecia. O príncipe impunha sua vontade, sem resistência dos súditos, e se arvorava em titular de toda riqueza do território do seu reino, das propriedades imobiliárias ali existentes e dos estabelecimentos comerciais, dos quais exigia tributos escorchantes.

Os súditos, sem que percebessem, eram dominados pelos planos engendrados pelo soberano para se manter no poder ou conquistá-lo. A eles restava obedecer aos comandos por ele expedidos, vergando-se à vontade real. A dominação, da espécie tradicional, fazia do soberano um arremedo de santidade, pois ele se traduzia no senhor de tudo e de todos submetidos ao seu império. A classe dominante que assessorava o príncipe também era responsável por uma administração patrimonialista, caracterizadora das monarquias absolutas.

O Estado Moderno, que se inaugura na consolidação da sua Era, não se desvincula inteiramente do expediente dominador. Apesar de conceder ao povo liberdade, igualdade relativa e anunciar que é fraterno, ainda mantém resquícios da Antiguidade e da Idade Média. O absolutismo é abandonado. A monarquia ainda resta presente, amenizada, apenas, pelo seu reconhecimento no ordenamento legal. A dominação passa de tradicional a legal. Após sancionada, a lei institui a forma burocrática, organizada e hierarquizada, para que dúvida não paire nos cidadãos e indivíduos participativos sobre a legitimidade dos comandos expedidos pela Administração, aos quais obedecem pacificamente.

Ao tratar das três espécies de dominação WEBER (2006, p. 128)¹ destaca que a dominação legal se dá em virtude de estatuto. “Seu tipo mais puro é a dominação burocrática. Sua ideia básica é: qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma». Assiste razão ao filósofo. O apanágio da dominação permite ao comandante supremo atuar nos limites do seu poder ou fora dele, ou seja, ilegal, arbitrária ou hiperdiscricionariamente. Quando o governante deixa de distinguir o público do privado, atua ilegal e arbitrariamente, vale dizer, consoante o patrimonialismo. Separando o público do privado, atuando, porém, dentro de uma discricionariedade exacerbada, que se distancia dos interesses do povo, age hiperdiscricionariamente.

Com o revestimento da dominação e do poder, deixando de distinguir o público do privado,

1 WEBER, Max. **Sociologia**. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2006.

o governante atua imbuído do que se denomina improbidade administrativa. Age no seu interesse ou dos auxiliares mais próximos do seu governo – ministros, secretários, políticos do seu partido, correligionários ou de partidos aliados – como se os bens públicos e os ingressos fiscais integrassem o seu patrimônio, beneficiando a si próprio, os indivíduos, os grupos ou as classes privilegiadas. O patrimonialismo caracteriza os Estados absolutistas que dominavam colônias e ainda dominam reinos e impérios travestidos de repúblicas. Empresas estatais, cargos e empregos públicos, postos de gestão e funções são instituídos e distribuídos livremente pelos governantes nos diversos níveis da Administração, sem que eles se importem com as despesas que essa ignomínia acarreta, transferindo o ônus de sustentar esses privilegiados para o povo, mediante o aumento de impostos de toda sorte.

“No patrimonialismo tudo se passa como se os governantes fossem os donos do poder. O favoritismo ou apadrinhamento, o cartorialismo ou clientelismo e o nepotismo são suas espécies.”

No patrimonialismo tudo se passa como se os governantes fossem os donos do poder. O favoritismo ou apadrinhamento, o cartorialismo ou clientelismo e o nepotismo são suas espécies. A corrupção quase sempre está presente quando a Administração Pública, por seus agentes, admite aquelas práticas. A Administração Pública brasileira tem base patrimonialista no Brasil-Colônia. Vem desde o seu descobrimento (1500-1822). Estende-se ao Brasil-Império (1822-1889), invade o Brasil-República, se arrefece no Estado Novo (1889-1934-1937), perpassa pela Era pós-moderna (1937-1946 e 1946-1988), com nova roupagem e, dissimuladamente, chega até a Era contemporânea ou hipermoderna, como se tem assistido por meio das mais variadas e injustificáveis improbidades administrativas perpetradas nos dias coevos. BARROSO (2009, p. 11)² atribui as bases do patrimonialismo brasileiro ao colonialismo português, que tal como o espanhol é produto da monarquia absolutista:

O colonialismo português, que, como o espanhol, foi produto de uma monarquia absolutista, assentou as bases do patrimonialismo, arquetipo de relações políticas, econômicas e sociais que predisõem à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção. Os administradores designados ligavam-se ao Monarca por laços de lealdade pessoal e por objetivos comuns de lucro, antes que por princípios de legitimidade e dever funcional. Daí a gestão da coisa pública em obediência a pressupostos privatistas e testamentais, de modo a traduzir fielmente, na Administração Pública, as aspirações imediatas de classe que lhe compõe o quadro burocrático. O agente público, assim moralmente descomprometido com o serviço público e sua eficiência, age em função da retribuição material e do prestígio social.

O patrimonialismo caracteriza-se, igualmente, pelo fato de o governante tomar decisões casuísticas, direcionadas a beneficiar certos grupos ou classes sociais, conspurcando o princípio da impessoalidade que, dentre outros, é imposto a todo aquele que governa, dirige ou exerce função

2 BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

pública (art. 37, da Constituição da República). Em decorrência desse expediente, grupos e classes não beneficiados com as deliberações munificentes guardam a esperança de, igualmente, obter os benefícios. Só que estes não vêm, porque eles não são os destinatários da munificência política. Cumpre não olvidar de que há mais uma base patrimonialista: os favores que o político eleito deve aos seus eleitores. E um deles é a nomeação para ocupar cargo em comissão ou função gratificada, nesse caso quando se tratar de servidor da Administração Pública.

O processo eleitoral na democracia indireta ou representativa faz com que, inevitavelmente, o candidato se comprometa com quem o apoia diretamente, inclusive em campanhas de acirradas disputas para ocupar uma vaga, máxime quando integrante do Poder Executivo. O político tudo promete e se compromete com seus eleitores e, máxime, com seus correligionários. Sendo o voto direto e dele a representação do eleitor, nos termos dos arts. 1º, § único, e 14, da Lei Fundamental, terá que acomodar, quando eleito, os que foram seus cabos eleitorais ou mesmo seus correligionários.

Em troca do apoio e dos votos recebidos os nomeia para os multifários ministérios, secretarias estaduais ou municipais, órgãos de direção mais elevados, presidências, direção e superintendência das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. E aí se infere a imiscuição do público com o privado, considerando que depois de eleito o Chefe do Executivo se torna “dono” de todos os cargos e funções comissionados. E passa a ter o poder de neles investir no primeiro, segundo ou terceiro escalão até mesmo indivíduos que não são credores de escolaridade, de conhecimentos técnicos ou de idoneidade para exercer os cargos e as funções nos órgãos e entidades da Administração centralizada ou descentralizada, afrontando princípios constitucionais e causando prejuízos ao Erário. A prática do patrimonialismo precisa ser exorcismada.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A atividade exercida pelo Estado, predominantemente pelo Poder Executivo – no caso brasileiro – objetivando construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, nos termos do art. 3º, da Lei Suprema, denomina-se Administração Pública. Constituída pelas pessoas jurídicas de direito público, órgãos centralizados e descentralizados, estruturados em diversos níveis, de acordo com os arts. 1º, 18, 25 e 29, da Carta da República, 5º, do DL nº 200/67 e 41, do Estatuto Civilístico, está voltada para prestar o serviço público em benefício dos indivíduos participativos. A estrutura da Administração Pública – da qual se serve principalmente o Poder Executivo para atender a interesses diversos dos indivíduos – também precisa ser modificada para que os direitos destes não sejam postergados, máxime em virtude da demora para solucionar as pendências e os conflitos que emergem das relações de direito público. Sua estrutura não pode ser a mesma da Era moderna.

A Lei Fundamental, em sua norma inaugural, estabelece que República Federativa é constituída pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e pelo Distrito Federal. Ao dispor sobre sua organização político-administrativa, o art. 1º consagrou que o Brasil é integrado pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, garantindo aos entes públicos a autono-

mia política necessária à sua estruturação, administração e funcionamento. Os preceptivos constitucionais que tratam da organização do Estado não fazem referência aos entes da Administração Pública indireta (arts. 1º e 18). Apesar disso, há recomendação expressa no sentido de que as pessoas jurídicas que integram a Administração centralizada e descentralizada, com personalidade de direito público ou de direito privado, estão obrigadas, dentre outros deveres, a: a) se pautar pela estrita observância dos princípios que regem a Administração Pública; b) realizar concursos para o ingresso de funcionários e empregados públicos nos seus quadros funcionais; c) se vincular às regras uniformizadas para ditos servidores; d) se estruturar, respeitando as regras ditadas para todos os seus níveis (arts. 37 a 41, da Carta Federal).

2.1 A Sistematização da Administração Pública

A Carta Política sistematizou de modo invulgar os assuntos concernentes à Administração Pública, a esta tributando o Capítulo VII, do Título III, que trata da Organização do Estado. Composto de quatro Seções e normas que vão do art. 37 ao art. 43, a primeira Seção apresenta as Disposições Gerais, a segunda trata dos Servidores Públicos Cíveis, a terceira cuida dos Servidores Públicos Militares e a quarta versa sobre as Regiões Administrativas da União, objetivando o desenvolvimento e a redução das desigualdades de um mesmo complexo geoeconômico e social. Independentemente da reunião de quase todos os temas vinculados à Administração Pública no sobredito Capítulo, preceptivos constantes de outros Títulos e Capítulos a ela se referem direta ou indiretamente ou guardam pertinência com os assuntos que as precitadas Seções procuraram dispor de modo conjunto.

No Título II que tutela os Direitos e Garantias Fundamentais dos brasileiros e estrangeiros residentes no País são ostentadas normas que mantêm estrita vinculação com a Administração Pública. Desde logo podem ser ressaltados preceitos que dizem respeito ao direito de o cidadão ou o indivíduo obter dos órgãos públicos as informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral; de peticionar aos Poderes Públicos em defesa de direitos e ilegalidades; de obter certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; de garantia do contraditório e ampla defesa quando litigante em processo administrativo; de impetrar mandado de segurança para proteger direito líquido e certo contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, podendo ser requerido coletivamente; de impetrar mandado de injunção quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais; de impetrar *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações a ele concernentes, constantes de registros ou bancos de dados de entidades públicas ou para retificação de dados quando não optar por processo sigiloso, judicial ou administrativo; de propor ação popular para invalidar ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico ou cultural; de ter assegurados a razoável duração do processo administrativo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. É o que consta do art. 5º, incisos XXXIII, XXXIV, *a e b*, LV, LXIX, LXX, LXXII, *a e b*, LXXI, LXXIII e LXXVIII, respectivamente.

Ao se perscrutar normas gerais que dizem respeito à Administração Pública pode ser salientada, *exempli gratia*, a que dispõe sobre as atribuições do Tribunal de Contas para auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira e orçamentária das pessoas jurídicas de

direito público e apreciar as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Executivo, julgar as contas dos gestores e demais responsáveis por quantias em dinheiro, bens e valores da Administração Pública direta, indireta e fundacional, assim como apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal em todos os seus órgãos e as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, além de outras (art. 71). E também as que se referem às garantias institucionais da Magistratura e de independência dos membros do Poder Judiciário e à sua autonomia administrativa (arts. 95, § único, e 96, I); à autonomia funcional e administrativa do Ministério Público (art. 127); à regulação da empresa pública e da sociedade de economia mista para explorar atividade econômica de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços, sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade, o regime celetista para os seus servidores e a exclusão dos privilégios fiscais, próprios das autarquias e fundações públicas (art. 173, §§ 1º, I e II, e 2º); à obrigatoriedade de o Município com mais de vinte mil habitantes adotar um plano diretor com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento da função social da cidade (art. 182, § 1º); à incumbência do Poder Público de, na forma da lei, prestar diretamente o serviço público, através de licitação ou sob o regime de concessão ou permissão; à prestação da seguridade social a cargo do INSS, autarquia previdenciária federal e de outras entidades da Administração Pública indireta estadual e municipal (arts. 194 e 195); à prestação do serviço público de saúde por meio dos seus órgãos (arts. 196 a 198 e 200); à previdência social mediante suas repartições públicas (arts. 201 e 202); ao serviço público de fiscalização e de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); à vedação de a União assumir despesa com pessoal inativo e encargos e amortizações de dívidas da Administração Pública direta ou indireta, oriundos da criação de Estado (art. 234); às regras para instalação dos Poderes e nomeação de seus membros no Estado-membro constituído (art. 235); à delegação dos serviços notariais e de registro exercidos em caráter privado, bem como o seu ingresso na atividade por concurso público (art. 236).

As pessoas jurídicas de direito público da Administração Pública indireta são as autarquias e fundações públicas. Ao tratar da remuneração dos servidores públicos, limites remuneratórios e mandato eletivo, a Lei Maior – além de fazer referência àquelas pessoas de direito público – inclui também as pessoas jurídicas de direito privado descentralizadas, no objetivo de esclarecer aos administrados que elas também integram sua estrutura (arts. 37, XI, XVII, XIX, § 8º, e 38). Entretanto, as pessoas jurídicas de direito privado da Administração indireta, ou seja, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que exploram atividades econômicas, mereceram tratamento diferenciado no art. 173 e § 1º.

Assim, a Administração indireta ou descentralizada é constituída por entidades de direito público e de direito privado. Adquirem personalidade jurídica e patrimônio próprios, independentes do ente público que as instituiu. Prestam serviço público específico e não estão hierarquizadas como órgãos do Estado (*lato sensu*) e sim vinculadas à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal ou aos Municípios, ou seja, ao Ministério, à Secretaria Estadual ou do Distrito Federal ou à Secretaria Municipal, de acordo com suas atribuições. Todos esses entes da Administração são autônomos no tocante à sua estruturação e funcionamento. No entanto, vergam-se excepcionalmente ao controle hierárquico dos entes federados e públicos aos quais estão vinculados, se praticarem atos que violem os princípios constitucionais e normas de direito público e à fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos Tribunais de Contas (arts. 70, 71 e 75, da Lei Fundamental).

As autarquias são entidades da Administração descentralizada, com personalidade de direito público, que exercem as atividades mais próximas dos órgãos da Administração centralizada. O serviço público prestado nessas entidades muito se aproxima do que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios executam. As autarquias estão incumbidas de prestar serviço público relativo ao ensino público, à previdência, à seguridade social, à regulação, à fiscalização em geral e de organização, administração, inscrição e controle de profissionais (órgãos de classe), além de outros serviços, que bem poderiam ser prestados por órgãos da Administração centralizada que, no entanto – de acordo com estudos realizados –, foram descentralizados para melhor funcionamento. Na verdade, os serviços das autarquias se confundem com os serviços dos entes da Administração direta. Como bem anota DROMI (2009, p. 701):³ “*las entidades autárquicas son personas jurídicas estatales exclusivamente administrativas, es decir, entes descentralizados con funciones administrativas o de gestión de servicios públicos* (PTN, *Dictámenes*, 4:18; 114: 366)”.

Após a promulgação da Carta Federal vigente foram editadas multifárias leis que tratam de relações jurídicas da Administração Pública com pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado e pessoas naturais. Podem ser destacados os seguintes diplomas legais: a Lei nº 8.112/90, que versa sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais; a Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos pela prática de atos de improbidade e enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional; a Lei nº 8.448/92, que trata do limite da remuneração mensal de servidor da Administração Pública direta, autárquica e fundacional; a Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública; a Lei nº 8.745/93, que dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público; a Lei nº 8.852/94, que cuida dos vencimentos e remuneração dos servidores da Administração Pública direta, indireta e fundacional de qualquer um dos Poderes da União.

Prosseguindo na edição de diplomas legais de reforma da estrutura da Administração Pública pós-Constituição de 1988, foram editadas ainda: a Lei nº 8.884/94, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia federal, encarregada de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica; a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175, da Constituição Federal; a Lei nº 9.783/99, que dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos e pensionistas dos três Poderes da União; a Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal; a Lei nº 9.717/98, que estabelece regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal; a Lei nº 9.962/00, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional; a Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com sua aplicação aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às

3 DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 12ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2009.

fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Recentemente foi editada a Lei nº 13.303/16, que trata do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, extensivo às suas subsidiárias, em cumprimento à Emenda Constitucional nº 19/1998.

As leis editadas após a promulgação Carta Fundamental de 1988 vêm consagrar que a Administração Pública dos dias coevos se emoldura na categoria de pós-moderna, com novas atribuições voltadas para a consecução dos fins para os quais ela existe, ou seja, prestar os serviços essenciais e de utilidade pública, para atender aos interesses do povo, compelido a satisfazer uma série de tributos exigidos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Antes de 05/10/1988 as normas referentes ao regime disciplinar e à responsabilidade dos servidores públicos civis da União, constantes da Lei nº 1.711/52, não se apresentavam organizadas e estruturadas como as dos arts. 116 a 126, da Lei nº 8.112/90, no melhor controle da Administração sobre eles, para dar mais efetividade à prestação do serviço público.

A investigação para apurar a prática de ato de improbidade e a ação de improbidade administrativa em desfavor de agente público, decorrente de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função, de que cuidam os arts. 10, 11 e 14 a 18, da Lei nº 8.429/92, inexistiam antes da data da promulgação da Carta Federal. Incidindo na prática de ilícito, respondia aos termos de ação penal, comumente por corrupção passiva. Não havia sido expedido diploma legal para tentar limitar a remuneração mensal de agentes públicos e servidores, na vigência da Constituição Federal de 1967, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/1969, como fez a Lei nº 8.448/92. Quando vigoravam os Decretos-leis nºs 2.300/86 e 2.348/87, inexistiam regras bem definidas sobre licitações e contratos administrativos, tais como hoje se apresentam nos arts. 1º e ss. da Lei nº 8.666/93.

Normas claras acerca de processo administrativo, organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência dos servidores e sobre parcerias público-privadas eram desconhecidas no sistema constitucional que se tornou obsoleto. Uma Administração Pública norteada pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante está inscrito no art. 37, da Lei Suprema – como se vê dos objetivos dos diplomas legais mencionados – é imposta a agentes políticos, agentes públicos, gestores e servidores no exercício das suas funções, porque é isso que mais de perto interessa ao povo brasileiro.

2.2 A Reforma Administrativa

A edição da Medida Provisória nº 155/1990, que se convolou na Lei nº 8.031/90, deflagrou o Programa Nacional de Privatização, objetivando reduzir o gasto público do Estado. Foram extintos cargos e funções da Administração Pública centralizada e descentralizada e privatizadas empresas estatais. Novo padrão monetário foi implantado, com congelamento de preços, majoração de tributos, redução do imposto de importação de produtos estrangeiros, com objetivo de reduzir os preços dos produtos nacionais, estabilização dos vencimentos do funcionalismo, livre negociação dos salários e o ignominioso confisco provisório dos depósitos bancários, inclusive das cadernetas de poupança. O Plano Collor I, que cuidou das privatizações, pretendia reduzir o inchaço da Administração Pública, tendo procedido à exoneração de servidores públicos não está-

veis e à rescisão de contrato de trabalho de empregados públicos das estatais. Entrementes, não se divorciou do clientelismo, do cartorialismo, do nepotismo e da corrupção. O Plano Collor II, iniciado em janeiro de 1991, seguiu a mesma linha. Os desmandos político-administrativos se acentuaram, carreando para o cenário nacional o aumento da taxa de juros, demissões de trabalhadores na indústria e no comércio, com a consequente elevação dos índices de desemprego e de recessão. No campo da Administração Pública os dois planos Collor trouxeram resultados insatisfatórios.

Em dezembro de 1993 foram postas em prática, em caráter experimental, as bases para a adoção de um novo padrão monetário, que em março de 1994 tomou o nome de Plano Real, voltando a economia a crescer. A implantação desse plano reduziu a inflação e da taxa de desemprego. A edição da Lei nº 9.491/97, que revogou a Lei nº 8.031/90, fixou novos parâmetros para as privatizações, redução do déficit público, aumento da arrecadação e aprofundou a reforma administrativa.

Em 1998 foram promulgadas as Emendas Constitucionais 18, 19 e 20. Essas Emendas alteraram o regime do funcionalismo público, as aposentadorias e pensões e dispuseram sobre princípios e normas da Administração Pública, com destaque para as Emendas nº 19 e 20, sendo que a primeira introduziu no art. 37, da Carta da República, o princípio da eficiência, além de modificar a redação de diversos incisos dessa mesma norma constitucional e de inserir outros parágrafos; a segunda, juntamente com a primeira, procedeu às alterações nos arts. 37 a 42. Ambas as Emendas produziram uma efetiva reforma na Administração Pública no que diz respeito aos servidores públicos. Alteraram a investidura, a estabilidade, a promoção, a remuneração, as vantagens, a aposentadoria, inclusive dos comissionados, vindo, mais adiante, a influenciar julgamentos da Suprema Corte por ocasião da edição das Súmulas Vinculantes 13, 15, 16, 33, 37, 42 e 43, destacando-se as que proscvem o nepotismo (13), o aumento de vencimentos dos servidores pelo Poder Judiciário e dos servidores estaduais e municipais, com fulcro nos índices federais de correção monetária (37 e 42), e a ascensão funcional (43), que já havia sido vedada em virtude da redação dada pela Emenda nº 19/1998 ao inciso II do art. 37 da Carta Federal, mas continuava a ser praticada nos órgãos da Administração direta e indireta.

A Emenda Constitucional nº 19/1998 tentou extinguir o regime jurídico único dos servidores públicos da Administração centralizada, das autarquias e fundações públicas, alvejando que o funcionalismo retornasse ao regime celetista para, no futuro, possivelmente, promover a rescisão do contrato de trabalho dos empregados públicos. O Pretório Excelso, entrementes, declarou a inconstitucionalidade, *ex nunc*, da redação do art. 39, da Lei Maior, em liminar concedida parcialmente em 02/08/2007, na Arguição de Inconstitucionalidade nº 2.135-4, voltando o preceito constitucional à redação anterior.

Das três Emendas Constitucionais a que introduz mais reformas na Administração Pública é a de nº 19/1998. O art. 3º modifica o § 3º, I, do art. 37, da Lei Fundamental, possibilitando a participação dos usuários na Administração Pública, com a regulação dos serviços prestados por meio das Agências Reguladoras, e introduz o § 8º no mesmo preceptivo constitucional, instituindo o contrato de gestão e a autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgãos e entidades centralizadas e descentralizadas. O art. 21 impõe à Administração limite de despesa com o funcionalismo ativo e inativo, alterando o art. 169, da Carta Política, fundamento da edição da Lei

Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Os arts. 22 e 26 modificam o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, e institui a figura administrativa da Agência Executiva.

A Reforma Administrativa mantém a estrutura da Administração burocrática, porém esta dá nova roupagem, aproximando-a da Administração gerencial da Era hipermoderna, de modo a prestar apenas os serviços eminentemente públicos, transferindo para o setor privado os que podem ser prestados por meio de concessão, permissão ou autorização com o controle do Estado. Como acentua Pereira (2006, p. 259)⁴ “pressupõe-se que as empresas serão mais eficientes se controladas pelo mercado e administradas privadamente”. A Reforma não para por aí. Conta também com a Lei nº 9.649/98, que possibilita órgãos e entidades da Administração centralizada e descentralizada, como autarquias e fundações públicas se qualificarem como Agências Executivas, obtendo maior autonomia no exercício de suas atribuições, passando à condição de órgãos e entidades especiais, consoante o disposto no art. 51, não revogado pela Lei nº 10.683/03.

A Reforma Administrativa também é responsável pela integração, na Administração Pública – iniciada antes mesmo da promulgação das sobreditas Emendas Constitucionais – das autarquias federais instituídas com o objetivo de disciplinar a comercialização de produtos, fiscalizar a execução e uso dos serviços prestados aos usuários por pessoas jurídicas que atuam onerosamente na indústria ou no comércio de bens e na prestação de serviços de interesse coletivo. Diplomas legais instituíram diversas Agências Reguladoras como v.g. a Lei nº 9.427/96, referente à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, e a Lei nº 11.182/05, que diz respeito à Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Antes da edição desses diplomas legais o Estado Regulador já se fazia presente pelos órgãos e entidades da Administração Pública, tais como o Conselho Monetário Nacional - CMN, o Banco Central do Brasil - BCB, a Comissão de Valores Mobiliários - CVM e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, que precederam às instituições das Agências Reguladoras. Contudo, foi o novo modelo de gestão administrativa, de índole gerencial, que consolidou o que havia sido iniciado na Administração Pública burocrática.

Governos que sucederam aos que iniciaram a Reforma Administrativa dão continuidade à reestruturação do Estado. Normas constitucionais, incisos e parágrafos são periodicamente alterados por meio de Emendas, constituindo, modificando ou extinguindo deveres impostos à Administração ou direitos dos administrados e de entidades. É o que se infere, *exempli gratia*, da leitura das Emendas Constitucionais 33 e 34/2001, 40, 41, 42 e 47/2003, 51/2006, 59/2009, 63/2010, 86, 87 e 88/2015, que se referem a servidores públicos, à ordem financeira, às contribuições sociais, à assistência e à seguridade social, ao ensino público, ao combate a endemias, às ações e aos serviços públicos de saúde, a impostos estaduais e municipais. Contudo, a reforma da Administração não deve se descuidar dos direitos fundamentais dos cidadãos e dos indivíduos participativos, a pretexto de reduzir o déficit público, em grande parte decorrente de condutas de governantes que ultrajando valores éticos e morais, a eles impostos constitucionalmente, ainda se entregam à prática do patrimonialismo e aos mais variados atos de improbidade.

4 PEREIRA, Luís Carlos Bresser. “Da administração pública burocrática à gerencial”. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. pp. 237-270.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FACTUAL

A Constituição Republicana atribui à Administração Pública o atendimento dos interesses coletivos, vale dizer, das necessidades dos administrados, na qualidade de executora das ações do Estado, *lato sensu*. Nesses últimos trinta anos, aproximadamente, a Administração não vem desempenhando bem o seu papel. Mesmo após a Reforma Administrativa – que vem tentando implantar no Estado brasileiro uma Administração gerencial –, ainda se encontra presente a prática do patrimonialismo nas suas diversas formas e o uso da burocracia pública para o atendimento de outros interesses, diversos do somatório dos interesses coletivos. O agente público – notadamente o político investido no gerenciamento administrativo – deve se abster do patrimonialismo, seja qual for a sua espécie: favoritismo ou apadrinhamento, cartorialismo ou clientelismo e nepotismo. Da mesma forma a ele não cabe se servir da burocracia para fins politíqueiros, beneficiando a si próprio ou favorecendo indivíduos, classes sociais ou grupos vinculados ao seu partido político, sacrificando o atendimento do interesse público.

A atuação de modo contrário à conduta ética própria do Estado Democrático de Direito, direcionada ao atendimento dos interesses individuais, de classes sociais ou grupos, no lugar do atendimento do interesse público, quase sempre ocorre sem a transparência necessária. Não é dado conhecimento dessas práticas aos administrados. No momento em que a Administração expede os atos administrativos sem divulgá-los pelos meios próprios de comunicação, *id est*, quando deixa de propagá-los, ofende frontalmente o princípio da publicidade. A observância desse princípio e dos demais emoldurados no art. 37 da Carta Federal constitui o arcabouço da boa administração, que deve estar voltada para atender ao interesse público.

A Administração Pública não pode ser patrimonialista, nem o agente público se servir da sua estrutura organizacional para entregar-se à politicagem. Não pode ser hermética ou opaca; ao revés, há que executar todas as suas incumbências com transparência. Expedidos os atos administrativos devem, imediatamente, ser publicados. Não é incomum que os administrados só tomem conhecimento do atendimento de interesses individuais, de classes ou de grupos pelos meios não oficiais de divulgação dos atos administrativos, como *e.g.*, pela imprensa escrita ou falada ou, hodiernamente, pelas redes sociais. Quando o favorecimento vem à tona sem a devida publicidade do ato benéfico, resta demonstrado que a Administração pretendia manter a decisão em sigilo, isto é, revestida de opacidade.

Esse procedimento não se coaduna com a transparência e o acesso à informação, que constituem facetas da publicidade dos atos administrativos. Não basta que os administrados tenham acesso à informação após a emissão dos atos administrativos. É mister que eles tomem conhecimento do conteúdo dos atos administrativos emitidos no exercício do poder vinculado ou discricionário, este quando for permitido à Administração exercê-lo, optando por um atendimento ou

“O mais relevante é que se levante o véu que cobre atos administrativos voltados para o atendimento diverso do interesse público, de modo que os interessados possam conhecê-los e tomar as providências para sua invalidação ou modificação.”

por outro. Mais condizente com a observância dos princípios constitucionais seria que antes da tomada da decisão, para tratar de qualquer interesse rotulado de coletivo, os cidadãos fossem convocados pela Administração para tomar lugar na assembleia pública e expor suas pretensões. Eles poderiam, ao menos, ponderar sobre a necessidade de atender aos seus interesses e não a outros que não se mostrassem tão prementes. Isto evitaria a prática do patrimonialismo, o uso da burocracia para o favoritismo e outras práticas e a ausência de transparência dos atos administrativos.

Quando o administrador público, na gestão de órgãos e entidades da Administração centralizada ou descentralizada, nos seus três níveis, resolve se servir da Burocracia pública para se entregar à prática do patrimonialismo – com o comprometimento da ética e da moralidade administrativa –, dá-se o desvirtuamento da discricionariedade, credenciando os cidadãos a promover a anulação dos atos administrativos lesivos ao patrimônio público por meio da ação popular, de acordo com o previsto nos arts. 5º, LXXIII, do Pacto Fundamental, 1º e ss., da Lei nº 4.717/65, podendo – conforme a natureza daqueles mesmos atos – ser também invalidados ou modificados pela deflagração da ação civil pública de que tratam os arts. 129, III, da Carta Política, 1º e ss., da Lei nº 7.347/85, ou, ainda, por outros meios processuais adequados previstos no ordenamento jurídico. O mais relevante é que se levante o véu que cobre atos administrativos voltados para o atendimento diverso do interesse público, de modo que os interessados possam conhecê-los e tomar as providências para sua invalidação ou modificação.

Por meio daquelas providências judiciais também pode ser pleiteado que o administrador público venha a ser afastado do comando do órgão ou da entidade, pois se nada for feito nesse sentido ele continuará a praticar a conduta descomprometida com a ética no exercício dos poderes da Administração Pública. Não há como se relegar a oblivio que no local onde o serviço público é prestado se exercitam direitos do cidadão, impondo-se o dever de o agente público se submeter aos princípios que regem a atividade administrativa nos três Poderes da República. Os poderes da Administração foram outorgados pela Constituição para o atendimento do interesse público. O exercício secreto ou sigiloso desses poderes é contrário à ordem constitucional.

A Administração Pública factual é a que, nos dias atuais, ainda se apresenta na maioria das repartições do serviço público, nos três níveis da Federação. É aquela em que o interesse individual do agente público se sobrepõe aos interesses da coletividade – por meio do aproveitamento do patrimônio público – para a obtenção de vantagem indevida em proveito particular, de outros indivíduos ou de grupos. Igualmente é a que se mostra excessivamente formalista, impregnada de subjetivismo do gestor na tomada de decisões para dar solução aos processos e requerimentos deflagrados pelos administrados e interessados. Uma e outra não se preocupam com a eficiência. Na tentativa de transmutar a primeira, patrimonialista, e, a segunda, burocrática, em gerencial, foi encartado no art. 37 da Carta da República, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, o princípio da eficiência, com o objetivo de fazer com que a autoridade administrativa exercite uma Administração diferenciada, que efetivamente atenda ao somatório dos interesses coletivos.

3.1 Características da Administração Patrimonialista

A Administração Pública se caracteriza como patrimonialista toda vez que o administrador não distingue o público do privado, atuando ilegal, arbitrária ou hiperdiscricionariamente para be-

neficiar – como se estivesse no exercício da administração de uma empresa privada – indivíduos, classes ou grupos, com recursos públicos, em regra advindos da arrecadação de tributos. O agente público, investido na gerência administrativa, toma decisão casuística, direcionada a beneficiar quem ele bem entende, conspurcando o princípio da impessoalidade que, dentre outros, é imposto a todo aquele que governa, dirige ou exerce função pública. Em decorrência desse expediente, indivíduos grupos e classes que deixaram de ser beneficiados com a deliberação munificente guardam a esperança de, igualmente, obter os mesmos benefícios. Estes, no entanto, não vêm, porque os excluídos não são os destinatários da liberalidade politqueira. Nesse modelo de Administração, o agente público atende aos interesses das classes dominantes, dando azo ao patrimonialismo nas suas diversas formas.

A Administração patrimonialista é a demonstração do exercício do poder no regime monárquico. Ela confunde o patrimônio público e o patrimônio privado, como se o administrador público fosse o titular dos bens integrantes do patrimônio estatal. O patrimonialismo na Administração é despótico, porque o agente público pode se servir dos bens públicos como bem entender, utilizando os recursos do Erário, bens móveis e imóveis como se integrassem o seu patrimônio, daí esse *nomen juris*. A aquisição, o uso e a venda são negócios jurídicos ajustados normalmente pelo administrador patrimonialista, sem qualquer responsabilidade ou sanção. Esse modelo se mostra inteiramente incompatível com a Administração hipermoderna gerencial.

Com o poder em suas mãos – decorrente da investidura nos mais altos cargos políticos ou administrativos para gerir órgãos e entidades da Administração –, o agente nega a distinção entre o público e o privado, atuando de modo contrário à moralidade, incidindo na improbidade administrativa. Agindo no seu interesse ou dos indivíduos, classes ou grupos a que está politicamente vinculado, não se importa com gastos públicos e com as consequências da degradação administrativa. Ele nomeia para ocupar as funções comissionadas e os cargos mais elevados seus correligionários ou apadrinhados políticos. Raramente nomeia pessoa dotada de conhecimentos técnicos ou científicos para ocupá-los. Os compromissos políticos assumidos e as promessas feitas por ocasião da campanha eleitoral falam mais alto. Tudo ocorre como se o agente fosse o dono do poder e dos cargos que integram o quadro da Administração Pública.

Considerando o gigantismo da Administração Pública brasileira é fácil distribuir cargos. À disposição do agente político na gestão administrativa encontram-se ministérios, secretarias estaduais ou municipais, órgãos de direção elevados, presidência, direção e superintendência de autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, agências reguladoras e uma vasta lista de cargos comissionados a lotear. Ele se convola em “dono” desses cargos, podendo investir no primeiro, segundo ou terceiro escalão até mesmo indivíduos inidôneos, sem escolaridade ou destituídos de conhecimentos técnicos para ocupá-los. Ao tratar do tema, anota HANSEN (2010, p. 28):⁵

Não bastasse a contemporânea crise de paradigmas político-sociais, o cenário atual nos descortina uma aberração de organização estatal, que se caracteriza por uma mistura entre os elementos feudais e o Estado moderno, qual

5 HANSEN, Gilvan Luiz; FARIA, Maria Leonor Veiga. **Curso de Gestão Pública**. Niterói: EdUFF, 2010.

seja, o Patrimonialismo. Descrito por intelectuais como RAIMUNDO FA-ORO e ANTONIO PAIM, o Patrimonialismo pode ser identificado no cotidiano da organização estatal brasileira ou, senão nela, nos procedimentos e na mentalidade vigente entre os atores sociais que fazem a política nesta “Terra de Santa Cruz”. O que caracteriza o Patrimonialismo é a postura frente ao Estado como se este fosse um feudo ou uma capitania hereditária pertencente, enquanto propriedade e patrimônio, a pessoas ou grupos que ocupam as funções e os cargos públicos.

O patrimonialismo se dá por meio do favoritismo ou apadrinhamento, cartorialismo ou clientelismo e nepotismo. Em todas essas formas o agente público atua como se estivesse autorizado a eleger o modo de gastar o dinheiro público, sem prestar contas dos atos que emite. Ele não distingue o público do privado, utilizando o Erário, bens e serviços públicos sem qualquer parcimônia, nem se importa que por meio da sua conduta ocorre o desvirtuamento da finalidade da Administração Pública, que é prestar serviços de utilidade aos administrados, suprimindo as necessidades coletivas. Na qualidade de Presidente, Governador ou de Prefeito age como se fosse dono do Estado, *lato sensu*.

Em plena Era contemporânea, tudo se passa como se ainda estivesse vivendo sob o comando de um monarca absolutista, como no Brasil Colônia, Reino ou mesmo no Brasil Império. BARROSO (2009, p. 67)⁶ assinala: “a triste verdade é que o Brasil jamais se libertou dessa herança patrimonialista. Tem vivido assim, por décadas a fio, sob o signo da má definição do público e do privado”. Em outro estudo BARROSO (2009, p. 11)⁷ destaca:

Por trás das idas e vindas, do avanço e do recuo, diafanamente encoberta, a herança maldita do patrimonialismo: o cargo público. O poder de nomear, de creditar-se favores, de cobrar do agente público antes o reconhecimento e a gratidão do que o dever funcional. A lealdade ao chefe, não ao Estado, muito menos ao povo. A autoridade, em vez de institucionalizar-se, personaliza-se. Em seguida, corrompe-se, nem sempre pelo dinheiro, mas pelo favor, devido ou buscado.

A Administração patrimonialista também se dá quando, embora aparentemente se verifique a separação do público e do privado, o agente político se utiliza de um poder discricionário exacerbado, que se distancia do interesse público, agindo hiperdiscricionariamente, direcionando sua ação para o atendimento de interesse individual ou de um grupo de indivíduos, constatando-se o favoritismo. Imagine-se que o prefeito de um município de médio porte, podendo expedir decreto expropriatório para alargamento de via pública incluindo duas casas antigas, em ruínas, de proprietário desconhecido – o que importaria em pagamento de indenização bem menor –, opta por outro expedir para incluir, no referido decreto, terreno de grandes dimensões, situado ao lado daquelas duas casas, pertencente a correligionário político do seu partido, beneficiando-o com o pagamento de indenização correspondente ao dobro do valor venal atualizado no início do ano.

6 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

7 *Id.* **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Tanto no nepotismo quanto no favoritismo o que se vê é o propósito de o agente público, no seu interesse – retribuindo ou trocando favor, praticando politicagem ou exibindo poder administrativo –, receber, mais adiante, vantagem ou benefício, servindo-se do patrimônio público ou do Erário. Nessas formas de patrimonialismo a não separação do público do privado é proposital. Para FAORO (2008, p. 102),⁸ o patrimonialismo é uma organização política marcadamente burocrática. “Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo – o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem anulação da esfera própria de competência”. Esse patrimonialismo “pulveriza-se, num localismo isolado, que o retraimento do estamento secular acentua, de modo a converter o agente público num cliente, dentro de uma extensa rede clientelista” (FAORO, 2008, p. 718).⁹

3.2 Características da Administração Burocrática

A Administração burocrática tem origem no Estado Liberal, por se divorciar do patrimonialismo, dissociando os interesses do soberano do interesse público, para o atendimento deste estando voltada. Nesse modelo de Administração se faz distinção entre o público e o privado. Ela se insurge contra o favoritismo e o nepotismo, propondo-se também a combater a corrupção, ínsita à Administração patrimonialista. O modelo burocrático eclodiu para defender os súditos e os cidadãos das arbitrariedades do soberano, pondo à disposição dos indivíduos os instrumentos judiciais e extrajudiciais previstos na Constituição e nos diplomas legais infraconstitucionais, hábeis a frear o arbítrio comum nas monarquias absolutas. A Administração burocrática funciona também como instrumento de defesa do patrimônio público, pois faz valer o princípio da impessoalidade tratado no art. 37, da Lei Fundamental, afastando a pessoalidade inerente à Administração patrimonialista, por ocasião do preenchimento dos cargos públicos, obstando a pretensão de atendimento dos interesses privados, de classes ou de grupos.

Nesse modelo de Administração Pública há um ideário de organização funcional dos profissionais que vão ocupar cargos e funções nas suas repartições. A Administração burocrática está voltada para executar as tarefas do Estado, estruturando-se pela hierarquia funcional, plano de carreira, cargos e vencimentos dos servidores, instituindo o concurso público para o ingresso no serviço público e integração dos aprovados no quadro efetivo. A Administração burocrática é regida pelo princípio da impessoalidade, reverenciando os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e publicidade e se caracterizando pela hierarquia, competência ou atribuição funcional, formalismo e procedimentalismo.

A hierarquia da Administração burocrática se dá justamente para dividir, verticalmente, a responsabilidade do agente público e controlar as parcelas do poder decisório que lhes são delegadas. O administrador público do órgão ou da entidade – em princípio integrante do quadro efetivo do serviço público, investido em cargo ou função por concurso público, consoante previsão e observância das normas legais insculpidas na Lei Maior, desde a Era Vargas (Constituições de 1934 e 1937) – já não detém poderes para administrar ou atender aos interesses individuais, de classes

⁸ FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

⁹ *Ibid.*

ou de grupos. Ele está submetido à estrita observância dos princípios do art. 37, da Carta Política, sob pena de incidir no § 4º desse preceptivo constitucional e no art. 10, da Lei nº 8.429/92, ou seja, a Lei de Improbidade Administrativa.

A competência ou atribuição funcional estabelece os limites de atuação do agente público, caracterizando a Administração burocrática e dividindo, horizontalmente, a responsabilidade do agente público. Quando este assume a administração da superintendência, do departamento, da divisão, do serviço ou do setor, responde funcional e internamente pelos atos administrativos que expede, já que não pode gerir todos os órgãos ou entidades ao mesmo tempo, ficando encarregado de desenvolver as tarefas do serviço público no âmbito administrativo para o qual foi designado. Um único agente não pode concomitantemente gerir, *e.g.*, dois órgãos ou um órgão e uma entidade, nem chefiar em conjunto com o desempenho de atribuições de outro. Só é responsável por uma única unidade na hierarquia horizontal, o que não é vedado na hierarquia vertical. A responsabilidade externa dos seus atos se estende à Administração Pública, nos termos dos arts. 37, § 6º, da Constituição Federal, e 43, do Estatuto Civilístico.

O formalismo caracteriza a Administração burocrática, que funciona hierarquizada vertical e horizontalmente para que os requerimentos e petições recebam um número do protocolo e mais adiante possam ser convalidados em processos administrativos depois da autuação e da distribuição aos órgãos centralizados ou às entidades descentralizadas, para ter andamento. Não há requerimento verbal nas repartições públicas, a não ser que se trate de simples solicitação. Apesar de não se exigir os mesmos requisitos da petição inicial, o requerimento apresentado ou a petição a ser protocolada deve ser inteligível, de modo que a Administração possa deferir ou indeferir o pedido formulado (art. 6º, da Lei nº 9.784/99). As formalidades são ínsitas ao funcionamento do serviço público. Não há atividade administrativa sem que os expedientes escritos se revistam das solenidades a fim de que a Administração possa atender às reivindicações dos administrados ou formular exigências para que ela possa chegar ao atendimento do que é pleiteado.

O procedimentalismo é um corolário da característica do formalismo da Administração burocrática. Os requerimentos e petições devem ser formalmente transformados em processos administrativos, que também se regem por procedimento próprio, assemelhado ao rito dos processos judiciais cíveis. A tramitação dos processos administrativos está a cargo da Lei nº 9.784/99, que, nos arts. 5º e ss., dispõe sobre as solenidades procedimentais. O processo se inicia com a apresentação de requerimento formal e culmina com a decisão administrativa, que deve ser proferida contendo os elementos essenciais do art. 50 da Lei nº 9.784/99. Dentre esses elementos figura a motivação que levou o administrador ou o colegiado administrativo de primeiro grau a deferir ou a indeferir o pedido para que o interessado, em regra o administrado, possa recorrer hierarquicamente, *ex vi* dos arts. 50, §§ 1º a 3º, e 56 do mesmo diploma legal.

O modelo burocrático – mesmo não conseguindo afastar em caráter definitivo o modelo patrimonialista e sem alcançar a eficiência – deu um passo de vanguarda na Administração Pública, tendo em vista que passou a se preocupar com a prestação de serviço para atender às necessidades

“O mais relevante da implantação da Administração burocrática, conhecida como racional e legal, foi o afastamento das condutas individualistas das elites dominantes, distantes do interesse público.”

coletivas, o que sequer ocorria no modelo patrimonialista. O mais relevante da implantação da Administração burocrática, conhecida como racional e legal, foi o afastamento das condutas individualistas das elites dominantes, distantes do interesse público. “O modelo racional-legal busca afastar das práticas organizacionais as relações pessoais, permeadas pelo subjetivismo, a ausência de procedimentos e, por consequências, de controles” (NOHARA, 2016, p. 162).¹⁰

Além de a Administração burocrática se submeter ao controle externo pelos órgãos do Legislativo e do Judiciário, conseqüente da estruturação do Estado Pós-Moderno, ela passou a ser controlada também pelos cidadãos, por meio da ação popular de que tratam os arts. 5º, LXXIII, do Pacto Fundamental 1º e ss. da Lei nº 4.717/65 e, mais adiante, pelas pessoas legitimadas a intentar ação civil pública, de que cuidam os arts. 129, III, da Carta Política, e 1º e ss. da Lei nº 7.347/85. Quando o agente público, no exercício do poder administrativo, comete ilegalidade ou abuso de poder, submete-se, igualmente, ao controle pelo mandado de segurança individual ou coletivo, para proteger direito líquido e certo, nos termos dos arts. 5º, LXIX e LXX, da Lei Suprema, e 1º e ss. da Lei nº 12.016/09.

4. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONTRAFACUTAL

A Administração Pública ainda é burocrática prosseguindo com os resquícios de um patrimonialismo extenuante. Após a Emenda Constitucional nº 19/1998, o Poder Público vem tentando convolá-la em Administração eficiente, tendo certo êxito no âmbito da descentralização, pouco avançando, porém, no campo dos entes e órgãos centralizados. Não avança mais – para se emoldurar como eficiente e bem atender ao interesse público – porque mantém o seu gigantismo, já que estruturada por multifários órgãos desnecessários e por um número excessivo de funções e cargos comissionados, muito deles com atribuições superpostas. A Administração atende de modo pouco satisfatório às necessidades gerais e coletivas. Além disso, não implementa as políticas públicas imprescindíveis ao desenvolvimento social, o que em grande parte se deve ao modelo democrático representativo, isto é, à democracia indireta, como foi visto.

A Reforma da Administração Pública promovida pelas Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998, mantém a estrutura burocrática, apresenta nova estrutura para a prestação do serviço público e tenta aproximá-la da Administração gerencial consentânea com a Era hipermoderna. A Reforma teve por meta deixar com a Administração centralizada a prestação dos serviços essencialmente públicos, atribuindo à Administração descentralizada e às pessoas jurídicas de direito privado os serviços não essenciais, assim como os “serviços meios”, por intermédio de delegação, concessão, permissão ou autorização, sem se despojar do controle das atividades administrativas que àquelas pessoas são delegadas, concedidas, permitidas ou autorizadas. Antes da edição das sobreditas Emendas já havia estudo sobre a Administração Pública gerencial. Para sua efetivação passou-se ao combate do patrimonialismo e do burocratismo e à defesa da delegação, *lato sensu*, com posterior cobrança dos resultados. De acordo com o entendimento de Pereira (2006, p. 28):¹¹

10 NOHARA, Irene Patrícia. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Atlas, 2016.

11 PEREIRA, Luís Carlos Bresser. “Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado”. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. 7ª ed. Brasília: Fundação Getúlio Vargas, 2006. pp. 21-38.

Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle de gestores públicos.

A Administração Pública que se aproxima da gerencial, introduzida pelas precitadas Emendas, vem produzindo resultados quase satisfatórios. Não deixa de ter dado um passo de vanguarda com relação aos modelos patrimonialista e burocrático. A Administração Pública atual tem lastro, em parte, na desburocratização, pois vem dando pouca relevância ao cumprimento das formalidades procedimentais impostas pelas leis de regência e sim aos resultados, considerando que o princípio da eficiência restou introduzido no rol do art. 37 da Carta Federal, justamente pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

A Administração Pública contrafactual é o modelo hábil a expurgar o modelo patrimonialista em caráter definitivo, que ainda persiste em determinados setores, e a reduzir ao máximo as formalidades e o emperramento do funcionamento do modelo burocrático. A Administração contrafactual esperada pelos cidadãos e indivíduos participativos é a hipermoderna, traduzida no autêntico modelo gerencial. Trata-se de uma Administração de efetiva prestação do serviço público, que se preocupa com o controle da gestão, por meio de seu poder hierárquico, com o desempenho das atribuições pelos seus servidores, economia de material utilizado e de seus gastos. Nesse modelo de gestão administrativa constata-se o exercício permanente do poder de polícia, exercido interna e externamente. A Administração gerencial conta com o seu serviço público e dos que estão habilitados a coadjuvar nas atividades administrativas. São três setores, assim denominados.

O primeiro setor é o da própria Administração, que exerce as atividades primárias e essenciais para atender aos interesses coletivos pelos seus entes, órgãos e entidades, prestando diretamente o serviço público; o segundo é formado pela iniciativa privada individual ou empresarial, direcionada à atividade econômica lucrativa na indústria e no comércio, atendendo às necessidades secundárias dos indivíduos participativos e, o terceiro, o constituído pelos entes de cooperação ou entidades paraestatais, atualmente denominado terceiro setor, que conta com os serviços sociais autônomos e as entidades da sociedade civil (associações civis ou organizações sociais) que têm por fim auxiliar o primeiro setor (o Estado), no atendimento das diversas facetas do serviço público.

O terceiro setor – representado pelas entidades paraestatais, ou seja, os serviços sociais autônomos e pelas associações civis sem fins lucrativos, fundações privadas, entidades filantrópicas, organizações não governamentais - ONG e pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos – tem por finalidade auxiliar a Administração Pública na prestação de serviços de interesse público. Especificando as entidades do terceiro setor podem ser ressaltados os serviços sociais autônomos, o SENAI, o SENAC, o SESC e o SESI, que se dedicam à assistência e ao ensino a determinadas categorias sociais ou classes profissionais. São pessoas jurídicas sem fins lucrativos. As demais entidades são: as Organizações de Assistência Social - OAS, as Organizações Sociais - OS e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP.

As sobreditas pessoas jurídicas sem fins lucrativos ficam encarregadas de prestar atendimento e assistência social a infantes, a adolescentes, aos idosos, às pessoas carentes, a prestar, gratuitamente, serviços atinentes à saúde, educação, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente – não emoldurados como exclusivos da pessoa jurídica de direito público –, desenvolver atividades de utilidade pública e de interesse coletivo e a promover o atendimento de necessidades assistenciais e educacionais de certos setores empresariais ou categorias profissionais. Sobre o terceiro setor escreve JUSTEN FILHO (2015, p. 314):¹²

Tem sido utilizada a expressão *terceiro setor* para indicar esse segmento, de modo a diferenciá-lo do Estado propriamente dito (primeiro setor) e da iniciativa privada voltada à exploração econômica lucrativa (segundo setor). O terceiro setor é integrado por sujeitos e organizações privadas que se comprometem com a realização de interesses coletivos e a proteção de valores supraindividuais. Enfim, é uma manifestação da sociedade para promover a realização dos direitos fundamentais, especialmente em vista da constatação da insuficiência dos esforços estatais para o atingimento de tais objetivos.

Essas entidades se apresentam, em regra, sob a forma de associação civil ou de fundação privada, comprometendo-se com o Poder Público a desempenhar atividades de atendimento e assistência social, serviços auxiliares pertinentes à saúde e outros de utilidade pública e de interesse coletivo. Os serviços sociais autônomos vêm exercendo suas atividades bem antes de a Administração ser erigida à categoria de gerencial. Desde há muito vêm coadjuvando o Estado a prestar o serviço público. Integrando a Administração gerencial, desempenham bem as atividades administrativas que constitucionalmente foram atribuídas ao primeiro setor que, em realidade, se tornou incapaz de atender às necessidades dos cidadãos e dos indivíduos participativos no mundo da vida hipermoderna.

A Administração Pública menosprezou o crescimento da população e não se preocupou em reduzir os seus gastos para a manutenção dos seus serviços e atender ao interesse geral. Apesar de ser reconhecido como indispensável para coadjuvar a Administração, o terceiro setor acaba por consagrar a incapacidade do Estado – que conta com vultosa arrecadação de impostos – de atender, com o que arrecada, às necessidades dos indivíduos, notadamente às dos que são compelidos a satisfazer toda sorte de exigência tributária. O panorama atual da Administração Pública deixa entrever que ela impescinde do auxílio do terceiro setor, que vem prestando relevantes serviços. Sobre a importância da atuação do terceiro setor, escreve CROVI (2006, p. 3):¹³

Desde otra óptica, el sector público ha advertido que muchas veces resulta impotente para satisfacer todas las necesidades de los ciudadanos y que los particulares tienen generalmente una capacidad de reacción más rápida y eficaz. Las sociedades modernas han abandonado la idea del Estado

12 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

13 CROVI, Luis Daniel. **Régimen Legal de las Asociaciones Civiles**. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

que lo cubre todo y más allá de cualquier explicación teórica sobre “el tercer sector”, hemos visto como, ante desgracias naturales o económicas, las asociaciones civiles han dado respuestas de convocatoria y solidaridad con mayor rapidez que las autoridades de turno. La tarea educativa, cultural, sanitaria (por nombrar algunas) son prestadas con mayor eficiencia por asociaciones civiles o entidades no lucrativas que por el propio Estado, fenómeno que se repite en todo el mundo.

A Administração gerencial, que se deve à Reforma Administrativa, afasta o que não é necessário à organização burocrática. Ela é responsável pela integração das autarquias federais instituídas com o objetivo de disciplinar a comercialização de produtos, fiscalizar a execução e uso dos serviços prestados aos usuários por pessoas jurídicas que atuam onerosamente na indústria ou no comércio de bens e na prestação de serviços de interesse coletivo, vale dizer, as Agências Reguladoras. A Era hipermoderna exige da Administração funcionamento com o mínimo de gasto possível e com maiores e melhores resultados no que tange ao atendimento dos interesses coletivos. A Administração hipermoderna só deve centralizar os serviços próprios das suas atividades, isto é, de interesse público. Sua doutrina com relação aos serviços de utilidade pública é de descentralização.

De outra parte, não mais se justifica a exploração direta de atividades econômicas e de prestação de serviços não essenciais aos indivíduos participativos. Aliás, o art. 173 da Lei Fundamental estabelece que a exploração direta dessas atividades só será admitida quando necessária à segurança nacional ou houver relevante interesse coletivo. Elas só podem ser instituídas como entidades da Administração Pública descentralizada para a realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo de segurança nacional no instrumento de autorização legal, o que limita a “criação” dessas entidades. Não se justifica, igualmente, que empresas estatais sejam subvencionadas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, nem que parte do produto da receita tributária sirva para cobrir o déficit decorrente da má gestão, malversação dos lucros obtidos ou de práticas patrimonialistas, que ainda imperam no âmbito descentralizado das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Por isso, cumprindo a promessa inscrita no § 1º do art. 173 da Constituição Republicana, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998 – que implantou a Reforma Administrativa –, foi editada a Lei nº 13.303/16, denominada Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, regulamentada pelo Decreto nº 8.945/16.

A Lei nº 13.303/16 conceitua as estatais, impõe diversas obrigações, institui sua função social e as submete à fiscalização pelo Estado, ou seja, pelas três esferas de governo e também pela sociedade (arts. 1º a 27 e 85 a 90). Além disso, de acordo com o art. 91, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias, integrantes da Administração Pública descentralizada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que explorem atividades econômicas de produção e comercialização de bens ou de prestação de serviços, devem promover as adaptações dos seus estatutos ao Estatuto Jurídico editado, no prazo de vinte e quatro meses, que se encerrou em 30/06/2018.

De acordo com o que vem sendo noticiado, mesmo após a redação do § 1º do art. 173 da Carta Federal, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, houve um descontrole do Governo Federal no

tocante à instituição de novas estatais. ANTUNES (2017, p. 15)¹⁴ anota que “no Brasil, de acordo com as informações do Ministério do Planejamento, existem atualmente cerca de 140 empresas estatais federais, sendo 57 delas criadas a partir de 2001 (10 empresas públicas e 47 subsidiárias)”. Trata-se de um número assustador de estatais no âmbito federal. A Lei nº 13.303/16 foi editada para servir de limitação, adaptação, fiscalização e controle das empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, exigindo, a partir da sua vigência, que outras só venham a ser constituídas se o projeto de lei indicar o interesse coletivo ou o imperativo de segurança nacional. É tempo de se proceder à sua redução.

A Administração Pública contrafactual ou hipermoderna além de desempenhar a atividade administrativa de regulação econômico-social descentralizadamente, por meio das Agências Reguladoras, está vinculada a: a) exercer a atividade administrativa de fomento; b) prestar contas da sua gestão aos administrados, submetendo-se não só ao controle interno, pelos órgãos competentes, como também externo pelos eleitores (*accountability*); c) considerar as consequências práticas, ou seja, seus efeitos internos e externos, por ocasião da expedição do ato administrativo ou prolação da decisão.

A atividade de fomento público é exercitada na direção da promoção do desenvolvimento social e do bem-estar dos indivíduos participativos, por meio da elaboração de planos nacionais e regionais voltados para o progresso em geral. O fomento administrativo tem supedâneo nos preceptivos inscritos nos arts. 3º, II e III, 21, IX, 43, 170, VII e 174 da Lei Fundamental, que anunciam a preocupação da Administração com a garantia do desenvolvimento nacional, redução das desigualdades sociais e regionais, elaboração e execução de planos nacionais e regionais e ações voltadas para o desenvolvimento econômico e social. O fomento público é um encargo constitucional atribuído à Administração gerencial, consistente na prestação de benefícios para atender interesses das pessoas físicas ou jurídicas, que depois de satisfeitos vão reverter em prol da coletividade. Registra MOREIRA NETO (2006, p. 523):¹⁵ “assim, a função administrativa de fomento público é o estímulo, ministrado direta, imediata e concretamente pela Administração às iniciativas da sociedade, de reconhecido interesse público, oferecida na forma da lei”. DROMI (2009, p. 977),¹⁶ sintetizando, diz que a função administrativa de fomento “*es una actividad de la Administración que trata de ayudar, encauzar y orientar la iniciativa privada cuando ésta se muestra insuficiente*”.

O fomento administrativo nada tem de coercitivo. Observa DROMI (2009, p. 977)¹⁷ que “*mediante el fomento, la Administración persigue los fines públicos sin el empleo de la coacción y sin la realización de prestaciones públicas per se*”. Cogita-se de atividade voluntária e espontânea de auxílio, incentivo e de prestação de benefícios pela Administração, voltada para atender aos interesses dos indivíduos e das pessoas jurídicas para que alvejem o progresso e o desenvolvimento socioeconômico deles próprios, mas que alcançados, vão beneficiar a coletividade. Anota

14 ANTUNES, Gustavo Amorim. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

15 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 523.

16 DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 12ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2009, p. 977.

17 *Ibid.*

JUSTEN FILHO (2015, p. 712)¹⁸ que “a finalidade imediata buscada pelo fomento é o desenvolvimento econômico e social”.

A Administração contrafactual deve se sujeitar a prestar contas da sua gestão aos administrados e se submeter não só ao controle jurisdicional como também ao controle social. Na verdade, quem deve se sujeitar a esse controle, à prestação de contas e à responsabilização interna pelos atos de improbidade é o agente político ou o agente público investido na gestão administrativa. Atualmente denominada *accountability*, a prestação de contas tem lastro no fato de que deve haver controle, fiscalização e responsabilização dos agentes públicos em geral, por ocasião do exercício da gestão administrativa. Cuida-se de um conjunto de abordagens e procedimentos práticos utilizados pelos cidadãos, indivíduos participativos e todos que estiverem interessados no bom desempenho dos agentes por ocasião da prestação do serviço público.

A *accountability* inclui a prestação de contas decorrente do cumprimento do dever de divulgação dos atos administrativos, isto é, a transparência, a responsabilização dos agentes políticos e dos agentes públicos, nos casos de improbidade administrativa previstos na Lei nº 8.429/92, e a responsividade desses mesmos agentes, vale dizer, que respostas eles deram para atender aos interesses coletivos. Alveja resgatar a confiança dos cidadãos e indivíduos participativos nas ações empreendidas pela Administração Pública direcionadas ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento social. Inclui também o resgate da confiança no funcionamento do serviço público e no comportamento dos agentes na gestão administrativa. O seu fim é a preservação de valores republicanos, fazendo com que ditos agentes mantenham uma conduta ética direcionada ao atendimento dos interesses coletivos.

A *accountability* pode ser horizontal, vertical e social.

A *accountability* horizontal é a exercida dentro do próprio Poder Público, vale dizer, internamente. Ela é de índole interna, operando-se reciprocamente entre os Poderes da República, mediante procedimentos de fiscalização, por meio dos órgãos encarregados do controle, com atribuição para supervisionar, decidir e, se for o caso, aplicar sanções aos agentes públicos ou às entidades da Administração, como é o caso do Poder Judiciário no julgamento da ação de improbidade, mandado de segurança, ação civil pública, ação popular e outras; o Tribunal de Contas da União, com relação aos agentes da Administração Pública Federal; e os Tribunais de Contas dos Estados, no que se refere à Administração Estadual e à Administração Municipal, aprovando ou rejeitando as contas prestadas pelo agente político ou pelo agente público durante o exercício do mandato ou da gestão.

A *accountability* vertical é a externa. É empreendida pelos cidadãos, por ocasião das eleições para os cargos políticos. Através do exercício do direito de voto eles premiam ou sancionam o agente político, levando em conta o presente e o seu passado no Parlamento ou na Chefia do Poder ou, ainda nos entes da Administração, depois de observada sua trajetória política ou na ocupação de cargo da alta administração ou, ainda, como membro de Conselho de Administração ou equiva-

18 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

lente. Nesse momento os eleitores com o poder do voto premiam ou sancionam o agente político, depois de ele prestar as contas aos seus representantes, ainda que informalmente, divulgando o que fez durante o mandato eletivo.

A *accountability* social é a exercida pela mídia, pelos meios de comunicação em geral, associações de classe, organizações da sociedade civil e grandes empresas que aprovam ou rejeitam as condutas e o desempenho dos agentes políticos e dos agentes públicos no exercício da gestão administrativa. A *accountability* social, malgrado reconhecida doutrinariamente, não dispõe de instrumentos de controle para funcionar. Com esteio em autor que cuida do tema, MIGUEL (2005 *apud* MONICA, 2016, p. 85)¹⁹ afirma que “a grande questão deste terceiro vetor é que falta a este tipo de *accountability* instrumentos que efetivem sanções aos responsabilizados”.

A relevância da *accountability* consiste exatamente no conjunto de meios institucionais que submetem os agentes políticos e os agentes públicos, em caráter permanente, a responder por seus comportamentos comissivos e omissivos no exercício da gestão pública. Com isso, quando o Estado perflha a democracia deliberativa, a *accountability* aperfeiçoa o funcionamento da Administração Pública hipermoderna, para atender com mais eficiência ao interesse público.

A Administração contrafactual está cada vez mais submetida a observar os princípios constitucionais e infraconstitucionais que norteiam sua atuação na prestação do serviço público. A Lei nº 13.655/18 incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, isto é, no Decreto-lei nº 4.657/42, preceptivos que versam sobre a motivação das decisões, interpretação dos concernentes à gestão pública, revisão da validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, possibilidade de realização de consulta pública para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa, imposição de compensação de benefícios, responsabilidade direta e pessoal do agente público por suas decisões no caso de erro grosseiro, possibilidade de realização de consulta pública para editar atos normativos que não se destinem à sua organização interna e aumento da segurança jurídica das decisões, por meio de regulamentos, edição de súmulas administrativas e respostas a consultas, com efeito vinculante. Trata-se de recomendação legal dirigida às autoridades administrativas, controladoras e judiciais, notadamente às primeiras, para que, ao decidir, considere as consequências internas e externas que do ato advirão. Em outras palavras: o agente público, ao decidir, deve levar em conta os consectários do ato expedido, para que a Administração Pública não venha, por culpa dele – salvo no caso de erro grosseiro –, a indenizar, nos termos dos arts. 37, § 6º, do Pacto Maior e 43, do Código Civil.

As boas intenções legislativas, direcionadas a tornar a Administração Pública mais eficiente, não vêm produzindo os resultados anelados pelos administrados. Não se vê o atendimento do princípio da eficiência. Há tendência de retorno ao modelo burocrático. A Administração não dá solução aos processos administrativos em tempo razoável. Demais disso, apesar de ter se agigantado, mesmo após a edição das Emendas 18, 19 e 20, de 1998 que, há vinte anos, instituíram a Reforma Administrativa, não implementa políticas públicas e deixa de atender às demandas individuais e coletivas. A Administração Pública é um grande monstro, vale dizer, um autêntico Leviatã, que muito pouco atende ao interesse público.

19 MONICA, Eder Fernandes. **Entre Direitos Fundamentais e Democracia**. Niterói: EdUFF, 2016, p. 85.

Se a Administração cresceu demais, com órgãos centralizados e entidades descentralizadas quase que superpostos, com atribuições que se confundem, urge que se proceda a uma nova Reforma Administrativa, não para descentralizar mais e instituir novas entidades, e sim para extinguir, fundir e reduzir órgãos e entidades prescindíveis ao funcionamento do serviço público, com remanejamento de bens integrantes do patrimônio e dos servidores públicos efetivos para outros órgãos e entidades que realmente sejam imprescindíveis. Essa iniciativa reduzirá os gastos públicos. Com a economia que se obterá, a Administração poderá implementar políticas públicas há anos pendentes, bastando que a lei a desvincule das influências políticas.

Por outro lado, o Poder Público deve dar continuidade à Reforma Administrativa iniciada em 1998, quando foram editadas as Emendas Constitucionais 18, 19 e 20. As Emendas Constitucionais posteriores, direcionadas à Administração Pública, não produziram os efeitos esperados e pouco vem beneficiando os administrados. A Administração, que tem autonomia, pode empreender mecanismos jurídico-administrativos diferenciados do que até agora vem empreendendo. Alvitra-se que o dirigente máximo de cada ente, órgão ou entidade pública – que evidentemente se pauta por uma comprovada ética na execução das funções do seu cargo – realize reuniões periódicas com os agentes públicos gestores.

Nas reuniões devem ser debatidos temas referentes à ética e à moralidade no exercício das atividades. Postos em discussão e debatidos, a deliberação conjunta acolhe o compromisso de mudança de comportamento funcional para que repercuta no efetivo atendimento do interesse público e do implemento de políticas públicas, ainda que mínimas, que, no entanto, estejam ao alcance das atribuições dos gestores. Os que não alcançarem as metas delineadas deixarão, sem qualquer ressentimento, os cargos comissionados que ocupam, para que outros assumam e se comprometam, em novas deliberações, a atingi-las. Se a Administração Pública hipermoderna é gerencial, dirigentes e gestores devem empreender os mesmos esforços da iniciativa privada para atingir seus fins.

No âmbito externo podem ser adotados novos paradigmas na gestão pública. A experiência brasileira, desde há muito, vem demonstrando que o modelo democrático representativo, de que trata o art. 1º, § único, da Lei Maior, não mais atende aos interesses da coletividade. A democracia participativa prevista no mesmo preceptivo constitucional, também constante dos arts. 10, 29, XII e XIII, 194, par. único, VII, 198, III, 204, II e 206, VI, destinada a tratar de assuntos de interesse coletivo, não vem produzindo os resultados esperados. As deliberações tomadas nas audiências públicas, quando realizadas, não representam a vontade do povo. Cidadãos e indivíduos participativos são consultados, entretanto a Administração, comumente, traz para a audiência pública o que já decidiu no âmbito interno. Os concernidos são ouvidos, mas a deliberação não é conjunta e não vincula a Administração. Esse modelo democrático se ressentido de uma mudança de paradigma. A facticidade do passado patrimonialista da Administração Pública, que vem se protraindo aos dias coevos, apresentando-se burocrática e pouco gerencial, autoriza a adoção do modelo contrafactual. Os atos administrativos são editados em consonância com a deliberação conjunta decorrente dos entendimentos advindos das ponderações discursivas. Com isso é possível implantar ações administrativas que venham, efetivamente, a atender ao interesse público.

CONCLUSÃO

A Administração patrimonialista endossa o favoritismo, o clientelismo e o nepotismo, por conta do agente público que atua como se estivesse autorizado a eleger o modo de gastar o dinheiro público, sem prestar contas dos seus atos. Deixando de distinguir o público do privado, utilizando o Erário, bens e serviços públicos, sem qualquer parcimônia, ele ofende princípios constitucionais, notadamente o da impessoalidade, dando azo à ineficiência da Administração e consagrando seu comportamento antiético. A Administração burocrática funciona como instrumento de defesa do patrimônio público, afastando a pessoalidade inerente à Administração patrimonialista, por ocasião do preenchimento dos cargos públicos, obstando a pretensão de atendimento dos interesses privados, de classes ou de grupos. Contudo, ela é excessivamente formal, por se preocupar mais com o atendimento das solenidades procedimentais e menos com os resultados obtidos, menosprezando o princípio da eficiência. A Administração burocrática pouco atende aos interesses dos indivíduos. Tendo sido convolada em uma máquina monstruosa, vem servindo para aumentar gastos com funcionários, notadamente comissionados, e desperdiçar material, afora o que vem sendo noticiado de irregular, para não dizer ofensivo à moralidade pública.

Ambos os modelos são factuais, não se coadunando com a Administração hipermoderna, que é contrafactual, vale dizer, contrária àquele modo de atuar e de desempenhar suas atividades. O modelo da Administração contrafactual é o gerencial, com olhar direcionado exclusivamente para os administrados. Nesse modelo todos os atos expedidos pela Administração são dirigidos à obtenção de resultados positivos para a coletividade. Ela é a única capaz de afastar a Administração patrimonialista, que ainda persiste em diversos setores, e de reduzir as formalidades e o funcionamento pouco eficiente da Administração burocrática, tendo em vista que ambas se distanciaram do atendimento do interesse público. E se com todo o esforço a Administração gerencial – que se espelha na administração hipermoderna empreendida pelas pessoas jurídicas de direito privado – não consegue atender ao interesse público, recomenda-se que Administração Pública adote a perspectiva discursiva deliberativa para, enfim, modificar o seu atuar, de modo a atender ao somatório dos interesses coletivos.

A instauração do procedimento discursivo a ser desenvolvido no seu âmbito tem inteira aplicação à Administração Pública contrafactual. A teoria discursiva no modelo democrático deliberativo concilia os interesses da Administração com os interesses dos cidadãos. A perspectiva discursiva deliberativa é capaz de afastar a hiperdiscricionariedade, a omissão no implemento de políticas públicas, os modelos patrimonialista e burocrático e aproveitar os discursos e debates desenvolvidos na audiência pública e direcionados no mesmo sentido para, através do consenso e, sendo o caso, aperfeiçoar o modelo gerencial – que até então vem produzindo resultados pouco satisfatórios –, ou instituir um novo modelo, tudo em prol dos destinatários das ações administrativas.

Concedido aos cidadãos espaço de tempo e de lugar – para que possam apresentar as reivindicações de interesse geral e debater –, o consenso é alcançado. O êxito provém dessa oportunidade, que é insita ao procedimento democrático participativo pleno. O resultado positivo deste é oriundo do direcionamento das pretensões ao consenso, obtido pela ética discursiva, que por sua vez se funda na razão moderna, o que dá legitimidade à autoridade administrativa para emitir os

atos referentes ao que foi deliberado, conciliando os interesses que poderiam entrar em conflito. Consoante entendimento de HABERMAS (2003, p. 319)²⁰ “a legitimidade do direito positivo não deriva mais de um direito moral superior: porém ele pode consegui-la através de um processo de formação da opinião e da vontade, que se presume racional”.

A Administração Pública não pode se olvidar de que a parcela de poder que ela detém emana do povo. Para este, o poder está dirigido. Além disso, deve estar à disposição de todos, bastando que funcione com respeito aos precitados princípios para o atendimento do somatório dos interesses coletivos. O poder vem do povo que o exerce para o atendimento das pretensões envolvendo direitos e interesses de todos, como dispõe o art. 1º, § único, da Carta Política. O exercício desse poder há que contar com a participação dos cidadãos. A participação socializa o poder, instituindo-se um regime democrático diferenciado, para a elaboração de um projeto político. Cabe destacar anotação de ARAMOUNI (2000, p. 319):²¹

De allí que los cambios fundamentales que exige nuestra sociedad no se hayan aún puesto en marcha, ya que para la generación de dichos cambios es necesaria la creación de un nuevo régimen democrático donde la socialización del poder posibilite la plena participación del pueblo organizado, no sólo en la elaboración de un proyecto político, como se quiere reducir a veces la participación popular; sino también en la elaboración de un proyecto global de vida.

Não há mais lugar para o acolhimento de uma democracia simplesmente representativa na Administração contemporânea. Carências e necessidades são reclamadas pelo povo, que carrega o fardo de normas impostas pelo Poder Público, que sequer consulta seus destinatários para que se manifestem acerca das prioridades coletivas. Por isso HABERMAS (2003, pp. 114-115)²² ao tratar da soberania popular anota:

O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade.

A invocação do referencial habermasiano fundamenta a discussão da perspectiva contrafactual, apta a romper com as patologias referidas – no caso os modelos patrimonialista e burocrático –, que há anos vem corroendo a saúde da Administração Pública. No contributo de HABER-

20 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**, vol. II. Tradução de Flávio Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

21 ARAMOUNI, Alberto. **Derecho Municipal**. Buenos Aires: Némesis, 2000, p. 319.

22 HABERMAS, Jürgen **Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade**, vol. I. Tradução de Flávio Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MAS são adotados parâmetros para o exercício de uma cidadania ativa que pode dialogar com a Administração, no contexto de uma democracia deliberativa. A mudança paradigmática da gestão pública faz com que a Administração, prestigiando a cidadania, através da partilha da direção de novos caminhos, beneficie todos os cidadãos e indivíduos, tenham ou não participado do procedimento discursivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. **Improbidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ANTUNES, Gustavo Amorim. **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAMOUNI, Alberto. *Derecho Municipal*. Buenos Aires: Némesis, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Administração Pública, Ética e Desenvolvimento**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade**. 14ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAMPANHOLE, Adriano; CAPANHOLE, Hilton Lobo. **Todas as Constituições do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1976.

CROVI, Luis Daniel. *Régimen Legal de las Asociaciones Civiles*. Buenos Aires: LexisNexis, 2006.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da Democracia**. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

D'ARGENIO, Inés. *La Administración Pública Crisis del Sistema Autoritario*. La Plata: Librería Editora Platense, 2012.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 12ª ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2009.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Globo, 2008.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, vol. I. Tradução de Flávio Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, vol. II. Tradução de Flávio Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HANSEN, Gilvan Luiz. *Modernidade, Utopia e Trabalho*. Londrina: Cefil, 1999.

HANSEN, Gilvan Luiz; FARIA, Maria Leonor Veiga. *Curso de Gestão Pública*. Niterói: Eduff, 2010.

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

LIPOVETSKY, Gilles. *Os Tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONICA, Eder Fernandes. *Entre Direitos Fundamentais e Democracia*. Niterói: EdUFF, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. “Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado”. In: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). *Reforma do Estado e*

Administração Pública Gerencial. 7ª ed. Brasília: Fundação Getúlio Vargas, 2006. pp. 21-38.

PEREIRA, Luís Carlos Bresser. “Da administração pública burocrática à gerencial”. *In*: PEREIRA, Luís Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. pp. 237-270.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. “A Democracia Deliberativa e a Gestão Democrática da Cidade – Consoante Entendimento Jusfilosófico Habermasiano”. **Revista da EMERJ,** Rio de Janeiro, vol. 13, n. 52, pp. 69-94, 2010.

_____. “Ética e Moralidade discursiva como Limite da Hiperdiscrecionalidade da Administração Pública”. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,** Rio de Janeiro, n. 109, pp. 13-36, 2017.

WEBER, Max. **Sociologia.** 7ª ed. São Paulo: Ática, 2006.