

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” CENTRO
UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

ARAI DE MENDONÇA BRAZÃO

**LIMITES CONSTITUCIONAIS À INCIDÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

MARÍLIA, 2020

ARAI DE MENDONÇA BRAZÃO

**LIMITES CONSTITUCIONAIS À INCIDÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado).

Orientador: Prof. Dr. César Augusto Luiz Leonardo.

MARÍLIA, 2020

ARAI DE MENDONÇA BRAZÃO

**LIMITES CONSTITUCIONAIS À INCIDÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. César Augusto Luiz Leonardo

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

Marília, ____ de _____ de 2020.

AGRADECIMENTOS

Melhor que iniciar um percurso de construção intelectual, humana e científica, é concluí-lo. Sobretudo, tendo a certeza de que sempre estive rodeado de pessoas valiosas e que foram mais que importantes, foram essências para que tudo acontecesse. Necessário se faz reconhecer que, mesmo diante de todas as dificuldades, há muito o que agradecer nesse momento.

De maneira única, à minha família. Minha esposa Carolina Mori Mendonça, com a qual compartilhei não apenas esse momento de formação educacional, mas venho compartilhando a vida e os sonhos.

Em falar em sonho, agradeço ao meu filho, Pedro Mori Mendonça Brazão, que está presente nessa conquista e em todas as batalhas de nossas vidas, muito embora seja ele a nossa conquista mais especial.

Aos meus pais, Irene Félix de Mendonça Brazão e Arai Caldeira Brazão. Primeiro, por permitirem que esteja aqui, hoje. Segundo, por terem sido os responsáveis por toda minha bagagem educativa, seja ela moral ou escolar. Por fim, por sempre estarem ao meu, apoiando-me e sendo força vitalícia.

À minha equipe Araí Mendonça Brazão Advogados e clientes-amigos, seja pelas conversas, seja pelo incentivo ou pelo café.

Agradeço ao Centro Universitário Eurípides de Marília, que por meio do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do UNIVEM, contribuíram piamente para a configuração desse título. De maneira singela, mas com afeto, ao meu orientador Professor Doutor César Augusto Luiz Leonardo, que, generosamente, compartilhou todo seu conhecimento comigo, acreditando nesse trabalho.

Por fim, a todas e todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para que esse processo se concretizasse: MEU MUITO OBRIGADO.

RESUMO

Ao se falar em corrupção e malversação de dinheiro, não se pode deixar de falar improbidade administrativa, uma vez que a intersecção desses mecanismos está inteiramente ligada à conduta dos agentes públicos e terceiros a eles conectados. A improbidade Administrativa, prevista inicialmente no §4º, do artigo 37, da Constituição Federal, foi conformada na legislação infraconstitucional pela Lei 8.429, de 02 de junho de 1992. No entanto, essa Lei deixou lacunas em sua configuração, impossibilitando clareza interpretativa. Dessa forma, o trabalho terá como objetivo geral a identificação dos limites constitucionais da aplicação da lei, levando-se em consideração os direitos fundamentais que refreiam o poder punitivo do Estado. Para tanto, necessário se faz observar premissa da gravidade das sanções aplicadas pela lei para, conseqüentemente, atribuir critérios na sua aplicação, de modo a identificar os requisitos para imputação do ato de improbidade administrativa, bem como as garantias aplicáveis ao processo, de maneira a respeitar a natureza do instituto como integrante do direito punitivo. A construção do trabalho se dará em três capítulos: o primeiro trazendo contextualizando a Administração Pública na contemporaneidade, discorrendo sobre a corrupção na seara pública e demonstrando a evolução da legislação atinente ao combate à corrupção; o segundo faz a conceitualização do ato de improbidade, demonstrando os requisitos essenciais do instituto; e o último, de ordem analítica, trabalha os limites da improbidade Administrativa. Portanto, o presente estudo pretende, a partir da utilização de critérios científicos, extraídos da Constituição Federal, e utilizando os métodos dedutivo, histórico e comparativo, o estabelecimento dos limites estatais e constitucionais para a imputação e processamento da improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbabilidade Administrativa; Limites Constitucionais; Garantias Fundamentais.

ABSTRACT

When talking about corruption and embezzlement of money, one cannot help talking about administrative improbity, since the intersection of these mechanisms is entirely linked to the conduct of public agents and third parties connected to them. Administrative improbity, initially foreseen in paragraph 4, of article 37, of the Federal Constitution, was conformed in the infraconstitutional legislation by Law 8,429, of June 2, 1992. However, this Law left gaps in its configuration, making interpretive clarity impossible. In this way, the work will have as a general objective the identification of the constitutional limits of the application of the law, taking into account the fundamental rights that curb the punitive power of the State. Therefore, it is necessary to observe the premise of the severity of the sanctions applied by the law to, consequently, assign criteria in its application, in order to identify the requirements for imputing the act of administrative impropriety, as well as the guarantees applicable to the process, in order to respect the nature of the institute as an integral part of punitive law. The construction of the work will take place in three chapters: the first bringing the Public Administration into context in contemporary times, discussing the corruption in the public arena and demonstrating the evolution of legislation regarding the fight against corruption; the second conceptualizes the act of improbity, demonstrating the essential requirements of the institute; and the last, of an analytical order, works the limits of Administrative improbity. Therefore, the present study intends, based on the use of scientific criteria, extracted from the Federal Constitution, and using deductive, historical and comparative methods, the establishment of state and constitutional limits for the imputation and processing of administrative improbity.

Keywords: Administrative improbability; Constitutional limits; Fundamental Warranties.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CORRUPÇÃO	10
1.1 A administração pública no estado democrático de direito.....	10
1.2 Corrupção	20
1.3 Evolução legislativa das normas de combate à improbidade	23
1.3.1. O cenário normativo desde a Constituição Federal de 1988	27
CAPÍTULO II – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA ESTRUTURAÇÃO ...	38
2.1 Improbidade administrativa e bem jurídico tutelado.....	38
2.1.1 Modalidades de improbidade administrativa.....	41
2.2 Elementos do ato de improbidade	55
2.2.1 Tipicidade, elemento subjetivo, má-fé ou desonestidade.	60
CAPÍTULO III – LIMITES À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	73
3.1 Considerações sobre a natureza jurídica do ato de improbidade.....	73
3.2 A pretensão punitiva do Estado e suas implicações	79
3.3 Princípios ou garantias aplicáveis à ação de improbidade administrativa.....	83
3.3.1 Devido processo legal.....	84
3.3.2 Presunção de inocência.....	87
3.3.3 Justa causa	92
3.3.4 Imparcialidade	93
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	96
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

A ação de improbidade administrativa é, hoje, um dos mecanismos mais utilizados para o combate a corrupção e malversação do dinheiro público. Com previsão no artigo 37, § 4º, a improbidade ganhou regulamentação pela Lei 8.429, de 02 de junho de 1992, que, em muitos aspectos, não se mostrou muito clara.

A norma estabeleceu aspectos gerais sobre a improbidade e, por isso, foi considerada como um Código Geral de Conduta de todos os agentes públicos brasileiros, com a cominação de sanções às condutas transgressoras. Estabeleceu a regulamentação do instituto da improbidade, mas deixou de descrever o seu regime jurídico e outras peculiaridades, como a definição do ato, natureza jurídica da improbidade, requisitos essenciais.

Apesar de inovadora e rompedora de paradigmas no sistema brasileiro, a vagueza conceitual da Lei de Improbidade Administrativa gerou inúmeras discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial, o que de certa forma traz instabilidade em sua aplicação.

O instituto da improbidade administrativa se mostra como uma das ferramentas essenciais na regulação do setor público brasileiro, tão aviltado e desmoralizado por incontáveis escândalos, sendo sua essência atrelada ao combate à corrupção e práticas desleais, que, apesar de presentes em todos os povos, ganha especial agravamento nos países subdesenvolvidos, onde tais práticas ainda são consideradas aceitáveis no meio político, e até como uma forma de se fazer fluir as negociações.

Entretanto, partindo-se da premissa da gravidade das sanções aplicadas pela lei, faz-se necessária a observância de critérios na sua aplicação, de modo a identificar os requisitos para imputação do ato de improbidade administrativa, bem como as garantias aplicáveis ao processo, de maneira a respeitar a natureza do instituto.

Estes aspectos, em nosso entender, são carentes de definição o que faz com que a lei seja aplicada para situações totalmente diferentes, abrindo margem para subjetivismos em sua interpretação e aplicação o que, por via de consequência, traz uma insegurança jurídica àqueles que estão sob a égide da lei.

Ainda há, neste setor, deficiência nas definições jurídicas do instituto e estabelecimento de limites à aplicação da lei n. 8.429/92. Por isso, o trabalho terá como objetivo geral a identificação destes limites, levando-se em consideração os direitos fundamentais que refreiam o poder punitivo do Estado.

Num estado democrático de direito, como o estabelecido pela Constituição Federal de 1988, não se pode ignorar que a existência de direitos fundamentais tem como escopo não só dimensão positiva, no sentido de obrigar o Estado a uma prestação, garantindo e efetivando a dignidade da pessoa humana, como também a dimensão negativa, no sentido de limitar o poder estatal, evitando-se abusos no sancionamento e invasão das liberdades públicas e pessoais.

A existência de regras pré-determinadas no processo punitivo, garantias, e mecanismos para se assegurar o cumprimento destas é essencial ao bom funcionamento da democracia.

No caso da improbidade administrativa, tem-se dificuldade no estabelecimento desse sistema limitador na aplicação da lei, por conta, inicialmente, de ausência de definição por parte do legislador, que preferiu a construção de uma lei com conceitos abertos, com estrutura jurídica sem definição certa, deixando a cargo da construção doutrinária e jurisprudencial.

Entretantes, a ciência jurídica comporta divergências interpretativas das mais variadas formas, o que dificulta um consenso sobre os princípios, regras e garantias aplicáveis à improbidade administrativa.

Seguindo essa linha de pensamento, o estudo busca trabalhar o instituto da improbidade administrativa, aprofundando aqueles já formulados. Para tanto, por intermédio do método dedutivo; como metodologia básica, e dos métodos histórico e comparativo; como auxiliares, o presente trabalho busca, além do exposto, analisar os critérios e limites para aplicação da Lei n. 8.429/92.

Para melhor explicar o tema proposto, o trabalho será dividido em três capítulos, sendo que o primeiro fará uma incursão nos aspectos históricos do combate à corrupção no ordenamento brasileiro e evolução normativa da improbidade administrativa, culminando com a previsão expressa na Constituição Federal de 1988, posterior conformação por meio da Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992.

Na sequência, o capítulo segundo fará considerações sobre a conceituação, uma vez que a lei n. 8.429/92 não trouxe todas as definições, seguindo para a descrição dos seus requisitos essenciais e elementos, chegando à definição da natureza jurídica do ato e também da ação de improbidade administrativa.

A partir da análise desta parte estrutural da improbidade, o terceiro capítulo traz a análise dos limites a serem respeitados para aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, extraídos da Constituição Federal de 1988, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, em sua dimensão negativa, que busca estabelecer limites ao poder estatal, identificando uma estrutura e sistemática própria para o instituto e sua aplicação com

razoabilidade e proporcionalidade, evitando abusos no sancionamento e banalização da lei, buscando o justo processamento e punição do infrator.

Portanto, o presente estudo pretende, a partir da utilização de critérios científicos, extraídos da Constituição Federal, o estabelecimento dos limites para a imputação e processamento da improbidade administrativa.

CAPÍTULO I - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CORRUPÇÃO

1.1 A administração pública no estado democrático de direito

Com a revolução Francesa (1789-1799), os poderes constituídos do Estado sofrem uma mudança estrutural. Com o desenvolvimento da teoria da separação de poderes de forma tripartite, idealizada anteriormente por Charles-Louis de Secondant, o barão de Brède Montesquieu (1689-1755) desenvolve que há funções bem definidas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo eles independentes e harmônicos entre si¹.

A separação dos poderes foi essencial para a democracia, uma vez que, como a força central até então emanava do Rei, a criação do Poder Legislativo vinculou os súditos à lei, e o Poder Judiciário retirara do monarca o poder de julgar.

Esse equilíbrio de forças acabou por aniquilar o Estado Absolutista, em que o poder centralizado do monarca subjugava o cidadão. Com o fim do arbítrio que constituía a base do governo, surgiram os princípios da legalidade, a soberania do povo e a separação de poderes como fundamentos de outras formas de governos, subordinados à lei.

Nesta esteira, a liberdade normativa passou a ser fundamento de manutenção dos atos públicos, que passaram a ser vinculados à lei. Foi pela legalidade que o Poder Público, antes exercido de forma arbitrária e subordinado somente à consciência do déspota, passou a conviver com limites, para evitar abusos.

Ainda naquela época, o Poder Executivo tinha participação no processo de formação da lei, com poder de veto suspensivo, escolhendo, portanto, a legalidade que pretendia seguir².

A partir dos ideais de John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Immanuel Kant (1724-1804), ocorre a supremacia do Poder Legislativo, com inversão de valores e conceitos, de modo que a lei, pronunciada pelos representantes no Parlamento, conduzia aos atos públicos³. Era por meio das leis desenvolvidas pelo Poder Legislativo que o

¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*. Limites de Instauração. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 01.

² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*, cit., p. 02.

³ Nesta Perspectiva, o Estado passa a ter competências e atribuições bem delimitadas, sendo que o melhor instrumento para ordenar estes regramentos sobre competências e atribuições – e para assegurar os direitos individuais de uma maneira neutra e racional – é a lei, que pode ser caracterizada como uma regra geral (norma geral) que surge com o consentimento do povo – por meio do sistema representativo – em um procedimento caracterizado pela discussão e pela publicidade. (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática* 0 uma

Poder Executivo era regrado, postando seus membros não mais como senhores do povo, mas como seus oficiais⁴.

Diferenciando os três poderes, Immanuel Kant⁵ evidencia que eles não podem adentrar nos espaços determinados um do outro, devendo o Estado ficar dentro das leis da liberdade, que possuem autoridade natural, vedado a qualquer um se opor à vontade do legislador. Essa tendência da lei como vontade suprema do povo se estendeu no século XIX e início do XX, quando os Poderes Executivo e Judiciário não podiam invadir ou extrapolar o texto legal, antes definido pelo Poder Legislativo. No sistema liberal adotado pela França pós-revolução, o Judiciário passou a ter papel tímido, no qual o juiz é proibido de interpretar a lei, cingindo-se em aplicar a norma ao caso concreto. Há uma restrição a qualquer atividade criativa, prestigiando a vontade do legislador. Isso porque os revolucionários burgueses viam na lei o instrumento de contenção do antigo regime monárquico, sendo o Judiciário um aliado deste, que precisava ser neutralizado.

Assim, nesta primeira fase do Direito Público, o rei era considerado o chefe do recente Poder Executivo, contudo, limitado pela lei, que, por sua vez, era criada pelo Poder Legislativo, livre e autônomo. A vinculação da Administração Pública à lei representa grande avanço para o Direito Público, visto que os administrados deixaram de se submeter à discricionariedade exacerbada ou vinculada somente ao livre-arbítrio imotivado do soberano, passando a se submeter às regras legais⁶.

Constata-se, aqui, portanto, que a Administração Pública e demais Poderes constituídos, para se movimentarem, são obrigados a elaborar seus atos dentro da esfera de outorga da lei, como sua condição de validade. Já o indivíduo gozava de plena autonomia, no sentido de que poderia fazer tudo aquilo não restrito em lei. Acreditava-se, no modelo liberal, na capacidade de auto-organização e regulação do mercado, sendo desnecessária a intervenção do Estado, limitado pela lei e direitos individuais negativos.

Com o passar do tempo e pela constatação de que o Estado Liberal, apenas havia substituído a classe dominante – agora os burgueses – que mantinham os privilégios e controle da máquina estatal, ditando as normas a serem produzidas, com uma Constituição que disciplinava somente o poder estatal e os direitos individuais. Surge um novo modelo,

Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 10)

⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*, cit., p. 02

⁵ KANT, Immanuel. *La metafísica de los costumbres*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999, § 46, p. 149.

⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*, cit., p. 03.

denominado Estado de Bem-Estar Social, no qual a Constituição passa a levar em consideração o sentido, fins, princípios políticos e ideologia, assumindo conteúdo político, cujo princípio da igualdade deixa de ser compreendido meramente sob a perspectiva formal para converter-se em elemento material⁷.

No cenário pós Primeira Guerra Mundial, deixa-se de lado a noção liberal do Estado de Direito, e a Constituição do Estado Social não configura mais um mero registro das relações de poder vigentes, assumindo uma estrutura programática, cuja realização depende da atuação política. Esse momento se identifica com a Constituição de Weimar.

Essa programaticidade acabou por dissolver o conceito jurídico de Constituição, porém, essa noção política de Constituição, representada pelos direitos sociais, sofre reações, abrindo caminho para discussões sobre o resgate e uma revalorização da normatividade do texto constitucional, no sentido de que deixasse de ser concebido somente como direções a serem observadas pelo legislador. Os direitos sociais deveriam ser entendidos como normas jurídicas a serem aplicados pelos Tribunais⁸.

No cenário pós Segunda Guerra Mundial, portanto, evidencia-se, então, a passagem para o Estado Democrático de Direito, com o fortalecimento da ideia de direitos fundamentais, e a Constituição assumindo uma função principiológica, com normas abertas.

O Estado liberal pós-revolucionário, fortemente caracterizado pelo abstencionismo estatal em favor da liberdade e da autonomia dos indivíduos, era visto como uma ameaça aos direitos fundamentais, recentemente conquistados pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Em razão das desigualdades geradas pelo abstencionismo estatal, sentiu-se a necessidade de intervenção do Poder Público nas relações econômicas e sociais, como forma de repressão aos abusos dos mais fortes sobre os mais fracos.

A característica fundamental da passagem do Estado liberal para o Estado Social é a substituição da forma autoritária da Administração para a consensual, em que se deixa de lado os atos unilaterais de imposição para utilizar instrumentos consensuais, como os contratos, para satisfação das necessidades públicas.

Nessa fase, há a passagem do “Estado Legislativo”, vinculado somente à lei, para o “Estado Constitucional”, com uma nova forma de pensar o direito, que reflete, por evidência, na Administração. Há uma constitucionalização do ordenamento jurídico, na medida em que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais, com superioridade hierárquica. Essa

⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*, cit., p. 30-31.

⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta*, cit., p. 36-37

forma de pensar o direito não significa apenas a introdução de uma Constituição em determinado ordenamento jurídico ou de verificar a adequação formal da legislação infraconstitucional às normas constitucionais, mas também da tendência dinâmica de descrição do processo de transformação do ordenamento jurídico à luz da Constituição.

A Constituição passa a ser encarada como norma, e não mera declaração, com força vinculante e aplicação direta, subordinando as normas legais a uma interpretação conforme e influenciando o cenário político⁹.

Na visão proposta, os princípios constitucionais permitem uma expansão da incidência da Constituição, uma vez que seus comandos normativos são abertos e imprecisos; são aplicados de forma distinta das regras, na lógica da subsunção ou do “tudo ou nada”, utilizando os critérios de ponderação nos conflitos ou choques de princípios.

Nesse processo de constitucionalização do ordenamento, com a Constituição tornando-se fundamento de validade dos diversos ramos do Direito, há uma relativização da dicotomia entre direito público e privado.

A concepção liberal do Direito Administrativo, calcada nos ideais burgueses da separação entre o Estado e a sociedade, cede lugar para o ideal democrático das sociedades plurais contemporâneas, em que a atuação da Administração Pública deve não só respeitar, como promover os direitos e valores constitucionais, com processos abertos à participação dos cidadãos.

Enquanto no Estado de Direito a Administração Pública se submetia à legalidade, no Estado Democrático de Direito, além do respeito à Constituição, deve a atividade administrativa pautar-se por uma legitimidade reforçada. Se antes se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje se exige o respeito aos direitos fundamentais.

Pela constitucionalização do Direito, tornou-se possível um maior controle dos atos públicos, por parte do Poder Judiciário, sob o argumento de manter a eficácia normativa dos princípios constitucionais, não caracterizando, para muitos, uma ingerência de um poder sobre outro. Assim, o controle dos atos administrativos, em especial os discricionários, que antes era considerado proibido, passou a ser permitido com base e fundamento na Constituição Federal.

⁹ Ricardo Guastini diz que a constitucionalização do ordenamento jurídico depende da satisfação de uma série de condições, apontadas exemplificadamente: a) Constituição rígida; b) garantia jurisdicional da Constituição (controle de constitucionalidade das leis); c) força vinculante da Constituição (a Constituição é encarada como norma jurídica e não apenas como mera declaração programática); d) “superinterpretação” da Constituição ((os princípios constitucionais, ao invés de normas – *rectius*: regras – precisas, permite solucionar todas as controvérsias porventura existentes) e) aplicação direta das normas constitucionais; f) interpretação conforme da legislação ordinária; e g) influência da Constituição sobre as relações políticas. (GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. 1ª Ed. México)

E mais, o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios constitucionais, de sua autoaplicabilidade e máxima efetividade, entendeu-se possível ainda a concessão de tutela jurisdicional para obrigar o Poder Público a implementá-los.

Houve uma profunda evolução do significado e do valor da Constituição, que acompanhou a mudança do modelo de Estado.

A legitimidade do direito administrativo, além de exigir o respeito aos direitos fundamentais, relaciona-se com a democratização da atuação administrativa. A Administração pública contemporânea se posiciona na interface entre o Estado e a sociedade, que exige resposta às demandas. No âmbito da efetivação dos direitos fundamentais, exige-se dela uma posição proativa, por meio das prestações positivas e a interpretação do direito administrativo sempre em favor dos direitos fundamentais. A realização desses direitos, por vezes, pode exigir uma omissão por parte do Estado¹⁰ ou ensejar o desempenho de atividades outras, diversas dos serviços públicos, como a intervenção na economia.

A consagração da noção de Estado de Direito por um texto constitucional tem dupla finalidade: a imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos.¹¹ Essa garantia está atrelada a prestações positivas que os cidadãos podem exigir do poder público, visando a concretização dos direitos fundamentais.

José Joaquim Gomes Canotilho diz que a consagração constitucional da noção de democracia (Estado Democrático de Direito) tem a finalidade de erigi-la a um princípio informador do Estado e da sociedade, assevera que o sentido constitucional desse princípio é a democratização da democracia, ou seja, a condução e propagação do ideal democrático para além das fronteiras do território político¹².

Ainda, o autor diz que a democratização da administração pode se manifestar: (i) na substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por forma de deliberação colegiada; (ii) introdução do voto na seleção das pessoas a quem foram confiados cargos de direção individual;

¹⁰ Segundo Robert Alexy, tais omissões estatais configuram direitos de defesa, entendidos como “direitos do cidadão frente ao Estado a ações negativas do Estado”, os quais se dividem em três grupos: (i) direitos a que o Estado não impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito; (ii) direitos a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito, e (iii) direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 189). De natureza diversa são os direitos de proteção, os quais não configuram omissões, mas autênticos “direitos a prestações positivas do Estado”, a quem compete encarregar-se de que terceiros omitam intervenções (Ibid., p. 441). Assevera o autor que “os direitos a ações negativas impõem limites ao Estado na busca de seus fins”, ao passo que “os direitos a ações positivas impõem ao Estado a busca de determinados objetivos (Ibid., p. 429-420).

¹¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*, cit., p. 31

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 421.

(iii) participação paritária de todos os elementos que exercem a sua atividade em determinados setores da Administração; (iv) transparência ou publicidade do processo administrativo e (v) gestão participada, que consiste na participação dos cidadãos por meio de organizações populares e outras formas de representação na gestão¹³.

Na esteira do que vem sendo exposto, não se pode deixar de dizer que a Constituição Federal de 1988 seguiu esse caminho, pautando por uma maior participação dos cidadãos na esfera pública, iniciando a democratização administrativa por intermédio da participação popular.

A ideia de democracia participativa corresponde a um processo de estrutura de decisões com a participação efetiva dos cidadãos. Ela tem relação direta com a atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos, diminuição da discricionariedade e práticas consensuais no conflito de interesses. O Estado busca a maior introdução da sociedade na sua esfera de decisão e condução das políticas públicas, atraindo para o campo do aparato estatal o maior número de interesses sociais, garantindo sua defesa.

No contexto da Administração Pública Democrática, entende-se que da participação administrativa decorrem efeitos positivos, como a adoção de mecanismos que ensejam maior publicidade e transparência na condução de assuntos atinentes à coletividade; possibilita aos cidadãos maior e melhor informação das diretrizes dos órgãos administrativos; e possibilita espaços de negociação, com reciprocidade de concessões.

Há uma aproximação do poder com a sociedade, em substituição à separação que serviu de base para construção liberal. Também se pode dizer que há uma busca pela concretização dos direitos fundamentais, conforme as demandas e necessidades da sociedade.

Os direitos fundamentais são direitos históricos, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades, de modo gradual, e dessa evolução que se constatou o surgimento de fases, gerações ou dimensões.

Diz-se hoje que existem ao menos três dimensões ou gerações de direitos fundamentais, havendo posições defendendo a existência de uma quarta e quinta¹⁴.

Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão nasceram do pensamento liberal do século XVIII, com caráter individualista, exigindo uma abstenção do Estado.

¹³ Ibid., p. 443.

¹⁴ O termo geração foi pela primeira vez utilizado por Karel Vasak, em 1979, tendo como sentido somente demonstrar a evolução histórica dos direitos fundamentais. Em oposição a essa terminologia, surgiu a expressão dimensão, que passa a ideia de que novos direitos são acrescidos aos demais. À guisa da discussão entre geração ou dimensão, foi Norberto Bobbio quem consagrou a ideia sobre as três fases do desenvolvimento dos direitos do homem, que são as três gerações ou dimensões clássicas dos direitos fundamentais. (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32)

Englobam o direito à vida, liberdade, propriedade, igualdade, participação política, dentre outros, que são taxados como direitos civis e políticos.

Nos direitos fundamentais de segunda geração estão incluídos os direitos sociais, culturais e econômicos, desenvolvidos no século XIX, a partir do entendimento de que a existência formal dos direitos à liberdade e igualdade, não implicavam na sua concretização, ou seja, na realização do ponto de vista substancial.

Para a realização desses direitos fundamentais de caráter social, seriam necessárias intervenções ativas ou prestações por parte do Estado¹⁵, na luta do que se denominou de Justiça Social.

Os direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão são conhecidos por expressarem valores atinentes à solidariedade e à fraternidade¹⁶. São constituídos em torno da titularidade difusa ou coletiva de certo elenco de direitos, fruto de reivindicações e destinados à proteção de grupos humanos, povos, nações, coletividades regionais ou étnicas. Nasceram na segunda metade do século XX, a partir de reflexões sobre assuntos como desenvolvimento, meio ambiente e paz, conservação e utilização do patrimônio comum da humanidade – histórico e cultural, autodeterminação dos povos, qualidade de vida, comunicação, dentre outros.

Na busca pela efetivação ou concretização dos direitos fundamentais, na forma proposta pelo Estado Social de Direitos, o Estado se posiciona como seu promotor e garantidor, por meio de seu aparato administrativo, de maneira a realizar um dos valores fundamentais da República Federativa do Brasil, que é a dignidade da pessoa humana (inciso III do artigo 2º, da Constituição Federal de 1988).

Nessa visão proposta, a alegação de falta de recursos não poderia ser obstáculo para efetivação dos direitos sociais pela via direta da prestação de serviços públicos, não podendo o Estado se isentar de suas responsabilidades nesse campo¹⁷.

¹⁵ Ingo Wolfgang Salet diz que os direitos fundamentais de segunda dimensão “não englobam apenas os direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado”. Alerta o autor ainda que tais direitos abrangem “bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho ‘positivo’ possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018, p. 53)

¹⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho registra que “a primeira dimensão seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 57)

¹⁷ Essa é uma posição muito difundida na atualidade, muito embora deva ser analisada com ressalvas. Apesar de não ser o escopo do presente trabalho, a problemática da concretização ou aplicação dos direitos fundamentais, no sistema brasileiro esbarra na doutrina da reserva do possível. Esta, por sua vez, evoca os difíceis ajuste e equilíbrio da razoabilidade da pretensão dos indivíduos frente ao Estado e a existência de disponibilidade financeira pública,

José Ortiz Diaz discorre que a denominação “Estado Constitucional”, sobretudo na doutrina alemã, tem relação com o modelo de Estado em que a Constituição alcança primazia, prevalecendo em face do todo e em relação aos fins estatais¹⁸. Neste cenário de Estado Constitucional, os fins estatais são concretizados com a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente pelas Administrações Públicas¹⁹.

É por meio da função administrativa que se dá a concretização dos direitos fundamentais, com a implementação das políticas públicas. Neste viés democrático, os indivíduos e organizações da sociedade civil teriam o direito de pleitear a Administração Pública à concretização dos direitos fundamentais. As obrigações administrativas que dão respostas às reivindicações estariam baseadas em competências e procedimentos fixados em lei.

Para tanto, necessário se faz que a Administração Pública tenha organização e funcionamento preparados para atender elevado grau de realização dos direitos fundamentais.

Tem-se a ideia de que a Administração Pública se encontra a serviço do cidadão, da coletividade, sendo seu papel central realização do interesse público, não se confundindo, aqui, com interesse da Administração, mas na forma supra proposta.

A efetivação dos direitos sociais depende, portanto, dessa ação administrativa, que não equivale necessariamente a uma prestação de serviço público, mas de qualquer atividade que compõe a dinâmica da Administração.

A autoaplicabilidade dos direitos fundamentais é questão de destaque no Estado Democrático de Direitos, transformando a posição da Administração Pública, no sentido de obrigá-la a assumir o protagonismo na concretização daqueles.

para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas. Nesse assunto, importante traçar a evolução no direito brasileiro no campo do controle judicial das políticas públicas, lançadas pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45 MC/DF, em abril de 2004. No voto do Relator, Ministro Celso de Mello, seguido pelos demais, destacou-se que “não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto da Carta Política...”. É a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal e reconhecida no acórdão, “que não pode do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”.

¹⁸ ORTIZ DIAZ, José. El horizonte de las administraciones públicas em el cambio de siglo: algunas consideraciones de cara al año 2000. In: SOSA WAGNER, Francisco (Coord.) *El derecho administrativo em el umbral del siglo XXI*: homenagem al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo, Valência: Tirant lo Blanch, 2000. t. 1, p. 63-117, p. 70-71.

¹⁹ *Ibid.*, p. 70.

Isso fez com que os poderes discricionários diminuíssem seu âmbito de incidência, e ainda possibilitou que o Poder Judiciário ganhasse papel de destaque, uma vez que se tem admitido, cada vez mais, que a concretização desses direitos se dê pela tutela jurisdicional.

No Estado constitucional, a Constituição passa a ser vista e reconhecida como norma jurídica. Nesta linha de pensamento, ela passa a guiar as produções legislativas, estabelecendo limites materiais para o seu conteúdo, bem como impondo deveres positivos para o Estado (não só os negativos). A Constituição passa a ser o centro do ordenamento, dela irradiando os comandos para a legislação infraconstitucional, estabelecendo limites para além da criação legislativa, mas também na aplicação do direito. A eficácia normativa da constituição teve como maior precursor o doutrinador alemão Konrad Hesse, que defende uma concepção não apenas teórica e utópica, mas possível de ser colocada em prática, atendendo os anseios e necessidades sociais do Estado²⁰.

A jurisdição constitucional, neste diapasão, tem como significado a interpretação e aplicação da Constituição pelos órgãos judiciais, assim como o reconhecimento de que seu conteúdo, eminentemente principiológico, tem eficácia política (como conjunto de valores) e jurídico. Há aqui a aplicação direta da Constituição, que se consolida como diploma de natureza normativa (dimensão objetiva dos direitos fundamentais). No caso do Brasil, em face da adoção do duplo controle de constitucionalidade – difuso e concentrado –, essa competência é exercida pelos juízes e tribunais, tendo o Supremo Tribunal Federal a posição final na hierarquia judiciária.

Contudo, nasce desse sistema de interpretação jurídica a ideia de ativismo judicial, no sentido que a atividade jurisdicional estaria a invadir a esfera de atuação típica dos outros poderes.

É crescente o número de ações judiciais que discutem políticas públicas, por meio do discurso da eficácia normativa da Constituição Federal, autoaplicabilidade e máxima efetividade dos direitos fundamentais. Também na seara legislativa, não é incomum ver decisões preenchendo lacunas legislativas ou mesmo afastando a norma infraconstitucional com fundamento em princípios.

Muitos dizem haver uma crise de representatividade ou de legitimidade do legislativo, e seu enfraquecimento deu ensejo ao protagonismo do Judiciário em questões cruciais, envolvendo direitos fundamentais.

²⁰ HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung. A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre. 1991. p.20.

Há tempos existe uma tendência na judicialização da política, muito por conta da inércia dos demais poderes. A judicialização, em geral, busca a tutela jurisdicional de efetivação de direitos fundamentais, na dimensão de prestações positivas que obrigam o Poder Público na realização de ações concretas na seara da saúde, educação, infraestrutura, meio ambiente e serviços públicos ligados aos direitos sociais.

Em se tratando de democracias contemporâneas, marcadas por divisões culturais e pluralidade de percepções, o judiciário independente tem exercido a função de interpretar a legislação e a própria Constituição, que no caso brasileiro trouxe rol extenso de direitos fundamentais, além dos fundamentos da dignidade da pessoa humana, da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Neste contexto, também é de se ressaltar que, nesse movimento pela democratização do Estado, a Constituição Federal de 1988 aumentou consideravelmente o âmbito de atuação do Ministério Público, incumbindo-lhe da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No mesmo sentido vieram as normas infraconstitucionais, que concederam ao Ministério Público amplos poderes investigatórios, requisitórios e de legitimação na propositura de ações ligadas à defesa da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direitos e dos interesses difusos e coletivos.

Já na esfera sancionatória foi o Ministério Público incumbido da titularidade da ação penal pública, e um dos legitimados da ação civil pública e de improbidade administrativa.

Com essa abertura para intervenção judicial, mediante ações impositivas e até sancionatórias, somados aos poderes investigatórios, estruturação administrativa e financeira e seu prestígio, o citado órgão logo assumiu o protagonismo em demandas referentes aos direitos transindividuais, posicionando-se com um dos principais fiscalizadores dos demais Poderes.

Aqui, há de se lembrar que a constitucionalização do direito trouxe uma nova leitura do ordenamento; em geral, baseada em conceitos abertos ou princípios, possibilitando uma aplicação elástica da norma.

Nasce daí uma crise de segurança jurídica na aplicação do ordenamento, lastreada pelo uso excessivo e distorcido de princípios, não só para controle das atividades inerentes ao Executivo e Legislativo, mas, também, na imposição de ações positivas ou mesmo penalidades.

Há uma quebra da previsibilidade na aplicação do ordenamento, o que implica na violação da segurança jurídica, quando se observa a falta de critérios para interpretação da norma e sancionamento dos ocupantes dos demais poderes, por conta do livre subjetivismo dos intérpretes.

A constitucionalização do direito, neste viés, trouxe a possibilidade de não se respeitar o direito conformado pelo legislador infraconstitucional, com aplicação direta e aberta de princípios jurídicos ligados a direitos fundamentais

O problema a ser trabalhado aqui se relaciona à dimensão negativa dos direitos fundamentais, no sentido de que estes também impõem limites à punição e mesmo ao processamento das pessoas.

O Estado Juiz também tem seu poder restringido pelos direitos fundamentais dos fiscalizados ou processados. O Estado Democrático de Direitos, neste diapasão, não só assegura a imposição de direitos frente ao Estado, mas também tem o condão de limitar a atuação estatal quando da fiscalização ou intervenção na esfera subjetiva dos indivíduos.

Ele impõe, também, limites a serem respeitados no processamento de pessoas, especialmente naqueles processos relacionados à punição.

1.2 Corrupção

Numa perspectiva histórica, é admitido afirmar que a linha evolutiva do combate à improbidade confunde-se com a luta contra a corrupção. É impossível falar em improbidade administrativa sem conhecer o conceito de corrupção. Como uma doença inerente à condição humana, a corrupção está presente em todas as sociedades, cujos níveis são mais ou menos expressivos de acordo com a evolução moral, numa perspectiva de conjunto social, que, por sua vez, reflete em suas normas de conduta, não somente naquelas de observância obrigatória e com previsão sancionadora, mas, também, naquelas ligadas à moral social, à ética e educação.

A corrupção, em uma perspectiva geral, é percebida como o uso indevido das atribuições públicas para obter benefícios privados. São vários os recortes que podem ser feitos na análise do fenômeno que é a corrupção, como pelo ângulo sociológico, filosófico, histórico e jurídico.

Tanto os meios de comunicação como alguns juristas abordam esse assunto por perspectivas confusas ou ambíguas. O conceito de corrupção, quando tratado, por exemplo, pelos organismos transnacionais, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional, a Transparência Internacional, na Organização das Nações Unidas – ONU, é colocado como um conceito não jurídico, metajurídico ou ético normativo, mais de cunho sociológico, o que define basicamente a corrupção pública como sendo uma violação por alguém com posição decisória,

dos seus deveres inerentes a essa posição, para obter benefícios extra posicionais, ou seja, alguém que viola deveres públicos para obter ganhos privados. Ela é caracterizada pela incapacidade moral dos cidadãos em assumir compromissos voltados ao bem comum; vale dizer, pela incapacidade de se realizar coisas que não tragam uma gratificação pessoal. Este conceito, como se observa, abrange múltiplas condutas, desde o nepotismo, até a busca de favorecimentos privados através de uso de poderes públicos, o que pode compreender comportamentos mais variados possíveis de quem está ocupando um cargo público²¹.

A convivência social exige de todos seus integrantes a pré-disposição para o sacrifício de alguns de seus desejos pessoais em prol da coletividade. É por esse motivo que se cumprem as leis, as ordens administrativas, pagam-se impostos etc. Quando não há essa capacidade de renúncia, instala-se o colapso no sistema moral e, por consequência, da estrutura social, uma vez que não há, ainda que de maneira fluida, a busca pelo bem comum. Por isso, afirma-se que a corrupção traz a degeneração ou decomposição das regras sociais. No âmbito social, portanto, a corrupção do Estado, nada mais é do que o reflexo da corrupção dos indivíduos dele integrantes. Um Estado corrupto reflete a degradação dos valores morais e sociais dos membros de sua sociedade.

O tratamento desse assunto, no âmbito internacional, é exigido dos membros signatários desses tratados internacionais, que se obriguem a tipificarem a corrupção como ilícito. À luz da conformação dos ilícitos, é exigida uma tipificação do que seja corrupção, o que pode se dar em várias searas do direito, como no direito civil, penal, administrativo, ou através de outros tratamentos.

Quando se olha pelo ângulo histórico, a corrupção é considerada como um mal dos tempos. Etimologicamente, a palavra corrupção significa “devassidão, depravação, perversão”²², porque dessa forma se olha a corrupção como um fenômeno moral, uma transgressão ética, significando um contraste da conduta humana com um determinado universo normativo a ser analisado, naquele determinado momento histórico, e nessa perspectiva significa “podridão moral”. Na perspectiva histórica, portanto, significa um comportamento humano em desconformidade com a “tábua moral” vigente à época²³.

²¹ Palestra de Fábio Medina Osório, na XXIII Jornada Internacional de Direito de Gramado (RS). Conferência com o tema “Corrupção política”, realizada no dia 15/6/2018.

²² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 486.

²³ Palestra de Fábio Medina Osório, na XXIII Jornada Internacional de Direito de Gramado (RS). Conferência, com o tema “Corrupção política”, realizada no dia 15/6/2018.

Sendo a corrupção um conceito tão abrangente no âmbito internacional, a obrigação de vários países democráticos de tipificarem-na como ilícito, criminalizando-a ou empreendendo mecanismos de combate, parte de um fenômeno recente, que veio dos anos 60. Antes disso, havia até certa tolerância com relação a corrupção. Na Alemanha, por exemplo, nos anos 60, empresas que praticavam atos de corrupção em países subdesenvolvidos, poderiam abater os impostos dessas práticas corruptas no seu país²⁴.

Na esfera pública, a ideia de corrupção, no Brasil, está ligada à apropriação de recursos públicos ou desvio funcional, por aquele que, aproveitando-se de sua posição, busca alcançar vantagens de ordem pessoal ou econômica, para si ou para outrem. Calil Simão²⁵ retrata seu conceito de corrupção na esfera pública como o desvio das regras e finalidades públicas, ou mesmo de recursos públicos, de modo que a conduta do agente público não corresponda aos valores esperados na função pública. O agente corrompe os valores que deveria manter íntegros, no intuito de auferir vantagens de caráter pessoal ou, especialmente, econômicas.

Os atos de corrupção pública estão atrelados aos atos lesivos à administração pública, que atentem contra o patrimônio público, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. O legislador nacional considerou corrupção o ato de prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada²⁶. E um problema que surge aqui, certamente, é o conceito jurídico indeterminado "vantagem indevida", cuja definição se mostra um desafio que ficou a cargo da doutrina e jurisprudência, considerando as regras e princípios aplicáveis à Administração Pública.

De um modo geral, a estrutura que se desenhou no ordenamento brasileiro de combate à corrupção segue o modelo internacional, especialmente aos países ocidentais e com regime democrático.

²⁴ Palestra de Fábio Medina Osório, na XXIII Jornada Internacional de Direito de Gramado (RS). Conferência, com o tema "Corrupção política", realizada no dia 15/6/2018.

²⁵ "Não podemos fugir da ideia de que o conceito de corrupção, no âmbito público, designa a apropriação de recursos públicos ou desvirtuamento de regras regentes do Estado. Trata-se de um desvio funcional. Assim sendo, afirmar que um indivíduo praticou corrupção é, em outras palavras, dizer que ele se desviou, com a sua conduta, dos valores esperados de uma pessoa, no exercício da função pública. O agente público corrupto é, portanto, aquele que, no trato da coisa pública, corrompe os valores que deveriam ser mantidos íntegros, desvirtuando-os para, através de sua posição funcional, amealhar vantagens de ordem pessoal e/ou econômicas". (SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2017, p. 39).

²⁶ Código Penal. Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003).

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

Antes de se adentrar nessa contextualização da tendência mundial de criação de mecanismos mais efetivos de combate à corrupção, em suas diversas vertentes, com a estruturação normativa e implementação de um plexo de leis neste sentido, necessário se faz trazer o histórico das normas protetivas da probidade, no Brasil e no direito comparado.

1.3 Evolução legislativa das normas de combate à improbidade

No âmbito nacional e de que se tem notícia, a Constituição de 1824 foi pioneira no combate à improbidade administrativa, com uma ação semelhante a *actio popularis* do direito romano, em seu artigo 157, estabelecendo que aquele que aceitasse suborno, cometesse peculato ou concussão estava sujeito a essa ação popular. Evidentemente, esse instrumento não se aplicava ao Imperador, já que a mesma Carta previu, em seu artigo 99, a irresponsabilidade deste por qualquer ato, inclusive os qualificados como ímprobos²⁷.

Em seguida, e já na República, a Constituição de 1891 estabeleceu, em seu artigo 54, que constituíam crimes de responsabilidade do Presidente os atos que atentassem contra a probidade administrativa. Essa responsabilidade do Presidente veio a ser repetida na Constituição de 1934 (artigo 57, “f”), 1937 (artigo 85, “d”), 1946 (artigo 89, V), 1967 (artigo 84, V) e 1988 (artigo 85, V)²⁸.

Em 1934, o legislador constituinte concedeu legitimidade para declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público a todos os cidadãos, por meio do artigo 113.

A proteção da coisa pública veio disciplinada criminalmente, no Código Penal – Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 –, que apesar de várias reformas, vige até os dias de hoje, e em seu Título XI, traz a previsão “Dos Crimes Contra a Administração Pública”, dentre eles a corrupção ativa e passiva, o peculato, emprego irregular de verbas públicas, concussão, prevaricação, condescendência criminosa, violação de sigilo profissional e violação do sigilo de proposta de concorrência. Nesses tipos, trouxe o legislador a proteção legal e a sanção criminal para os desvios públicos ligados à corrupção.

Em 1941, pelo então Presidente Getúlio Vargas, há a edição do Decreto-Lei n. 3.240/1941, que regulamentou o sequestro de bens de pessoa indiciada por crime que ensejasse prejuízo para Fazenda Pública ou locupletamento ilícito. A medida era consequência de

²⁷ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 49.

²⁸ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 49.

infração penal que correspondesse à corrupção, sendo decretado pela autoridade judiciária, sem audiência da parte contrária, mediante requerimento do Ministério Público. A ação penal deveria ser proposta no prazo de 90 dias da decretação, sob pena de cessação da medida, que exigia, para o seu deferimento, a presença de indícios veementes de responsabilidade do indiciado. O sequestro podia recair sobre todos os bens do indiciado, assim como bens em poder de terceiros, desde que adquiridos dolosamente ou com culpa grave, com a entrega em depósito a pessoa compromissada²⁹.

Se o réu fosse absolvido posteriormente e a sentença transitada em julgado, a medida cautelar teria sua eficácia cancelada. Se a ação condenatória fosse julgada procedente, com o trânsito em julgado, ocorria a perda em favor da Fazenda Pública. A lei ainda previa que se os bens não fossem suficientes para cobertura do prejuízo, poderia o ente público ingressar com execução da sentença condenatória, visando a arrecadação de bens.

Fato curioso é que o Superior Tribunal de Justiça considera estar em vigência o Decreto-Lei n. 3.240/41³⁰, no ponto em que disciplina o sequestro de bens da pessoa indiciada por crime que resulta prejuízo ao erário público, podendo a medida cautelar recair sobre todos os bens, inclusive aqueles que estejam em poder de terceiros³¹.

A Constituição Federal de 1946 foi a primeira em estabelecer no corpo de seu texto as sanções decorrentes do ato de improbidade por enriquecimento ilícito, como sendo o sequestro e a perda de bens (artigo 141, § 31)³².

Após a promulgação da Constituição de 1946, é editada a Lei n. 3.164 de 1957, a chamada Lei Pitombo Godói-Ilha, que repetia a sistemática do Decreto-Lei n. 3.240/41, com alguns complementos. Segundo a norma, o sequestro de bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso do cargo ou função, ocorreria por meio da ação civil, sem prejuízo da ação penal e eventual extinção desta, ou absolvição do réu processado por algum dos crimes tipificados no Código Penal, ou outros crimes funcionais, não excluía a incorporação à Fazenda Pública, dos bens adquiridos de forma ilegítima. A lei ainda trouxe a previsão da obrigatoriedade do registro público de bens e valores de propriedade dos titulares de cargos ou funções públicas, mediante declaração no órgão competente. O Ministério Público ou qualquer um do povo tinha a titularidade para a ação³³.

²⁹ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 53.

³⁰ Recurso Especial n. 1133763/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23/08/2011.

³¹ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 53.

³² SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 49.

³³ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 54-55.

Em 1958 foi editada a Lei n. 3.502, apelidada de Lei Bilac Pinto, que trouxe a previsão de sequestro de bens nos casos de enriquecimento ilícito, mas procurou tratar a matéria com mais clareza, com o estabelecimento de parâmetros para constatação de situações proibidas, já que havia uma dificuldade em se demonstrar o núcleo do tipo penal para o requerimento de sequestro. A lei ainda definiu a abrangência da expressão servidor público, em seu artigo 1º, bem como o que considerava enriquecimento ilícito, em seu artigo 2º. Trouxe, para o ordenamento, rigor na punição e aplicação das penalidades ao corrupto na Administração Pública. Dispôs que a vantagem econômica abrangia genericamente todas as modalidades de prestações positivas e negativas, considerando esta última com a utilização de serviços, locação de imóveis ou móveis, transporte ou hospedagem gratuitos ou pagos por terceiros. Definiu, também, o enriquecimento ilícito como auferir vantagem decorrente da ação ou omissão do servidor no exercício de sua função para favorecer empresas ou particulares. A norma estabeleceu que a apuração do ato ilícito se daria por meio de investigação policial (inquérito) ou por meio de processo administrativo. A lei ainda previa uma punição aos magistrados, membros do Ministério Público ou serventuários que retardassem o andamento dos processos³⁴.

Na sequência, veio a Lei n. 4.717, de 1965, conhecida como a Lei de Ação Popular, que foi editada com a finalidade de regulamentar o artigo 141, § 38, da Constituição de 1946. Tratava-se, portanto, de uma ação constitucional e se colocou como instrumento de combate aos atos contrários ao interesse público. Em certo aspecto, a ação teve seu alcance limitado, pois cingiu-se a possibilitar que o cidadão pedisse a anulação de atos lesivos ao interesse público³⁵.

Contudo, a norma trouxe importante avanço ao conceituar o patrimônio público para fins de incidência das ações, como sendo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico, pertencentes à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, instituições ou fundações dos quais o poder público tenha concorrido com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita bruta anual, ou ainda aquelas incorporadas ao patrimônio público ou subvencionadas pelo erário.

Como a lei escolheu o cidadão como legitimado, deveria haver a apresentação do título de eleitor ou equivalente. Interessante aspecto foi a previsão de que o cidadão poderia proceder investigação, como solicitação de documentos públicos, informações ou certidões necessárias, bastando informar a finalidade, fixando prazo de 15 dias para a resposta. Outra questão importante, diz respeito a definição de nulidade do ato a ser atacado, no seu artigo 2º, que dispôs

³⁴ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 55-56.

³⁵ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 57.

serem nulos os atos lesivos por vícios de incompetência, forma, objeto, motivo ou desvio de finalidade. Para os demais casos, seria aplicado o instituto da anulação.

Na ação popular, a posição do Ministério Público no processo seria de fiscalização, ou seja, uma participação supletiva, podendo apresentar provas e responsabilizar, civil e criminalmente, os infratores, não podendo assumir a defesa destes. Já a pessoa jurídica lesada poderia permanecer neutra, ou mesmo contestar a ação ou atuar ao lado do autor.

A Constituição de 1967, em seu artigo 150, § 11, também trouxe no texto a previsão de sanções decorrentes de improbidade por enriquecimento ilícito e danos ao erário³⁶.

O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, conferiu ao Presidente o poder de “confisco” de bens daqueles que, no exercício do cargo ou função pública, se enriquecessem ilicitamente (artigo 8º), independentemente das sanções penais cabíveis. Posteriormente, o Ato Institucional n. 14, de 5 de setembro de 1969, criou uma vedação genérica ao confisco³⁷.

A Constituição de 1969, em seu artigo 154, foi a pioneira a estabelecer como sanção ao ato de corrupção, a suspensão dos direitos políticos, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para essa declaração, mediante representação do Procurador Geral da República. O parágrafo único do dispositivo estendia a aplicação da sanção aos detentores de mandato eletivo, não exigindo sequer a autorização legislativa³⁸.

Nota-se que os textos normativos anteriores a 1988 tinham como preocupação o enriquecimento ilícito, decorrente do abuso de sua função, sendo esse vício o mais combatido.

Ainda, antes da Constituição de 1988, adveio a Lei 7.347, de 24 de Julho de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública (LAP), que criou uma ação específica para defesa dos direitos metaindividuais, e que tinha, em sua redação originária, o fim específico de tutelar os danos morais e materiais causados ao meio ambiente, consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e como legitimados à sua propositura o Ministério Público, União, Estados e Municípios; além das autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou por associações constituídas há mais de um ano, e que possuísse dentre suas finalidades a proteção do meio ambiente, consumidor, patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Lei de Ação Civil Pública passou por diversas alterações, que ampliaram o rol de bens jurídicos tutelados, para inclusão de qualquer outro interesse difuso ou coletivo³⁹, cabendo

³⁶ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 53.

³⁷ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 51.

³⁸ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 53.

³⁹ Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990.

ainda contra infrações à ordem econômica⁴⁰, à ordem urbanística⁴¹, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos⁴² e ao patrimônio público e social⁴³.

Também, o rol dos legitimados foi ampliado, sendo que a Lei n. 11.448, de 2007, incluiu a Defensoria Pública e passou a exigir a constituição há pelo menos um ano, com finalidade específica somente para as associações.

1.3.1. O cenário normativo desde a Constituição Federal de 1988

Com a promulgação, posteriormente, da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público passou a ser o principal ator nesta seara, especialmente porque a tutela dos direitos transindividuais, instauração do inquérito e propositura da ação, foram expressamente previstos no artigo 129, do texto maior. Com o passar do tempo, os conceitos da lei, e das funções institucionais do Ministério Público ganharam amplitude interpretativa, passando a abarcar praticamente todos os interesses da coletividade e do próprio erário.

A Lei de Ação Civil Pública se mostrou importante ferramenta no controle dos atos públicos e, por isso, amplamente aplicada. Embora não se destine especificamente ao combate à corrupção, sua utilização nesta seara se dá de maneira reflexa, visto que busca a anulação ou desfazimento de atos lesivos – muitas vezes decorrentes de ações corruptas – e contrários ao interesse público. Isso sem contar que o advento de normas posteriores, acrescentando aspectos protetivos dos direitos difusos e coletivos, possibilitaram que a doutrina entendesse ter sido criado um microsistema, do qual a Lei de Improbidade Administrativa veio a integrar posteriormente.

Os dispositivos da Lei n. 7.347/85 são usualmente manejados em ações que visam imputar ao agente público, ou terceiros, ato de improbidade administrativa, havendo uma mescla das ferramentas de ambas as normas.

Portanto, a Lei de Ação Civil Pública se mostrou como importante ferramenta no combate à corrupção, mormente porque possibilita a utilização de qualquer modalidade de tutela prevista, com especial atenção para o ressarcimento ao erário dos danos sofridos.

⁴⁰ Incluído pela Lei nº 12.529, de 2011.

⁴¹ Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001.

⁴² Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014.

⁴³ Incluído pela Lei nº 13.004, de 2014.

Em período muito próximo foi promulgada a Constituição Federal de 1988, a chamada constituição cidadã, que trouxe no seu bojo o rol extenso de direitos e garantias fundamentais.

Devido a sua característica analítica, a Constituição adentrou em aspectos específicos do funcionamento do Poder Público, trazendo a principiologia a ele aplicada, de observância obrigatória no trato da coisa pública.

No § 4º, do artigo 37, a Constituição Federal dispôs expressamente sobre o sancionamento dos atos de improbidade administrativa, afirmando que estes seriam punidos com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, já ressaltando, na sequência, que lei infraconstitucional faria a regulação.

Ganha destaque o final do dispositivo que ressalva a possibilidade da propositura, também, da ação penal para sancionamento do mesmo ato. O dispositivo, inicialmente, trouxe uma relevante discussão no âmbito da doutrina e jurisprudência acerca da natureza jurídica do ato de improbidade administrativa.

A previsão constitucional e as normas editadas daí em diante tiveram como motor uma tendência mundial de combate à corrupção na seara pública que teve início com a edição da *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), que é a Lei Americana Anti-Corrupção no Exterior, promulgada pelo Congresso dos EUA em 1977, e destinada a criar sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional. Essa lei nasceu em um ambiente do final da década de 70, quando empresas americanas foram flagradas em práticas corruptivas no âmbito internacional. Até então, a corrupção era considerada como elemento essencial no ambiente de negócios em países subdesenvolvidos, uma espécie de azeite para a fluência dos negócios e, neste sentido, considerada um mal necessário⁴⁴.

A partir de então, entendeu-se que ela, a médio e longo prazo, corroía as economias desses países, de tal forma que prejudicava o ambiente de negócios. Os Estados Unidos da América, assim, passaram a exigir, no âmbito internacional, que os países desenvolvessem pacotes legislativos anticorrupção.

O tema passou a integrar a agenda econômica internacional, refletindo nos ordenamentos jurídicos daqueles que tinham pretensões de crescimento e globalização. Diversos são os tratados e convenções que tratam do assunto, e criaram obrigações aos países aderentes, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, firmada em 29 de março de

⁴⁴ Palestra de Fábio Medina Osório, na XXIII Jornada Internacional de Direito de Gramado (RS). Conferência, com o tema “Corrupção política”, realizada no dia 15/6/2018.

1996, estabelecendo um compromisso de combate com medidas instrumentalizadoras contra a corrupção no setor público.

São três os motivos que ensejaram o compromisso, sendo o primeiro deles o reconhecimento de que a corrupção no setor público é um dos instrumentos de que se serve o crime organizado para consecução dos seus fins e assegurar a impunidade; o segundo, é a necessidade de se inculcar na sociedade a consciência da existência e gravidade desse problema; e o terceiro, é que a corrupção tem transcendência internacional, o que exige uma ação coordenada dos Estados. O texto da convenção foi aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto-Legislativo n. 152, de 25 de junho de 2002. Já o Presidente da República da época editou o Decreto n. 4.410, de 07 de outubro de 2002, determinando a execução do texto.

Merece ressalva a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, que foi concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, entrando em vigor em 15 de fevereiro de 1999, estabelecendo a obrigação dos Estados que eram parte, em promover internamente medidas necessárias para criminalizar a conduta intencional de oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, diretamente ou por meio de intermediários, a um funcionário público, que causasse ação ou omissão deste no desempenho de suas funções oficiais, para realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais.

Também foi objeto do texto que as partes integrantes deveriam tomar medidas necessárias para definir as responsabilidades das pessoas jurídicas em situações que envolvessem a corrupção de funcionário público estrangeiro, fixando penas proporcionais e adequadas. Ou seja, estabelece o compromisso de legislar sobre o assunto e processar os responsáveis, além do estabelecimento dos prazos de prescrição para as infrações.

A convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto-Legislativo n. 125, de 14 de junho de 2000, e aprovada pelo Governo brasileiro por meio do Decreto n. 3.678, de 30 de novembro de 2009.

Por fim, cita-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que entrou em vigor em 29 de setembro de 2003, redefinindo os parâmetros de combate à corrupção nos planos internacional e nacional. Ela surge com o intuito de estabelecer mecanismos atuais visando prevenir, detectar e dissuadir com maior eficácia as transferências internacionais de ativos adquiridos ilicitamente e fortalecer a cooperação internacional para recuperação destes. Foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto-Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005, sendo ratificada pelo Governo brasileiro, com a edição do Decreto n. 5.687, de 2006.

Logo após a Constituição Federal de 1988, fazendo a conformação do mandamento constitucional, sobreveio a Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, tipificando os atos de improbidade administrativa, disciplinando aspectos referentes à ação, seu procedimento e legitimados ativos e passivos, bem como ampliando o rol de sanções.

A norma não trouxe detalhamento sobre todos estes aspectos, o que ficou a cargo da doutrina e jurisprudência, mas inegavelmente criou um estatuto jurídico ou regime jurídico da improbidade, considerada por alguns, como o Professor Fábio Medina Osório, como uma lei geral sobre o assunto⁴⁵.

Tendo como finalidade a proteção da moralidade e lealdade no setor público, e como pano de fundo a proteção do erário, a Lei n. 8.429/92 foi bem recebida no meio jurídico e, aos poucos, se tornando um dos principais instrumentos de combate à corrupção.

É consenso entre os operadores do direito que a Lei de Improbidade Administrativa tem como função precípua a punição e como destinatário os agentes públicos que desbordam de seu dever de lealdade, bem como os terceiros particulares que com ele confabulam.

Por prever a desonestidade ou má-fé como um dos seus elementos integrantes, a lei em discussão está umbilicalmente ligada a atos corruptivos.

Ela nasceu por meio do Projeto n. 1.446/91, encaminhado ao Congresso Nacional, pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, que tentava dar à população uma resposta governamental à onda de corrupção que assolava o país.

Utilizando o mote da moralidade no setor público e falando em modernização do país, o então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho deixou registrado na exposição de motivos⁴⁶ que o combate à corrupção era necessário, pois se tratava de “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País”. Portanto, de forma explícita, observa-se a vinculação da lei aos atos de corrupção, sendo o alargamento interpretativo para atingir ilegalidades lato sensu, destoado da *mens legis*.

Fato curioso foi a alegação de inconstitucionalidade da lei, decorrente de vício formal em sua tramitação. Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2182, proposta em abril do ano de 2000, o Partido Trabalhista Nacional (PTN) questionou a constitucionalidade da lei, pela presença de vício formal porque foi sancionada sem ser submetida ao processo legislativo bicameral (Câmara e Senado), previsto no artigo 65 da Constituição Federal, que determina que

⁴⁵ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁴⁶ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS Nº EM. GM/SAA/0388, DE 14 DE AGOSTO DE 1991, D.O de 17.08.1991, Seção I, p. 14.124.

todo projeto aprovado em uma das Casas do Congresso Nacional deve ser revisto pela outra. O PTN argumentou que como o projeto foi encaminhado à Câmara dos Deputados pelo Executivo, onde foi aprovado. Encaminhado ao Senado, o projeto teria sido totalmente modificado por meio de substitutivo. Ao retornar para a Câmara, o projeto teria sido modificado mais uma vez, mas ao invés de ser arquivado ou encaminhado novamente ao Senado, foi encaminhado para sanção presidencial.

Em maio de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da ação e considerou constitucional o trâmite da Lei de Improbidade Administrativa, por maioria de votos – vencido o Ministro Relator Marco Aurélio de Mello – considerando que a alteração realizada pelo Senado foi meramente formal, e não no conteúdo.

A constitucionalidade material da Lei n. 8.429/92 também foi questionada no Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4295, proposta pelo Partido da Mobilização Nacional (PMN), em 10 de setembro de 2009, impugnando 13 dos seus artigos, por considerá-los excessivamente abrangentes e vagos. A ação encontra-se pendente de julgamento.

Também, na década de 90, sobreveio a Lei n. 8.666/93, que ao regulamentar o processo de licitação no setor público, também atendendo a um comando da Constituição Federal, trouxe a tipificação penal de ilícitos relacionados à fraude no processo.

Em 1998 foi editada a Lei n. 9.613, a chamada Lei da Lavagem de Dinheiro, que tipifica a conduta de dar aparência de legalidade a bens e valores que foram obtidos de forma ilegal.

Em 2012, adveio a Lei n. 12.694, de 24 de julho, que dispõe sobre os crimes praticados por organizações criminosas, o que tem relação próxima com a corrupção, em geral perpetrada mediante esquema estruturado, de forma organizada e com diversos integrantes.

Consoante necessidade de proteção crescente da moralidade, nos âmbitos internacional e nacional, notadamente a partir das exigências apresentadas pela sociedade civil, sobreveio a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Chamada Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Ela permite que não apenas os sócios, os diretores e funcionários da empresa, mas, também, a própria pessoa jurídica seja submetida a um processo de responsabilização civil e administrativa por atos de corrupção.

Além de atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a lei fecha uma lacuna no ordenamento jurídico do país ao tratar, diretamente, da conduta dos corruptores. A Lei Anticorrupção prevê punições como multa administrativa – de até 20% do faturamento

bruto da empresa – e o instrumento do acordo de leniência, que permite o ressarcimento de danos de forma mais célere, com reponsabilidade objetiva, além da alavancagem investigativa e possibilidade de suspensão das atividades da empresa.

O acordo de leniência, destinado à pessoa jurídica, pressupõe a admissão da culpa nas infrações civis e administrativas cometidas contra a administração pública, em troca de redução de penalidades. Isso possibilita maior qualidade na coleta de provas, visto haver a cooperação da empresa investigada.

Ainda que se mostre possível a redução das penas, isso não afeta o dever de ressarcimento integral do dano causado pela empresa infratora.

Outro instrumento normativo introduzido no ordenamento, quase na mesma época, é a Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013, a chamada Lei das Organizações Criminosas, que sanciona os agentes que cometeram ilegalidade enquanto membros de um grupo, que se articulou para cometer atos de corrupção de forma sistemática.

As duas últimas normas citadas foram debatidas e aprovadas em um período de grande insatisfação da sociedade com o cenário político, que foi às ruas para protestar contra escândalos de corrupção descobertos por operações policiais, especialmente aqueles ligados à Petrobrás.

O volume de dinheiro envolvido, a quantidades de políticos e empresários participantes, e a forma sistemática e estruturada dos esquemas descobertos projetaram o Brasil negativamente no cenário internacional.

Como resposta, advieram as leis com o intuito de endurecer o combate à corrupção, criando mecanismos novos, como os acordos de leniência e a delação premiada, que rapidamente foram absorvidos no meio jurídico e utilizados em larga escala.

Novamente, o Ministério Público teve grande importância neste panorama, colocando-se como protagonista das ações investigativas, processos penais e ações de improbidade, consolidando sua posição como principal defensor da sociedade e do erário público.

A estruturação do Ministério Público pós Constituição Federal de 1988, com a ampliação de sua área de atuação e criação de grupos especializados, contribuíram para o seu destaque à frente dessa área que, atualmente, detém mais atenção do que a seara criminal. Outros organismos como o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF – e Tribunais de Contas incrementaram a estrutura estatal de combate à corrupção ou mesmo controle dos gastos públicos.

Parte da doutrina passou a trabalhar essas normas em conjunto, falando em um microsistema de combate à corrupção, o que viabiliza a utilização ou intercâmbio de ferramentas legais das diversas normas supra mencionadas, em conjunto ou separadamente.

A utilização do arcabouço jurídico como microsistema dinamiza e potencializa as leis relacionadas à corrupção e traz um ganho social de efetividade na proteção dos interesses públicos, bem como nas respostas do Estado à sociedade, como forma de prevenção.

Obviamente, esse incremento legislativo, bem como a mudança na interpretação legislativa e constitucional e utilização de leis com conceitos jurídicos abertos e maior estruturação do aparato estatal, aumentaram consideravelmente os poderes dos órgãos de investigação e propositura de ações punitivas.

Abre-se aí o campo para o arbítrio e manejo desenfreado e distorcido de processos punitivos, sem critérios bem definidos, o que traz insegurança jurídica. Esta, por sua vez, tem provocado reações de setores do legislativo, doutrinário, e até mesmo nos Tribunais, pedindo a reforma da Lei de Improbidade Administrativa⁴⁷ ou ainda da Lei de Abuso de Autoridade, o que acabou por ocorrer por meio da Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019.

No voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797, julgada em 15 de setembro de 2005, o Ministro Gilmar Mendes já criticava duramente a utilização indevida da ação de improbidade, citando casos do manejo com fins políticos⁴⁸ ou para perseguição de pessoas. Em seu voto, o Ministro entendeu que no início houve o açodamento ingênuo do Ministério Público no manejo desenfreado das ações de improbidade administrativa com fins distorcidos, que evoluiu para o movimento organizado de abuso de poder e perseguição política⁴⁹. Na Reclamação n. 4.810-1, o Ministro voltou a criticar duramente o Ministério Público pelo uso desvirtuado e abusivo das ações de improbidade.

⁴⁷ Projeto de Lei 10887/18, cujo texto resultou do trabalho de uma comissão de juristas criada pelo presidente da Câmara, Rodrigo Maia, e coordenada pelo ministro Mauro Campbell, do Superior Tribunal de Justiça (Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/547581-proposta-atualiza-a-lei-de-improbidade-administrativa/>>. Acesso em 02 de mai. de 2020.).

⁴⁸ “Escrevi artigos, há muito, mostrando a incongruência desse modelo do art. 37, §4º, antes mesmo da ação civil pública, a chamada Ação de Improbidade se tornar, na verdade, instrumento de perseguição política, e instrumento de ação política, instrumento desse conúbio espúrio entre agentes políticos e membros do Ministério Público para obter algum tipo de vantagem política, ou caso, como já demonstrei aqui em outro episódio, usar a ação civil pública até para obter vantagens financeiras, como se tem naquele exemplo já referido da Procuradora Walkiria Quixadá, que propusera quatro ações civis públicas contra o Presidente do Banco Central para resolver suas pendências financeiras com aquela instituição.” (Voto do Ministro Gilmar Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797, julgada em 15 de setembro de 2005, p. 403).

⁴⁹ “Cabe asseverar que esses equívocos perpetrados nas ações de improbidade ora em comento não constituem algo isolado, bastando lembrar da ação de improbidade ajuizada contra os Ministros Martus Tavares e Prati de Moraes.

Essas autoridades, legitimadas em norma contida em Lei, determinaram a contratação de fiscais agropecuários em regime de serviço temporário. Buscava-se preservar o Brasil das ameaças relacionadas ao fenômeno fitossanitário. A autorização legislativa era clara.

Há uma tensão, hoje, entre a efetividade dos processos punitivos em geral e o respeito a direitos básicos e fundamentais dos acusados, não se conseguindo, ainda, uma resposta adequada a essa problemática.

Se, de um lado, a sociedade está cansada de escândalos e aderindo a movimentos de ampliação das sanções de corruptos e corruptores; de outro, há uma preocupação com a segurança jurídica e respeito a direitos e garantias conquistados na Constituição Federal de 1988, depois de décadas de opressão e regimes antidemocráticos.

O combate à corrupção não pode servir de bandeira para a aniquilação de direitos fundamentais, ou para execução pública de pessoas ou partidos políticos. É necessário buscar parâmetros para persecução punitiva do Estado, mormente porque, hoje, os órgãos estatais possuem estrutura investigativa, ferramentas para processamento de acusados e para sua punição muito superiores à capacidade defensiva, seja do indivíduo, grupo político ou empresarial. São poucos que podem fazer frente igualitária ao Estado, e é exatamente por isso

Baseavam-se aqueles Ministros no art. 1º da Lei nº 8.745, de 1993, alterada pela Lei nº 9.849, de 1999, que preceitua que “para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta lei”. E mais, baseavam-se no art. 2º da referida Lei, que considera como necessidade temporária de excepcional interesse público as atividades de “vigilância e inspeção relacionada à defesa agropecuária no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana.

Poder-se-ia até discutir a medida em sede judicial. Mas haveria algum fundamento para justificar a propositura da ação de improbidade em casos como este? Não é preciso dizer que os Ministros foram absolvidos em sentença de mérito (Proc. nº 2000.34.00.005339-0 – 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do DF – sentença de 26 de junho de 2001).

Diante de um quadro de notório abuso, é de se indagar a razão pela qual se demorou tanto para arrostar a questão na sua dimensão adequada. É possível que haja inúmeras explicações. Uma delas certamente diz respeito ao papel que se atribuiu ao próprio Ministério Público no momento pós-*impeachment*. Não eram poucos os que entendiam ser o sistema de controle débil e, por isso, carente de reformas, até mesmo daquelas a serem realizadas de modo heterodoxo.

Alguns segmentos do Ministério Público, da mídia e da própria oposição parlamentar viram no Ministério Público, e no uso indiscriminado da ação de improbidade administrativa, a forma de exercer, cada um a seu modo, o controle ou influência sobre o sistema.

É nesse contexto que se explica a intensa cooperação entre os membros do Ministério Público, jornalistas e parlamentares. Certo segmento da oposição passou a ter um braço judicial, composto por membros engajados do Ministério Público. E um bom instrumento para essa atuação era a própria ação de improbidade.

Inicialmente não se viu o que havia de abusivo e Kafkiano na atuação do Ministério Público. Com certa dose de ingenuidade, tolerava-se o que se apresentava tão-somente como um típico movimento contestatório, ou mais precisamente, como uma autêntica “festa dos loucos”. Tal atividade partidária passou a causar espécie no momento em que, surpreendentemente, algumas ações de improbidade conseguiram obter resultados (seja a partir de condenações, seja a partir da desmoralização pública ocasionada apenas pelo ajuizamento da ação, fato muitas vezes acompanhado de uma verdadeira campanha publicitária por parte de alguns Procuradores).

É necessário registrar, assim, que as açodadas e abusivas ações de improbidade que motivaram reclamações como a presente constituem expressão de uma indevida utilização político-partidária do Ministério Público.” (Voto do Ministro Gilmar Mendes na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.797, julgada em 15 de setembro de 2005, p. 426-428)

que devem ser trabalhados mecanismos de contenção do poder punitivo, ou mesmo de regras bem definidas para se punir.

Do contrário, estar-se-ia abrindo espaço para o arbítrio, tão repugnante quanto o uso do Estado para fins privados. Não se pode esquecer que aqueles incumbidos de investigar e processar estão agindo em nome do Estado, sob a proteção estatal que lhe garante certa segurança na responsabilização pessoal em caso de insucesso. Promotores e Juízes gozam de prerrogativas como a vitaliciedade e inamovibilidade, além da independência na formação de sua convicção, e como agentes políticos, via de regra, não são responsabilizados pelas suas decisões⁵⁰.

Já os demais agentes estatais, ainda que agentes políticos responsáveis pela administração da coisa pública, convivem com a incerteza do resultado de suas decisões, com a possibilidade de sofrerem sancionamento por conta de interpretações elásticas de leis ou precedentes de Tribunais⁵¹.

Na administração pública, há decisões complexas a serem tomadas, que não podem ser vistas sob o prisma da legalidade estrita. Administrar não significa, tão somente, aplicar o que está definido em lei. E, ainda, não se pode esquecer que vivemos num país com ordenamento extenso e complexo, um verdadeiro emaranhado de normas jurídicas, que até mesmo os especialistas não tem consenso na sua aplicação.

⁵⁰ Essa diferenciação de matriz constitucional já foi objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 228.977, Relator Ministro Neri da Silveira, DJ de 12.04.2002, em que se assentou que os magistrados não teriam responsabilidade pelos atos jurisdicionais, por serem agentes políticos: “EMENTA: - Recurso Extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie de agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial ao exercer suas atribuições - , a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso conhecido e provido (RE n. 228.977/SP, Rel. Min. Neri da Silveira, DJ de 12.04.2002, 2ª Turma, unânime)”.

⁵¹ Observa-se, neste aspecto, que a condição de agentes políticos implica no reconhecimento de prerrogativas, que tem como escopo o livre exercício da função política ou a liberdade funcional, que os isenta de responsabilidade civil por erros em sua atuação, por considerar a peculiaridade da situação daqueles que governam e decidem, em comparação com aqueles que administram e executam. Neste sentido bem observou o professor Hely Lopes Meirelles: “Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí porque os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 27 ed.. 2002, p. 77)

Vendo deste ângulo, não se pode exigir do agente público a aplicação precisa da lei, inadmitindo o erro na condução da coisa pública, quando, em verdade, muitas vezes, sequer há consenso no meio jurídico. Não se pode admitir, neste diapasão, a propositura de ações de improbidade administrativa pela divergência hermenêutica sobre a aplicação das normas de direito público.

Na esteira do que se vem discutindo, em 25 de abril de 2018, foi sancionada a Lei n. 13.655, que introduziu dez novos artigos ao decreto-lei 4.657/42, conhecido como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). A LINDB tem como objetivo regulamentar outras normas, possuindo caráter de norma sobre a aplicação do direito, sendo considerada como leis das leis, uma vez que disciplina questões como a obrigatoriedade, a interpretação das normas e a aplicação das leis no tempo e no espaço.

Dentre as principais inovações trazidas pela lei 13.655/18, destaca-se a prevista no art. 20, que veda a utilização de apenas argumentos retóricos ou princípios lógicos sem que seja feita uma análise prévia e detida dos fatos e de suas consequências práticas, nas decisões proferidas em âmbito judicial, administrativo ou em órgão de controle. O que se pretende, assim, é combater a utilização de valores jurídicos abstratos, limitando o uso de expressões genéricas e conceitos jurídicos indeterminados, para evitar, portanto, decisões vazias e imotivadas que não façam a análise da realidade fática no caso concreto.

Já no art. 22, o legislador dispôs que a interpretação das normas sobre gestão pública deve considerar a realidade e os obstáculos enfrentados pelos gestores, sem prejuízo dos direitos dos administrados. O objetivo é de reduzir as interpretações formalistas, para que também sejam levadas em consideração as circunstâncias que influenciaram na conduta do agente.

Os artigos 23 e 24 da lei 13.655/18 também trouxeram relevantes mudanças referentes as decisões proferidas em âmbito administrativo, controlador ou judicial, que alterarem o posicionamento interpretativo ou derem nova orientação sobre norma de conteúdo indeterminado. Elas deverão prever um regime de transição, quando indispensável para concretização do princípio da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Outra norma que foi incluída à LINDB, pela lei 13.655/18, foi a colacionada no art. 28, que dispõe que o "agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro". O objetivo do dispositivo é o de garantir segurança ao agente público, para que possa desempenhar suas funções de maneira adequada, só respondendo pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a Lei n. 13.694, de 24 de dezembro de 2019, o chamado "Pacote Anticrime", que fez modificações significativas em diversas leis,

especialmente as de natureza penal e processual penal. Merece destaque a introdução no Código de Processo Penal, do artigo 3º-A, que faz menção expressa ao sistema acusatório, o que se aplica ao direito punitivo em geral. No que se refere a improbidade administrativa, a Lei n. 13.694, de 24 de dezembro de 2019, modificou o § 1º do artigo 17, para permitir a celebração de acordo de não persecução, além de acrescentar o § 10-A, que permite a suspensão do prazo para contestação, no caso de solução consensual.

É de se observar, a essa altura, que, nas últimas décadas, o combate à corrupção tem ganhado destaque na agenda legislativa, movimento este não somente observado no Brasil, e que a Lei de Improbidade Administrativa integra esse arcabouço de normas. O recrudescimento da legislação sancionadora e o aumento dos poderes dos órgãos de fiscalização, especialmente do Ministério Público, fez com que as ações embasadas nessa lei fossem cada vez mais utilizadas para combater atos atentatórios aos interesses públicos, praticados por agentes desonestos.

Se de um lado há que se elogiar a melhora do Estado Brasileiro no combate à corrupção, com ferramentas mais adequadas e órgãos mais bem estruturados, de outro lado, não se pode ignorar a falta de critérios limitadores na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

CAPÍTULO II – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA ESTRUTURAÇÃO

2.1 Improbidade administrativa e bem jurídico tutelado

Hodiernamente a defesa da probidade, em especial na seara pública, vem ganhando proteção dos ordenamentos. Como antes dito, o combate à corrupção ganhou força no cenário internacional com a edição da FCPA, pelos Estados Unidos da América, em 1977. No Brasil, a Constituição Federal, trouxe a previsão expressa de proteção dos princípios da administração pública, bem como, no seu artigo 37, parágrafo 4º, o sancionamento pela prática dos atos de improbidade administrativa na esfera pública. A Constituição Federal pretendeu punir severamente o agente público que utiliza do cargo ou funções públicas para enriquecer, causar prejuízo ao erário público, ou mesmo aquele que viola os princípios da administração pública, com desonestidade funcional.

Como ato de improbidade administrativa, no sentido etimológico, podemos entender aqueles atrelados à corrupção e desonestidade na seara pública. Em muitos modelos comparados, a improbidade já é tida como espécie de má gestão pública que comporta atuações dolosas e culposas.

A noção jurídica, dentro do direito administrativo, de boa gestão pública, bem como a ideia de má administração, tem suas raízes nas lições de Maurice Hauriou, jurista francês que anunciou o princípio da moralidade administrativa, com uma descrição alicerçada na ideia de boa gestão pública, a obediência às pautas de boa administração, indo além do cumprimento de regras ou previsões legais. Neste viés, exigia-se um conjunto de condutas éticas dos administradores públicos, para além do mero cumprimento formal da lei⁵².

Atualmente, não se olvida que exista um princípio essencial de boa gestão pública nas Constituições de países democráticos. Ela pressupõe o respeito pelos direitos fundamentais da pessoa humana e satisfação das demandas da população, materializando-se na confiança entre administradores e administrados⁵³.

⁵² GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 39 n. 155, jul/set 2002, p. 161-162.

⁵³ “Não se desconhecem as influências das teorias econômicas sobre o direito e nomeadamente no âmbito da teoria política, em termos de formatação dos paradigmas de justificação e legitimação do Estado, num contexto de complexidade e aumento das demandas sociais. Daí que os gestores públicos fossem cada vez mais cobrados em suas ações, devendo apresentar resultados concretos, em obediência a pautas de bom comportamento administrativo, o que seria consequência previsível desses novos vetores axiológicos. O dever de boa gestão resulta, assim, definitivamente incorporado aos ordenamentos jurídicos europeus e aos sistemas democráticos em

A improbidade é uma espécie de imoralidade pública qualificada. A moral administrativa abrange a ética institucional, assumindo à norma moral uma dimensão jurídica, respeitando os níveis de segurança jurídica. Ela é algo mais específico e funcional do que a moral dos homens públicos, sendo considerada fonte do dever e probidade administrativa, plasmada no §4º, do artigo 37, da Constituição Federal.

Questiona-se se a probidade administrativa seria um novo princípio ou uma espécie do gênero que é o princípio da moralidade. Diógenes Gasparini⁵⁴ entende que a probidade é um aspecto particular da moralidade administrativa.

Para José Afonso da Silva⁵⁵ a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente ímprobo ou de outrem.

Em sentido diverso, Rita Maria Dias Nolasco⁵⁶ diz que a probidade administrativa teria alcance mais abrangente que a moralidade, sendo que a lesão àquela seria uma das modalidades de improbidade administrativa.

Marcio Cammarosano⁵⁷, por sua vez, discorre que a improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada e, neste sentido, toda improbidade ensejaria em ofensa à moralidade administrativa, mas não bastaria para configurá-la a simples violação desta. O autor conclui seu raciocínio afirmando que somente se está diante da improbidade administrativa quando há uma imoralidade qualificada pela atuação desonesta e dolosa do agente público, sob pena de se punir os erros de fato ou de direito⁵⁸.

geral”. (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão pública. Corrupção. Ineficiência*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 45.)

⁵⁴ “Alguns autores, com base no artigo 85, X, da Constituição Federal, que considera crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentaram contra a probidade administrativa, veem, distinto da moralidade administrativa, um novo princípio, o da probidade administrativa. Outros indicam o princípio da probidade administrativa como uma espécie do princípio da moralidade administrativa. Não cremos que haja entre esses comportamentos da Administração Pública características que permitam tratá-los como princípios distintos, quando muito, podemos afirmar que a probidade administrativa é apenas um particular aspecto da moralidade administrativa, que recebeu da Constituição Federal um tratamento próprio, na medida em que atribuiu ao ímprobo a pena de suspensão dos direitos políticos”. (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 10)

⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 669.

⁵⁶ DIAS NOLASCO, Rita Maria. *Efeitos da sentença de procedência na ação de improbidade administrativa*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 63

⁵⁷ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997, p. 149.

⁵⁸ “Probo, do latim *probus*, é aquele cujo procedimento caracteriza-se pela retidão de caráter, pela honestidade. Em sentido amplo designa também aquele que se comporta de maneira justa, criteriosa no cumprimento de seus deveres. É o homem íntegro, honrado. Todavia, para efeito de se sujeitar quem quer que seja às severas sanções já mencionadas, é imperioso, num Estado Democrático de Direito como o nosso, e em face mesmo do primado da segurança jurídica, e, em matéria penal, do princípio da legalidade dos delitos e das penas (Constituição da República, art. 5º, XXXIX) elencar os tipos de comportamentos que se deve qualificar como improbidade. A propósito, cabe advertir que ao legislador não é dado alargar o conceito como melhor lhe aprouver, como se nada

No entender de Fabio Medina Osório, a improbidade administrativa estaria adstrita aos fenômenos mais graves, relacionados aos casos de graves desonestidades funcionais e graves ineficiências no setor público. Ele afasta do conceito os atos situados no âmbito da falibilidade humana, considerando como erro juridicamente tolerável⁵⁹.

A nota fundamental, peculiar à improbidade administrativa, é a ideia de um círculo de ilicitude integrado pelos deveres públicos. A valoração da ilicitude inerente ao ato de uma falta de probidade administrativa é o elemento fundamental no processo de reconhecimento do dever.

A ilicitude é considerada com distintos valores ou graus, nisso refletindo os níveis de responsabilidade: penal, civil, administrativa ou política. Mesmo no nível administrativo, a ilicitude deve ser valorada em patamares distintos.

Categorias como as do desvio de poder ou da mera ilegalidade, em seus níveis mais superficiais, constituem campos de ilicitudes diversos da esfera de ilicitude própria à falta de probidade administrativa.

O dever de probidade engloba a observância da legalidade e seus anexos de lealdade institucional e honestidade administrativa.

Portanto, o dever constitucional de probidade há de ser compreendido no universo da moral administrativa e não dispensa da legalidade, da honestidade e lealdade institucional.

o limitasse, nem o restringir tanto a ponto de amesquinhar o conceito constitucional. Mas o que verificamos, procedendo ao exame da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, é que ela, na sua letra, vai longe demais, prescrevendo constituir também ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão, mesmo culposa, que enseje perda patrimonial de entidades referidas no seu art. 1º (art. 10), exigindo mesmo do intérprete e aplicador muita prudência para que não considere também, em face do disposto no art. 11, *caput*, ato de improbidade qualquer comportamento ou ato ofensivo à lei, decorrente de mero erro de fato ou de direito. Para nós, só se pode falar em improbidade em face da imoralidade especialmente qualificada pelo atuar de forma desonesta, corrupta, dolosamente, portanto”. (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997, p. 149).

⁵⁹ “Falar que um agente obrou ineficientemente num determinado momento, sem um olhar aprofundado sobre seu agir e seus resultados, pode significar pouco. Temos que avaliar se foi respeitada a margem humana de falibilidade funcional, dentro daquilo que se pode designar como erro juridicamente tolerável de ineficiência, se considerarmos esse termo vinculado à ideia de metas e resultados. A frustração desses objetivos, embora possa constituir suporte de uma determinada ineficiência, certamente ficará fora do alcance de uma órbita punitiva correccional. Fora disso, temos que analisar o grau da falha apontada, bem assim sua repercussão nos valores jurídico-normativos, inclusive para aquilatar o tipo e o tamanho da resposta a ser dada. Falhas de conteúdo e dimensões diferentes não podem ficar agrupadas dentro da mesma categoria ético-normativa, salvo do ponto de vista meramente nominal, devendo ser reconhecidos os diversos escalões da ilicitude. Da advertência às sanções que afetam direitos fundamentais vai uma larga distância. Não obstante, normalmente estaremos sempre falando na “ineficiência”, numa ótica principiológica. Daí a importância de reconhecermos as flutuações ético-normativas dessa patologia – a ineficiência – concluindo pela necessidade de trabalhar, dentro do conceito de improbidade, com aqueles fenômenos mais graves, aproximando-os dos casos de desonestidades funcionais.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, cit., p. 66-67).

A improbidade administrativa, portanto, resulta de um ilícito contra a Administração Pública, causado pela quebra dos deveres a ela inerentes. É um ato antijurídico essencialmente atrelado à quebra do dever de lealdade e probidade no exercício da função pública, o que implica em dizer que o ato está umbilicalmente ligado a desonestidade ou má-fé.

Regulamentando a Constituição Federal, foi editada a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que trouxe a tipificação dos atos ímprobos em seus artigos 9º, 10 e 11. A norma trouxe uma conceituação aberta, não esmiuçando em detalhes o conceito de improbidade administrativa, bem como seus aspectos de identificação. Também não dispôs sobre a natureza do ato e da ação respectiva, além de critérios para aplicação das sanções, dentre outros assuntos relevantes, deixando a cargo da doutrina e jurisprudência essa função.

Pelo visto, o intento do legislador foi de criar um *estatuto geral*, com previsão de conceitos amplos e principiológicos, seguindo a toada do legislador constituinte de 1988. A Lei de Improbidade Administrativa (LIA) traz uma conceituação aberta dos tipos, em alguns casos criando sanções a partir da violação de princípios.

Pela leitura da exposição de motivos, subscrita pelo Ministro Jarbas Passarinho, observa-se que a lei foi criada para coibir a corrupção no setor público, não sendo idealizada para correção de erros ou mesmo para o questionamento de ilegalidade dos atos administrativos. Ao contrário do que alguns, distorcidamente, veem defendendo, a incidência da lei exige a presença da desonestidade funcional ou da má-fé. O uso indevido das ações de improbidade administrativa faz com que, em um futuro não muito distante, a lei caia em descrédito, abrindo caminho para discussões sobre a improbidade dos operadores do direito.

2.1.1 Modalidades de improbidade administrativa

Em suma, a lei faz uma divisão em três blocos distintos de improbidade administrativa, prevendo, no artigo 9º, a improbidade relacionada com o enriquecimento ilícito do agente público ou do terceiro particular a ele vinculado: no artigo 10, a improbidade ligada aos danos causados ao erário público; e no artigo 11, a improbidade caracterizada pela violação dos princípios que regem a Administração Pública (explícitos e implícitos).

A maior parte da doutrina e jurisprudência entende que o ato ímprobo deve ser aquele correspondente aos tipos legais antes mencionados, praticados com dolo ou culpa grave (esta somente no caso do artigo 10), com o *plus* da desonestidade ou má-fé.

Como bem observa Alexandre de Moraes, a intenção do legislador ordinário foi de trazer sanções ao administrador desonesto, não sendo o intento da lei a punição de atos meramente ilegais, mas somente ações ou omissões que se relacionam com a corrupção. Disse que o ato de improbidade é sempre um ilícito, no sentido de que o enriquecimento do agente público ou o beneficiamento do terceiro, a ele ligado, deve ser contrário ao Direito⁶⁰.

É feita, portanto, uma distinção entre a ilegalidade ou irregularidade e a improbidade administrativa, o que a jurisprudência definiu como ilegalidade qualificada.

O conceito dado por Alexandre de Moraes deixa em evidência que a má-fé ou desonestidade são os elementos que qualificam o ato ilegal como ímprobo⁶¹.

Sob a ótica dos princípios previstos na Constituição Federal, direcionados à Administração Pública, em conjugação com a demarcação e extensão feitas pela Lei n. 8.429/92, tem-se como ato de improbidade administrativa aquele tido como ilegal, ou antijurídico, fundado na má-fé do agente público, que, isoladamente ou com a participação de terceiro, viola o dever de probidade administrativa, com ou sem proveito econômico, produzindo ou não lesão ao patrimônio público.

Não basta, para caracterização dos tipos previstos nos artigos 9, 10 e 11, da Lei de Improbidade Administrativa, tão somente que o agente tenha incorrido nas hipóteses previstas em seus incisos, ou ainda que o ato seja considerado ilegal *lato sensu*. O ato ilegal necessita da tipicidade formal e material, praticado com dolo ou culpa, além de ser acrescido da má-fé para adquirir o *status* de ímprobo.

Observa-se, que doutrina e jurisprudência, inicialmente, debateram sobre a proximidade ou diferença entre a ilegalidade e improbidade administrativa. Isso porque o administrador público ou mesmo aqueles que agem em nome do Estado estão adstritos ao cumprimento da estrita legalidade, sendo que a quebra deste dever, para uns configuraria a improbidade.

Como a improbidade está relacionada intrinsecamente com a moralidade administrativa ou probidade na gestão da coisa pública, há quem entenda que a prática de um

⁶⁰ [...] a finalidade da lei é responsabilizar e punir o administrador desonesto. Vale dizer, a Lei de Improbidade Administrativa não pune a mera ilegalidade, mas apenas as ações ou omissões voltadas à corrupção. É importante salientar que o ato de improbidade deve ser ilícito, ou seja, o enriquecimento do agente público ou benefício a terceiro deve decorrer de um ato ou decisão ofensiva ao Direito; caso contrário, teremos um enriquecimento lícito. (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 2611).

⁶¹ (...) na formação da improbidade administrativa estão incluídos os atos que, além de ilegais, mostram-se fruto da desonestidade ou da inequívoca e intolerável incompetência do agente público. (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, cit., p. 295).

ato em desconformidade com a lei, por si só, já geraria a quebra do dever de conduta para com a Administração.

Essa visão ampliou de sobremaneira o conceito de improbidade e a abrangência da lei, possibilitando a penalização de erros, e, de certa forma, desfigurando o intento originário da norma.

A separação entre a ilegalidade e improbidade se encontra no aspecto do grau de ilegalidade, na gravidade da ação perpetrada. Logo se percebeu, portanto, serem distintos os planos jurídicos, e, por isso, aos poucos, a distinção entre ambas foi delineada.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão constitucionalmente encarregado de dar o sentido da interpretação da lei federal, foi se consolidando no sentido de que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o agente público inábil ou incompetente, mas, sim, aquele desonesto, que pratica uma ilegalidade qualificada⁶².

⁶² PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR AGENTE PÚBLICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA Nº 07/STJ. DESPACHO QUE RECEBE A INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREVISTO NO ART. 17, §10 DA LEI 8.429/92.

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de Servidores Públicos Federais, por ato de improbidade administrativa, decorrente de desidiosa condução de processo de tomadas de contas, consubstanciada no fornecimento de cópias de peças processuais à parte do processo, à custa do erário, e na dilação de um prazo processual, sem a autorização do Ministro Relator.

2. É de sabença o caráter sancionador da Lei 8.429/92 aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

3. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.

4. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

5. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido.

6. À luz de abalizada doutrina “A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição pune o ato ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o “funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal de outrem a quem queira favorecer”. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente a uma vantagem ao ímprobo ou a outrem. (...)” (José Affonso da Silva, in Curso de *Direito Constitucional Positivo*, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, litteris)

(...)

13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

(STJ – 1ª Turma – Resp 841421/MA – Rel. Min. LUIZ FUX – Julgamento 22/05/2007 – Publicação DJ 04.10.2007, p. 182).

O v. voto do Ministro Teori Albino Zavascki, ainda no Superior Tribunal de Justiça, e também no Recurso Especial n. 1.038.777 é no sentido de que não é todo ato ilegal que pode ser reputado como ato de improbidade administrativa: “O problema se situa justamente nisto: ainda que se admita a ilegalidade; ainda que se admita que não existisse notória especialização; ainda que se admita como verdadeira essa afirmação do Tribunal de Justiça,

Além da exigência da qualificação da ilegalidade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁶³ também esclareceu que a inabilidade do gestor público era matéria a ser verificada em outros campos, como a fiscalização e julgamento pelos Tribunais de Contas, o controle via ação popular, a fiscalização pelo legislativo – que pode, inclusive, sustar os contratos firmados pela Administração –, ações civis públicas etc.

A doutrina, em sua maior parte, também caminhou no sentido de esclarecer que nem todo ato ilegal necessariamente é ímprobo, e que um agente desastrado ou mesmo relapso não necessariamente é desonesto ou corrupto⁶⁴.

Nesta esteira, defende o jurista Napoleão Nunes Maia Filho⁶⁵ que a Lei de Improbidade Administrativa não visa a punição de toda e qualquer ilegalidade, e nem tampouco perseguir o gestor inábil ou desastrado. Criticando parte da doutrina que reconhece, nesta linha de pensamento, uma benevolência ou tolerância para com as práticas ímprobas, afirma que as sanções da lei devem ser resguardadas somente àqueles que realmente realizam atos

isso por si só seria insuficiente para impor uma sanção por improbidade, porque a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo da conduta, e essa qualificação faltou. Quando se constata uma ilegalidade, isso por si só não gera sanção política, sanção administrativa, sanção pecuniária da improbidade. Pode até gerar a nulidade do contrato, mas não a sanção pessoal de quem praticou o ato. Se fosse assim, qualquer ato ilegal necessariamente acarretaria a improbidade, e não se podem confundir as coisas. Por isso, conheço do recurso especial, porque é irrelevante a questão de fato de saber se havia notória especialização. Mesmo que não houvesse notória especialização, a sanção de improbidade demandaria a qualificação pelo elemento subjetivo. Acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, dando provimento ao recurso especial.”

⁶³ ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE DE PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

Não havendo enriquecimento ilícito nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.

Recurso improvido.

(STJ – 3ª Turma – Resp 213.994 – Rel. Min. GARCIA VIEIRA – julgamento 17/08/1999 – Publicação DJ 27.09.1999).

⁶⁴ “Embora haja quem defenda a responsabilidade civil objetiva dos agentes públicos em matéria de ação de improbidade administrativa, parece-nos que o mais acertado é reconhecer a responsabilidade apenas na modalidade subjetiva. Nem sempre um ato ilegal será um ato ímprobo. Um agente público incompetente, atabalhado ou negligente não é necessariamente um corrupto ou desonesto. O ato ilegal, para ser caracterizado como ato de improbidade, há de ser doloso ou, pelo menos, de culpa gravíssima.” (MEIRELLES, Hely Lopes. In *Mandado de Segurança*, 26ª ed., São Paulo: ed. Malheiros, 2004, p. 210/211).

⁶⁵ “Se os julgadores meditassem, mais demoradamente, nos efeitos perversos e altamente ofendentes da dignidade pessoal do imputado, que decorrem de uma ação de improbidade administrativa, seguramente sentiriam que a Lei nº 8.429/92, não se destina a punir toda e qualquer ilegalidade, ainda que manifesta e grave, pois a sua finalidade é sancionar o gestor ímprobo, mas não o gestor inábil ou mesmo desastrado, com as duras reprimendas do seu art. 12. Não se trata, como alguns, maldosamente, sugerem, de ter-se tolerância com as práticas ímprobas ou benevolência com os seus cometedores, mas de assegurar que as sanções de improbidade se apliquem, somente, aos que realizam, com as suas condutas, atos intrinsecamente reprováveis, causadores de dano, prejuízo ou lesão a bens materiais públicos, ou promoventes de enriquecimento ilícito de quem quer que seja. É evidente que a ilegalidade comum ou ordinária tem que ser reprimida, até severamente, mas não, sem dúvida, com as sanções da improbidade administrativa, que devem ser reservadas para os casos típicos de condutas malsãs ou iníquas, produtoras de efeitos maximamente agressivos de bens jurídicos. Não bastará, portanto, a infração à regra punitiva para ser consumado o ato de improbidade, embora essa infração à regra proibitiva seja o primeiro indício de sua ocorrência.” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Ideologia Garantista*. Crítica ao punitivismo em reforço da plena defesa na ação de improbidade. 1ª ed., Fortaleza: ed Curumim, 2018, p. 109-110).

intensamente reprováveis, causadores de danos, prejuízo ou lesão. Na sua visão, as ilegalidades devem ser reprimidas e até penalizadas, mas não sancionadas pela Lei n. 8.429/92, que se destina a outro tipo de ilegalidade, sendo a confusão entre estas esferas a tendência punitivista, que vem ganhando espaço na jurisdição sancionadora, de forma indevida.

Postas tais considerações acerca do ato de improbidade, importante comentar que a Lei n. 8.429/92 criou três modalidades, trazendo na sequência blocos de penalidades fixadas de acordo com a gravidade do ato.

A Lei de Improbidade Administrativa criou tipos sancionadores abertos, descrevendo a conduta ímproba de forma ampla no *caput* dos artigos 9º, 10 e 11, e apresentando rol exemplificativo das hipóteses especificadas nos incisos.

A primeira modalidade vem prevista no artigo 9º da lei, e descreve como ímproba a conduta que causa enriquecimento ilícito⁶⁶ ou auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, função, emprego ou atividade.

⁶⁶ No âmbito do Direito Civil é vasta a produção doutrinária a respeito do tema, o que torna imperativo o exame das diferentes concepções existentes para a correta identificação e delimitação do alcance do art. 9º da Lei n. 8.429/92, preceito que contém as normas de coibição ao enriquecimento ilícito.

O não enriquecimento sem causa, verdadeiro princípio geral de direito, há muito é estudado e coibido, tendo fincado raízes no Direito Romano e mantido, desde então, indiscutível atualidade. Objetivando delimitar o campo de aplicação deste princípio, foram construídas as seguintes teorias:

- a) a vedação do enriquecimento ilícito funda-se unicamente no princípio de equidade, o que justifica a vedação do enriquecimento em detrimento do patrimônio alheio; essa doutrina, também denominada “teoria do patrimônio”, não teve ampla aceitação, pois omite as situações em que não tenha ocorrido uma transferência de ordem patrimonial, mas tão somente uma vantagem correlacionada à ação, ou omissão de outrem (ex.: o fornecimento de uma informação valiosa, um benefício moral ou a causação de prejuízo em coisa própria para salvar a alheia);
- b) o fundamento reside na necessidade de “equilíbrio dos patrimônios” ou de “segurança estática das fortunas”, os quais são rompidos sempre que haja um deslocamento de valores sem uma correspondente “força-causa” ou “energia criadora” que o justifique: essa teoria, em essência, erige-se sobre os mesmos alicerces da anterior, sendo merecedora de idênticas críticas;
- c) trata-se de uma gestão de negócios anormal, em que a pessoa enriquecida se contenta em aproveitar os efeitos da atividade de outrem sem que haja uma ação direta sua: por limitar demasiadamente o princípio do não locupletamento, essa teoria também não foi aceita, pois várias são as situações em que é divisado o enriquecimento se gestão alguma, inexistindo qualquer obrigação do locupletador para com o lesado – o que é próprio da gestão de negócios – agindo este voluntariamente e por conta de seu próprio interesse;
- d) o enriquecimento ilícito está relacionado à responsabilidade civil, pois aquele que se locupletou à custa alheia praticou um ato ilícito, tendo o dever de ressarcir: em muitos casos, o locupletamento pode existir com uma atitude passiva do locupletador, sem o concurso da vontade deste, o que, aliado ao fato de a indenização não ultrapassar o montante da riqueza obtida, torna esta situação inconciliável com os princípios da responsabilidade civil;
- e) o enriquecimento ilícito tem esteio na responsabilidade civil pelo risco criado, sendo derivada do lucro procurado e independente da configuração da culpa; por ser excessivamente casuística e por não abranger as situações em que o proveito não seja perseguido, essa teoria não foi aceita;
- f) o não locupletamento ilícito reside em um dever moral que deve nortear as relações sociais, sendo consectário dos princípios da Justiça e do Direito.

À luz desta última teoria, que endossamos, o enriquecimento sem causa pode advir tanto de um ato que apresente adequação ao princípio da legalidade como de um ato ilícito. Assim, o princípio do não locupletamento indevido reside na regra de equidade que veda a uma pessoa enriquecer à custa do dano, do trabalho ou da simples atividade de outrem, sem o concurso da vontade deste ou o amparo do direito – e que ocorrerá ainda que não haja transferência patrimonial. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014, p. 382-384).

O tipo, tido como de maior gravidade, visa a punição daquele que busca o enriquecimento ou vantagens no exercício da função pública e em razão desta. O enriquecimento ilícito pode ser considerado o aumento patrimonial obtido por ofensa a uma norma jurídica. É a vantagem não prevista em lei e decorrente do ato ilícito. Já o termo “auferir vantagem” está representando um ato de tomar posse de uma vantagem patrimonial que não lhe era devida.

A vantagem pode ser obtida por meio de prestação positiva, ou seja, o aumento patrimonial decorre diretamente do ato ímprobo; ou ainda por meio da prestação negativa, sendo aquela que integra o patrimônio público do agente de forma reflexa, na medida em que não permite que este perca determinado poder econômico. Poderá a vantagem ainda ser recebida de forma direta ou indireta. No primeiro caso, ela será auferida pelo próprio agente público, sem intermediários. E na forma indireta, por sua vez, a vantagem será recebida por terceira pessoa, com reversão posterior ao agente público, sendo este o verdadeiro destinatário da prestação entregue a outrem⁶⁷.

Há, aqui, interessante aspecto a ser sopesado, que se refere ao elemento normativo “indevido”, que exige uma valoração por parte do intérprete. Essa vantagem abarcada pelo artigo 9º tem correlação com aspectos econômicos, não integrando o tipo as vantagens de ordem pessoal, como o prestígio, vaidade.

Analisando a estrutura típica dos atos de improbidade administrativa dos artigos 9º e 10, observa-se que os atos que importam em enriquecimento ilícito do agente público podem, de forma reflexa, causar danos ao erário e vice-versa.

Nesta linha de pensamento e considerando a necessidade da correta tipificação dos atos, é de se verificar, salvo raras exceções, que as condutas elencadas no artigo 9º preveem o enriquecimento ilícito do próprio agente público. Já na figura típica do artigo 10, em geral, é o terceiro que se enriquece ilicitamente, fazendo com que o dano ao patrimônio público fosse colocado como principal parâmetro de adequação típica dessa espécie de ato de improbidade administrativa, pois a tipologia da Lei n. 8.429/92 é direcionada, essencialmente, à conduta dos agentes públicos, que, neste caso (artigo 10), não buscaram o enriquecimento, mas, sim, causar danos ao erário público, com paralelo enriquecimento de terceiros.

No segundo bloco dos tipos sancionadores da Lei de Improbidade Administrativa está o artigo 10, que descreve as condutas que causem danos ao erário, ou seja, aqueles que levem a diminuição do patrimônio público.

⁶⁷ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 213.

Necessário se faz que a conduta seja ilícita, seja pela violação de regra ou princípios que regem a administração pública. Questão interessante se dá quando o princípio jurídico, que é mandamento de otimização e com conceituação aberta, foi conformado pelo legislador infraconstitucional, o que abre a discussão sobre a possibilidade de violação direta do princípio ou a necessidade de violação da regra que dele decorre, para configurar o ato ilícito.

No caso da modalidade do artigo 10, observa-se que o *caput* faz a conceituação de dano, descrevendo-o de forma ampla, visto que abrange ação e omissão, de forma dolosa ou mesmo culposa – aqui, o legislador previu a culpa expressamente –, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres.

Já os incisos do dispositivo trazem um rol exemplificativo das condutas tidas como danosas.

Quanto a conceituação do dano, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁶⁸ defendem que este não está adstrito à necessidade de demonstração da diminuição patrimonial, uma vez que, quando a lei relaciona as hipóteses nos incisos estaria descrevendo a lesividade presumida. Essa linha de pensamento ainda defende que os incisos do artigo 10 demonstram situações ilícitas em que a lesão é elementar e decorrente indissociavelmente. Esse é o pensamento de Wallace Paiva Martins Júnior⁶⁹, que assevera que sempre que um ato incide nas hipóteses dos incisos do artigo 10, deve ser considerada sua inadequação aos princípios que regem a Administração e, por consequência, será nulo, não produzindo efeitos, o que demonstra sua lesividade sempre que tenha ocasionado a diminuição do patrimônio público. Nessa situação, deve o erário ser recomposto, cabendo a sanção de ressarcimento integral do dano.

Em sentido diverso, Calil Simão Neto⁷⁰ entende que no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa o legislador se preocupou com os atos que levam à diminuição do patrimônio público. Segundo ele, o referido artigo não tem como objeto jurídico simplesmente o patrimônio público, ou seja, não cuida apenas de ato danoso aos cofres públicos. Ele está se referindo – como todo ato de improbidade – ao ato desonesto, praticado em razão do exercício do cargo público, que gere perda patrimonial.

⁶⁸ “É importante frisar que a noção de dano não se encontra adstrita à necessidade de demonstração da diminuição patrimonial, sendo inúmeras as hipóteses de lesividade presumida previstas na legislação. Como consequência da infração às normas vigentes, ter-se-á a nulidade do ato, o qual será insuscetível de produzir efeitos jurídicos válidos. Tem-se, assim, que qualquer diminuição do patrimônio público advinda de ato inválido será ilícita, pois *quod nullum est, nullum producit effectum*, culminando em caracterizar o dano e o dever de ressarcir”. (Ob. cit., p. 411).

⁶⁹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 205).

⁷⁰ SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*, cit., p. 249-252.

Segue discorrendo que o resultado ilícito decorrente do artigo 9º é o ato de corrupção que enseja aumento patrimonial; já o resultado ilícito do artigo 11 é o ato de corrupção que enseja apenas violação dos princípios que regem a Administração; e o resultado do artigo 10 é o ato de corrupção que enseja lesão ao erário.

Para a configuração dos atos de improbidade administrativa bastaria a prática de um ato de corrupção, entendido este como ato desonesto que viola os princípios que norteiam a Administração Pública, sendo o enriquecimento ilícito do agente público, ou terceiro ou a lesão ao erário, meros reflexos desnecessários ao conceito de improbidade administrativa.

Aduz que todos os tipos sancionadores da Lei de Improbidade Administrativa se voltam para a mesma proteção jurídica, variando apenas quanto aos efeitos do ato de improbidade. Nessa ótica, não é possível imaginar que o agente público pudesse por culpa realizar um ato de corrupção – não se relacionando a ideia com a possibilidade do ato culposo gerar prejuízo ao erário –, havendo uma extrapolação do legislador do seu limite de competência, de forma inconstitucional, ao prever a conduta culposa no artigo 10.

Entende ter havido uma confusão entre ato danoso, ato ilícito e bem jurídico tutelado, o que levou ao erro. Os atos de improbidade têm apenas um objeto jurídico, que é a probidade administrativa, sendo o enriquecimento ilícito ou lesão ao erário, tutelados de maneira reflexa. Ou seja, o objeto jurídico do combate à improbidade administrativa não é a defesa dos bens da Administração, mas o interesse do Estado em zelar pela probidade na seara pública.

Por conta disso, entende o autor que essa modalidade de improbidade reclama a lesão ao erário como um resultado naturalístico. Ausente a lesão, o ato de improbidade se desloca para outro tipo legal de improbidade, visto que, no artigo 10, o legislador reclama a perda patrimonial. Se ausente a desonestidade, não se tem sequer ato de improbidade administrativa.

Nesta linha de pensamento, pode-se dizer que a lesão patrimonial não é requisito essencial para a configuração da improbidade administrativa em geral, mas para aquela modalidade descrita no artigo 10 da Lei n. 8.429/92 é exigência indispensável.

O erário, na atualidade, é considerado uma espécie do gênero patrimônio público, que passou a englobar outros bens além dos materiais, como, por exemplo, o meio ambiente. Já o fisco passou a representar uma espécie de bens, decorrentes da arrecadação tributária, abrangidos pelo conceito de erário.

A expressão “patrimônio público” foi delineada no § 1º⁷¹, do artigo 1º, da Lei n. 4.717 de 1965, como sendo não somente aqueles de valor econômico, mas também de valor estético, artístico, histórico ou turístico.

A Constituição Federal de 1988 utiliza, ao lado da expressão patrimônio público, de forma complementar, as expressões “moralidade administrativa, meio ambiente (artigo 129, inciso III) e patrimônio histórico e cultural” (artigo 5º, inciso LXXIII).

O artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa não tutela o patrimônio artístico, estético, histórico ou turístico, muito embora estejam abrangidos pelo conceito legal de patrimônio público. Por isso, o emprego da expressão erário para definir os bens e direitos de natureza econômica do patrimônio público. Erário é expressão mais restrita do que patrimônio público, e, para a aplicação do artigo 10, necessário se faz a presença da lesão patrimonial, entendida como a diminuição econômica do patrimônio público. O termo empregado “dano”, neste sentido econômico antes propostos, designa a diminuição do patrimônio, ligado à ideia de prejuízo. O artigo 10 não pune o resultado dano, mas a forma ou meios que o produziram, ou seja, o dano que interessa para a Lei de Improbidade Administrativa é aquele decorrente da desonestidade do agente público, que dão origem ao conceito de corrupção. Ele ainda deve decorrer de uma ilegalidade gravíssima, ser atual e certo. Ou seja, nessa concepção, a ideia de dano presumido não legitima a aplicação da Lei n. 8.429/92, visto ser a lesão do artigo 10 de natureza material e efetiva⁷².

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça havia um posicionamento pacificado nas 1ª e 2ª Turmas⁷³ sobre a necessidade de demonstração do dano efetivo. Ressalte-se, contudo a corrente capitaneada pelo Ministério Público, que defende a existência de dano presumido, quando há uma quebra do dever legal, como por exemplo, na dispensa ilegal de licitação.

Contudo, de uns tempos para cá, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a figura do dano presumido, que facilita a tipificação da improbidade do artigo 10, da Lei n. 8.429/92.

A questão do dano *in re ipsa* na improbidade administrativa teve como uma de suas primeiras manifestações a apreciação do AgRg nos EDcl no AREsp 419.769/SC, rel. min.

⁷¹ Art. 1º

§1º Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (Redação dada pela Lei n. 6.513/77).

⁷² SIMÃO NETO, Calil. Improbidade administrativa: teoria e prática, cit., p. 255.

⁷³ STJ – REsp 1228306/PB, rel. ministro Castro Meira, j. 9/10/2012, REsp 621.415/MG, rel. ministra Eliana Calmon, j. 16/2/2006; REsp 805.080/SP, 1ª Turma, DJe 6/8/2009; REsp 939.142/RJ, 1ª Turma, DJe 10/4/2008; REsp 678.115/RS, 1ª Turma, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, 1ª Turma; DJ 13/12/2007; REsp 714.935/PR, 2ª Turma, DJ 8/5/2006; REsp 1.038.777/SP; min. rel. Luiz Fux, 1ª Turma, Dj 3/2/2011, Dp 16/3/2011.

Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 25/10/2016, no qual se destaca a seguinte passagem: “A fraude à licitação tem como consequência o chamado dano *in re ipsa*, reconhecido em julgados que bem se amoldam à espécie”.

O voto condutor do aresto faz referência a dois julgados anteriores, da própria 2ª Turma, ambos tendo como relator o Ministro Mauro Campbell Marques⁷⁴, além de um julgado do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello⁷⁵. O primeiro acórdão citado como paradigma, entretanto, não versa sobre ação de improbidade administrativa, mas, sim, de ação civil pública comum. Neste, o Superior Tribunal de Justiça não admitiu a tipificação do ato de improbidade administrativa com base em dano presumido, cingindo-se a decidir sobre a nulidade do ato administrativo antes impugnado e a obrigação de ressarcimento.

Já o último julgado citado foi prolatado em ação popular, que não possui caráter punitivo. A Lei n. 4.717/65 – Lei de Ação Popular – prevê em seu artigo 4º as hipóteses de atos presumidamente lesivos ao patrimônio público, contudo, o dispositivo tem o efeito somente de inverter o ônus da prova sobre a legitimidade das condutas, mas não de possibilitar a condenação ao ressarcimento sem efetivo dano ao erário. Ademais, como se verá adiante, a inversão do ônus da prova, em sede de improbidade administrativa, esbarra no princípio da presunção de inocência, aplicável à espécie.

O julgado acima mencionado inaugurou uma reprodução reiterada do entendimento, que, por sua vez, contraria a decisão firmada pela 1ª Seção do próprio Superior Tribunal de Justiça, em sede de embargos de divergência, no sentido de que mesmo em ação popular, é necessária a prova da lesão efetiva para que o agente público seja condenado a ressarcir ao erário⁷⁶.

Nos dizeres do professor Napoleão Nunes Maia filho, a ideia de dano implícito, se relaciona com a dispensa de produção de prova da lesão, o que não pode ser admitido no direito punitivo, que sempre exige a comprovação de lesão grave ao bem jurídico tutelado. Afirma que

⁷⁴ REsp 1.280.321/MG, DJe 9/3/2012 e REsp 1.190.189, DJe 10/9/2010

⁷⁵ RE 160.381/SP, DJ 12/8/1994

⁷⁶ ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE.

1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontrolado nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade.

(STJ – EREsp 260.821/SP, rel. ministro Antonio Carlos Ferreira, rel. p/ acórdão ministro João Otávio De Noronha, j. 1/12/2011).

a ideia de dano presumido pertence à seara da responsabilidade civil, e apenas para o dano moral, cuja materialidade possui aspecto imaterial, de ordem subjetiva, não sendo aplicável ao direito sancionador, do contrário, haveria imenso retrocesso na concepção da punibilidade dos ilícitos⁷⁷.

Outro ponto controverso do artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa, refere-se a admissão ou não da figura culposa. A polêmica se inicia com a redação do artigo 5º da lei, que prevê o ressarcimento integral do dano nos casos de lesão ao patrimônio público. Na sequência, o artigo 10 faz menção expressa sobre as ações dolosas e culposas, para configuração do tipo, sendo que as demais modalidades nada dispõem sobre o assunto.

Para aqueles que defendem a impossibilidade da figura culposa, seria inverossímil se imaginar a existência da má-fé no ato, sem que se tenha a intenção de praticá-lo.

Seria impossível se pensar em um agente público desonesto ou corrupto por culpa, uma vez que o conceito de culpa está associado ao não querer, proveniente de um descuido.

Outro argumento que se mostra relevante ressaltar, a demonstrar a impossibilidade de acatamento da figura culposa, se relaciona com o princípio da proporcionalidade. Isso porque a improbidade administrativa tem previsão de severas sanções, como a suspensão dos direitos políticos e perda do cargo público, que estão ligadas a direitos fundamentais. Nesse caminho, viola o princípio da proporcionalidade a aplicação de sanções tão severas, por condutas ligadas à negligência, imprudência ou imperícia do agente, no qual não há intenção na prática do ato.

Contudo, no julgamento dos Embargos de Divergência em Resp n. 479.812, Relator Ministro Teori Zavascki, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que nas figuras típicas dos artigos 9º e 11, exige-se a presença do dolo, e, no artigo 10, é exigido ao menos a culpa.

A corrente que defende a possibilidade da culpa, na figura descrita no artigo 10, da LIA, utiliza como fundamento a literalidade do dispositivo.

Vê-se em diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, a exigência de demonstração da culpa grave, no sentido de exigir uma intensidade na conduta que vai além do mero descuido⁷⁸.

⁷⁷ MAIA FILHO, ob. cit., p. 122.

⁷⁸ A improbidade administrativa é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10. (Ag Rg no Ag em Resp n. 206.256/RJ. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 11-3-2014).

A discussão sobre a possibilidade da improbidade na modalidade culposa ganhou novos contornos com a nova redação do artigo 28, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que dispôs que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, que, para alguns, passou a representar verdadeira antinomia à regra contida no art. 10 da LIA, que possibilita a responsabilização culposa.

Duas correntes surgiram da interpretação desse artigo; a primeira, defendendo que ele pretendeu a revogação parcial do artigo 10, da Lei n. 8.429/92, nos termos do artigo 2º, § 1º, da LINDB, que prevê a revogação da lei anterior pela lei posterior, quando expressamente o declare, ou seja, com ela incompatível. Segundo esta corrente, a aplicação da improbidade pelo dano ao erário somente seria possível pelo dolo ou culpa grave. A segunda corrente defende a manutenção da culpa, utilizando o critério da especialidade da Lei de Improbidade Administrativa.

Ainda há que se mencionar a posição já externada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, pelo meio do enunciado nº 10 de Súmula, que dispôs que os atos de improbidade que causem dano ao erário não são mais punidos quando praticados na modalidade culposa: “o artigo 10 da lei 8.429/92 foi alterado pela lei 13.655/18, não mais sendo admitida a caracterização de ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário na modalidade culposa”.

Por meio da Lei Complementar n. 157, de 29 de dezembro de 2016, foi o rol dos atos de improbidade administrativa ampliado, ao se estabelecer um novo tipo, vinculado aos atos de natureza tributária relacionados ao Imposto Sobre Serviço – ISSQN.

O novo tipo sancionador traz a conduta contrária a outra norma legal, qual seja, a Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, e sanciona a concessão, aplicação ou manutenção de benefício financeiro ou tributário contrário a esta. Trata-se de um tipo que depende de complementação de outra norma legal, para fins de sua aplicação. Tal conduta restringe a autonomia dos entes municipais na gerência da arrecadação.

Seu objetivo é estipular uma regra geral a ser seguida pelos entes, estabelecendo uma alíquota mínima, evitando-se a chamada “guerra fiscal”.

Admite-se, aqui, somente a figura dolosa, diversamente do previsto no *caput* do artigo 10, por falta de previsão legal, exigindo-se benefício financeiro ou tributário indevido específico para a consumação da infração, implicando, ainda, no descumprimento da alíquota mínima definida em lei federal.

Por fim, tem-se o terceiro bloco de improbidade administrativa, previsto no artigo 11 da Lei n. 8.429/92, que diz respeito a violação aos princípios que regem a administração pública, previstos explicitamente no artigo 37, da Constituição Federal, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; além daqueles implícitos, extraídos do direito público.

O artigo 11 considera ato de improbidade administrativa qualquer atentado aos princípios que regem a Administração Pública, ou seja, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

A violação aos princípios protegida pela Lei de Improbidade é aquela decorrente da desonestidade funcional, por ilegalidade e atrelada a deslealdade do agente público. É muito mais que uma mera violação ao princípio da legalidade ou moralidade administrativa, é uma lesão ou violação impregnada de desonestidade.

Do contrário, estar-se-ia, novamente, voltando a discussão da confusão entre ilegalidade e improbidade administrativa. Os incisos delineados no artigo 11, trazem um rol exemplificativo de violações.

Há forte crítica ao dispositivo que sanciona a violação de conteúdos demasiadamente abertos, como os são os princípios, o que implicaria em insegurança jurídica. Algumas críticas chegam fazer correlação com o princípio da taxatividade, exigido na seara penal.

Nesta linha, há defesa da inconstitucionalidade do artigo 11 da LIA, porque, à guisa da discussão sobre a natureza do ato de improbidade – civil, penal ou administrativo –, havendo a previsão de sanções graves aos infratores, necessário seria o respeito aos princípios constitucionais que regem as normas sancionadoras (sistema jurídico-punitivo), dentre eles a legalidade, taxatividade, reserva legal e devido processo legal.

Portanto, nesta ótica, não seria admitida a previsão de tipo normativo-punitivo pela violação de princípios.

Contudo, tal raciocínio não ganhou musculatura suficiente para discussão mais intensa nos tribunais, mormente porque a taxatividade do direito penal não é exigida na improbidade administrativa.

Fábio Medina Osório⁷⁹ salienta que os tipos do direito administrativo sancionador são, em regra, mais elásticos que os tipos penais, dada a utilização da dinâmica própria do terreno administrativo, de modo que a legalidade das infrações e das sanções é composta, no mais das vezes, por conceitos altamente indeterminados e cláusulas gerais que outorgam amplos espaços

⁷⁹ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, cit., p. 205-206.

à autoridade julgadora, resultando comum se falar em “normas em branco” no campo do direito administrativo sancionatório.

Discorre o jurista, no entanto, que não se pode admitir a violação direta de princípios sem prévia intermediação legislativa, sob pena de insegurança jurídica. Ele afirma que os princípios podem trazer funcionalidade normativa de controle de validade dos atos administrativos, mas não podem exercer uma função autônoma e individual de tipos sancionadores. E em um Estado Democrático de Direito, onde se exige no direito sancionador a segurança jurídica, legalidade e tipicidade, não cabe aos princípios a tarefa de tipificar atos de improbidade ou ilícitos penais⁸⁰.

No seu entendimento, portanto, a tarefa de tipificação dos atos de improbidade administrativa não cabe aos princípios, em respeito à segurança jurídica e legalidade⁸¹.

Já, para Marcelo Figueiredo, a violação de princípios genéricos expõe o agente público a severas sanções da Lei n. 8.429/92 ofenderia os princípios da razoabilidade e proporcionalidade⁸².

⁸⁰ “Não pode existir improbidade administrativa por meio de violação direta das normas da própria LGIA. Se aceitássemos tal hipótese, estaria aberta a via de uma grave insegurança jurídica. Os princípios podem ostentar funcionalidade normativa de controle de validade dos atos administrativos, mas jamais uma função autônoma de suporte aos tipos sancionadores da Lei Federal 8.429/92. Um equívoco corrente na doutrina é precisamente o de atribuir aos princípios essa funcionalidade de integrar a tipicidade da LGIA, sem referência a uma prévia intermediação legislativa, equívoco que induz ou é induzido por argumentações judiciais precariamente compreendidas em sua essência, num contexto de deficitária visualização das funções normativas das regras e princípios”. (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, cit., p. 276-277).

⁸¹ “A tarefa de embasar direta tipificação de improbidade administrativa ou transgressões penais não cabe às normas principiológicas. Essa é a dimensão democrática do dever de probidade, que se assenta no dever de obediência à legalidade e no respeito ao império da segurança jurídica, carecendo, como se dá no direito punitivo em geral, de um processo tipificatório complexo, que se integra por regras legais, valores e princípios jurídicos. (...) No caso em exame, a improbidade requer um processo laborioso e sofisticado, considerando a estrutura das normas que integram a LGIA. Não se pode, por razões de segurança jurídica, legalidade, tipicidade e fundamentos do Estado Democrático de Direito, imputar improbidade administrativa a alguém, formulando uma acusação de vulneração isolada dos ditames de qualquer dos textos da LGIA, porque a incidência desta depende, de modo visceral, da prévia violação de outras normas. Trata-se, aqui, de formular uma exigência de fundamentação democrática da imputação, assegurando-se o direito ao devido processo legal e, em especial, à ampla defesa”. (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, cit., p. 276-277).

⁸² “Deveras, novamente a lei peca pelo excesso ao equiparar o ato ilegal ao ato de improbidade, ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que o ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentatória à legalidade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade.” (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 125).

2.2 Elementos do ato de improbidade

A configuração do ato de improbidade administrativa exige a presença de elementos característicos que compõe o seu regime jurídico e trazem a sua identificação, de modo a tornar improvável a sua confusão com outros ilícitos ou institutos.

A identificação dos elementos que compõem o ato de improbidade administrativa é de vital importância para diferenciação do instituto, impedindo confusões, imputações injustas e sancionamento indevido.

O diagnóstico da improbidade supõe um processo de raciocínio jurídico revestido de peculiaridades e vinculado a parâmetros de segurança jurídica, eis que é necessária uma previsibilidade mínima das condutas proibidas, diante da vagueza dos tipos sancionadores.

Muito embora não tenha a lei definido esses elementos de forma explícita, tampouco a natureza do ato e aspectos mais específicos do instituto, a doutrina e jurisprudência, apesar de divergências, ao longo dos 27 anos de existência da lei, foram desenvolvendo os conceitos, desde a identificação e natureza do ato, passando pelo processamento da ação, e aplicação das sanções.

A falta de uma dogmática estruturada na Lei, e sendo a improbidade um instituto relativamente novo no nosso ordenamento, faz com que tenha havido ao longo de sua existência diferentes opiniões sobre seus elementos estruturantes e requisitos.

O processo de adequação típica no regime jurídico do direito sancionador deve observar cautelas que conduzam a níveis aceitáveis de racionalidade, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade do devido processo punitivo.

Quando se faz uma análise mais profunda, observa-se que os tipos punitivos da improbidade administrativa devem atuar de forma excepcional, alcançando condutas marcadamente danosas e desonrosas.

Fabio Medina Osório⁸³ chama a Lei n. 8.429/92 de “Lei Geral de Improbidade Administrativa (LGIA)”, dizendo que ela possui natureza de um Código Geral de Conduta dos

⁸³ “A LGIA, em nosso entender, encaixa-se nesse conceito de “Código”, por suas características fundamentais, tendo por objeto central regular a “conduta” de todos os agentes públicos brasileiros, com a cominação de sanções jurídicas às posturas transgressoras. Nesse passo, há uma aproximação a determinados modelos regulatórios que, vigentes em outros cenários, buscam primordialmente a implementação de valores éticos. Não obstante essa aproximação, diante da variedade das espécies codificadoras em jogo, a LGIA assume suas feições peculiares e sua própria identidade no sistema constitucional pátrio, reclamando o reconhecimento de seu regime jurídico e sua singularidade nos cenários de direito comparado.

Deve-se atribuir à LGIA um papel inovador e rompedor de paradigmas não apenas no sistema brasileiro, como também no direito comparado, consoante já tivemos oportunidade de aduzir por ocasião da tradução da Lei 8.429/92 ao idioma espanhol, oportunidade em que denominamos a LGIA de Código geral de conduta dos agentes públicos brasileiros.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, cit., p. 185-186).

agentes públicos brasileiros, estabelecendo sanções jurídicas às posturas transgressoras. Ela assume identidade própria no sistema constitucional, reclamando o reconhecimento do seu regime jurídico, construído pela doutrina e jurisprudência ao longo destes anos de existência, muito embora também reconheça existir uma deficiência na construção de uma teoria geral da improbidade administrativa, o que faz com que haja confusão conceitual na imputação do ato, abrindo margem para o subjetivismo e arbitrariedades.

Obviamente, o reconhecimento dos elementos tem especial relação com a natureza do instituto que, apesar de não ser o objetivo do tópico, mostra-se fundamental algum comentário.

Isso porque a improbidade administrativa possui hoje a mesma carga sancionadora, a mesma severidade de penas aos agentes públicos, os mesmos constrangimentos e aflições do tipo penal, muito embora com ele não se confunda. Pelo fato de não ser considerado formalmente crime, na dicção expressa do § 4º, do artigo 37, da Constituição Federal, não pode ser retirado do ato de improbidade alguns institutos do direito penal, ou seja, de uma ordem protetiva de direitos e garantias individuais, que garantem um conteúdo material ao Estado Democrático de Direito.

Por conta disso, há a necessidade de um conteúdo material para a existência do ato de improbidade administrativa, para evitar resposta punitiva desproporcional ou injusta⁸⁴.

No entendimento de Fernando Capez⁸⁵, após a constatação do fato suspeito, para caracterização do ato de improbidade administrativa, devem ser observadas algumas etapas.

Primeiramente, deve o fato estar relacionado, ainda que de forma genérica, com os artigos 9º, 10 e 11, da Lei n. 8.429/92, a fim de se apurar a sua tipicidade formal, ou seja, a verificação legal de ocorrência de uma das hipóteses de improbidade.

Em segundo lugar, deve o ato já tipificado formalmente possuir, no caso concreto, conteúdo material de improbidade, isso significa que deve ele apresentar ofensividade ao bem jurídico tutelado pela norma. Essa lesão deve ser significativa e estar em desconformidade social, ou seja, o autor do fato deve desatender as expectativas sociais.

⁸⁴ “Repare-se na importância desta advertência: quem vulnera o princípio da impessoalidade, mesmo quando ataca, simultaneamente, regras jurídicas subjacentes, não se encaixa, de modo automático, na LGIA. Tal assertiva vale para todos os deveres que a LGIA consagra. E isso porque apenas uma valoração mais detalhada, concreta e comprometida com um olhar profundo e crítico pode permitir o diagnóstico certo em torno à patologia da improbidade. Esse olhar, por seu turno, fica adstrito aos requisitos gerais do ato ímprobo, como já assinalado, donde a importância de se construir um caminho sólido rumo à censura ético-normativa estampada na LGIA. (...) Isso porque a violação de normas, é verdade, pode assemelhar-se a uma infração puramente formal, mas em realidade não o é. E assim é certo precisamente em face da necessidade de uma lesão material ao bem jurídico tutelado, é dizer, aquele valor juridicamente protegido pela norma.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, cit., p. 327-328)

⁸⁵ CAPEZ, Fernando. *Improbidade Administrativa*. Limites constitucionais. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 317-318.

Essas duas primeiras etapas, na visão do escritor, constituem a chamada imputação objetiva do ato de improbidade administrativa ao tipo previsto na Lei n. 8.429/92. No caso de atendimento destas, diz que o ato pode ser considerado formal e materialmente ímprobo.

Por conseguinte, passa-se a aferição da antijuridicidade ou ilicitude da conduta e, na última etapa, a culpabilidade do autor, que é pressuposto para imposição de pena.

No seu entendimento, o ato de improbidade exige, portanto, três requisitos, sem os quais não poderá haver apuração de responsabilidade: tipicidade formal, tipicidade material, e dolo ou culpa. Somente preenchidos esses requisitos – com a verificação das etapas acima descritas, na sequência – é que se poderá falar em ato de improbidade administrativa.

Ele, ainda, discorre sobre a exigência de demonstração e limitação do nexo de causalidade, a partir de elementos normativos, de modo a impedir imputações injustas.

Já Fábio Medina Osório⁸⁶ considera ser possível traçar uma estrutura analítica do ato ímprobo, no sentido de que o sujeito ativo da improbidade só pode ser assim reconhecido quando presentes um conjunto de elementos que integram o sistema normativo. Afirma que esses elementos integram a estrutura tipológica do ato, constituindo substrato normativo e material do ato de improbidade, bem como os pressupostos gerais de imputação. Um ato ímprobo requer o sujeito ativo e requisitos materiais e formais de imputação.

No seu entendimento, *prima facie*, a improbidade tem relação com a conduta humana, porém, na estrutura punitiva moderna, que admite a responsabilização criminal da pessoa jurídica, com mais razão se deve permitir que a improbidade também possa ser a ela imputada. Nesse viés, a dogmática básica da Lei de Improbidade se dirige essencialmente a pessoas físicas, únicas que se encaixam na condição de agentes públicos, porém a dogmática específica relacionada à responsabilidade da pessoa jurídica permite que ela possa aparecer como concorrente à prática do ato. Há uma modificação do conceito de conduta e de responsabilidade subjetiva, alcançando novos paradigmas a partir da ficção jurídica⁸⁷.

Como primeiro sintoma do ato de improbidade administrativa, cita o autor a presença de um ato ilícito, mediante ação ou omissão de um agente público, relacionado com as funções

⁸⁶ “Devemos analisar os elementos configuradores do ato de ímprobo e, mais ainda, de sua imputação ao sujeito ativo, daí sintetizarmos na expressão normativa: estrutura analítica do ato de improbidade administrativa. Isso porque o sujeito ativo da improbidade pode ser reconhecido como tal a partir de um conjunto de elementos constitutivos que integrem o sistema normativo. A visão analítica permite reconhecer tais elementos. Diga-se que esses elementos integram a estrutura tipológica do ato, já que constituem o substrato normativo e material de todo e qualquer ato de improbidade administrativa, mas também configuram os pressupostos gerais de imputação, dentro do esquema repressivo estabelecido na LGIA. Um ato ímprobo supõe a presença de sujeito ativo e de requisitos materiais e formais de imputação”. (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, Ob. cit., p. 279).

⁸⁷ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, cit., p. 279-283

públicas exercidas, ou seja, deve ter conexão com elas, não sendo necessário que se trate de atos administrativos ou tipicamente funcionais.

As condutas privadas e incompatíveis com a dignidade do cargo não configuram, automaticamente, improbidade administrativa, salvo se existir uma norma expressa neste sentido. O dever de probidade traduz exigências de lealdade institucional na perspectiva dos deveres legais relacionados com as atribuições públicas. Condutas privadas incompatíveis com a dignidade do cargo ou inapropriadas devem ser reguladas pelo estatuto do servidor respectivo⁸⁸.

Outro elemento colocado pelo jurista é o desvalor ou reprovabilidade da conduta praticada, já que os fundamentos normativos da imputação residem, além das atuações intencionais ou negligentes, nos tipos de resultados produzidos.

Para ele, o conteúdo da conduta proibida não vem representado exclusivamente pela lesão ou exposição ao perigo do objeto do tipo, mas também pelo modo e forma de realização do fato, a estrutura formal da transgressão. Reconhece, muito embora, que essa dinâmica é aberta e permite amplos espaços de valoração por parte do intérprete.

Neste tópico, ainda, fala da maior responsabilidade do sujeito que ocupe posição hierárquica superior, destacando, porém, que o que importa é a proximidade que o sujeito mantém com o fato e sua autonomia decisória. O processo de valoração e integração da norma – que se dá com a interpretação – contudo, deve ser feito livre de subjetivismos, calcado na razoabilidade e respeitando os direitos fundamentais em jogo.

Outra etapa descrita pelo autor na identificação do ato ímprobo diz respeito ao processo adequação típica e reconhecimento da culpabilidade, ou seja, aquela do qual deriva o dolo e a culpa diretamente. No seu entendimento e por força do mandamento constitucional que determina a responsabilidade civil subjetiva dos agentes públicos nas ações de regresso, somente se mostra admissível a imputação do ato ímprobo por dolo ou culpa.

Entende o jurista que, se a Constituição Federal exige o dolo e culpa na responsabilidade civil do agente público em caso de regresso, em que se está a falar em indenização com caráter pecuniário, com muito mais razão nas ações que visam impor sanções. Em situações de maior gravidade, não se pode admitir menor rigor de critérios para imputação.

No caminho em direção à responsabilização do ato ímprobo, tem-se, após a verificação da tipicidade, ou do injusto culpável, a necessária observância do requisito da imputação do agente.

⁸⁸ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, cit., p. 323-336

Deve ser analisado se o agente transgressor pode, ou não, ser responsabilizado pelo fato. Até mesmo em decorrência da culpabilidade, a sanidade do agente pode ser um obstáculo à sua responsabilização, porque interfere no conhecimento do tipo de dos elementos de reprovação da conduta.

Por fim, defende que para haver imputação de ato de improbidade administrativa a um agente público, será imprescindível observar a relação causal do ato com a competência funcional do agente, seja na ação ou omissão.

Neste caso, entende que a mera delegação de competência, por si só, não exclui a responsabilidade, visto que, se persistir a competência fiscalizadora ou supervisora, permanecerá o agente responsável em conjunto pelo ato de seu subordinado.

Fazendo menção a Jescheck, utiliza a sistemática da imputação objetiva, nos sentidos de atribuir um resultado causado pela ação humana, quando esta criou risco proibido ao bem juridicamente protegido. Não haverá imputação quando faltar um risco juridicamente reprovável ou quando o resultado ficar fora do âmbito protetor da norma violada.

Há que se afastar a análise dentro de parâmetros e pressupostos puramente objetivos, sem valoração sob o prisma da responsabilidade subjetiva do autor. A relação causal não pode ser vista como fenômeno puramente mecânico e automático.

Já Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo⁸⁹ visualiza as etapas para imputação do ato de improbidade administrativa ou identificação deste na conduta do agente, quando o ato, inicialmente, é antijurídico, que causa enriquecimento ilícito, ou provoque lesão ao erário público, ou ainda viole os princípios da Administração Pública.

Na sequência, entende haver a necessidade de demonstração do dolo ou culpa do agente, seguindo pela demonstração do nexo de causalidade entre o ato e o enriquecimento ilícito ou danos ao erário. Por fim, entende necessária a verificação da autoria do ato de improbidade.

Observa-se, nesse contexto, a importância da identificação dos elementos estruturantes do ato de improbidade administrativa, para que se possa falar em incidência da Lei n. 8.429/92.

⁸⁹ “Podemos dizer, de maneira sucinta, que os elementos que integram o ato de improbidade administrativa são: a) um ato antijurídico, isto é, um ato que: a.1) importe enriquecimento ilícito; a.2) provoque danos ao erário; a.3) viole os princípios da Administração Pública; b) praticado com dolo ou culpa, conforme o caso; c) nexo de causalidade entre o ato e o enriquecimento ilícito, entre o ato e o dano ao erário; d) autoria do ato de improbidade. Sendo esses os elementos básicos do ato de improbidade, caberá ao autor da ação descrever cada um deles, com precisão e clareza, até para que o sujeito passivo possa exercer seu direito de defesa.” (Reflexões sobre a defesa antecipada na lei de improbidade administrativa. In: Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94)

Em verdade, esse é um trabalho complexo, do qual ainda não se chegou a um consenso, muito possivelmente por conta da deficiência na teorização do instituto.

Isso faz com que haja opiniões divergentes sobre a imputação do ato de improbidade administrativa, com a multiplicação de ações para o sancionamento de condutas diferentes. A falta de delimitação dos elementos estruturantes traz insegurança jurídica na aplicação da norma sancionadora, pois abre espaço para respostas divergentes para situações análogas.

2.2.1 Tipicidade, elemento subjetivo, má-fé ou desonestidade.

À guisa dos elementos já citados no procedimento de imputação do ato de improbidade administrativa, do qual o trabalho citou entendimento de respeitáveis juristas, tem-se importante aprofundar a discussão acerca da tipicidade, elemento subjetivo, má-fé ou desonestidade, figuras marcantes para identificação do ato ímprobo.

O princípio da legalidade foi estruturado na Constituição Federal nos incisos II, XXXIX, XL e LIV, e dele decorre um plexo de direitos e garantias individuais. Ele é estruturante do Estado Democrático de Direito, na medida em que evita arbítrios na identificação de condutas proibidas. Está o princípio ligado aos direitos fundamentais de primeira geração, que além de tratarem de liberdades civis, também impõe contenção à atuação do Estado em face dos cidadãos.

O inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição exige a existência de lei anterior para identificação do crime, o que se denomina de reserva legal. Há uma exigência dela decorrente da descrição individualizada do tipo, com descrição dos comportamentos violadores da ordem pública, o que se compreende por tipicidade.

Nos dizeres de Fernando Capez⁹⁰, fato típico é o fato material que se encaixa aos elementos do tipo penal previsto em lei. Possui como elementos a conduta culposa ou dolosa, o resultado (nos crimes materiais), o nexo causal e a tipicidade.

Como ponto de partida de qualquer intento punitivo está o fato típico, ou seja, aquele que se corresponde a alguma descrição contida em regras genéricas, objetivas e impessoais. Sem essa constatação inicial não há base para identificação de um delito.

Tal correspondência entre a conduta humana com a norma incriminadora previamente definida se relaciona com a tipicidade formal, que inicialmente foi fundamental para que a

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. *Improbidade Administrativa*. Limites constitucionais, Ob. cit., p. 26.

justiça passasse a ter critério técnico em substituição dos abusos dos períodos anteriores. A ideia de fato previamente descrito como crime, de forma técnica, e a correspondência deste com o fato humano praticado, em todos seus elementos, representou maior segurança e equidade no direito penal⁹¹.

A noção de Estado de Direito, portanto, até aqui, estava calcada na tripartição dos poderes, bem como na sujeição de todos ao império da lei, exurgindo daí o princípio da legalidade, do qual assegura uma igualdade formal entre os homens. Tal concepção representou um avanço significativo em uma época em que predominavam os arbítrios do absolutismo monárquico. Qualquer interpretação que fugisse à aceção literal do texto legal poderia caracterizar subjetivismo arbitrário.

Conduto, o Estado Democrático de Direito está além desta construção formal, desta previsão formal de garantias que em momento posterior se mostraram inócuas, impondo deveres quanto a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Significa a exigência de conteúdo e adequação social para a lei. Os tipos incriminadores, nesta visão, deveriam escolher os comportamentos humanos que possuíssem lesividade social, e além de formalmente descritos, deveriam possuir conteúdo material, que significa que seu conteúdo deve atender aos princípios constitucionais derivados do Estado Democrático de Direito.

No âmbito penal, diz-se que o Estado Democrático de Direito tem íntima relação com o princípio da dignidade humana, que orienta a formação do seu sistema⁹², tanto no momento em que o legislador cria um novo delito, quanto no instante que o operador do direito faz a adequação típica. Mostra-se importante, aqui, a investigação ontológica do tipo incriminador ou o controle de compatibilidade vertical com os princípios que compõe a ordem constitucional.

Nessa perspectiva, crime é conceituado sob o aspecto material e formal. Quanto ao material, busca-se conhecer a essência de crime, qual seja o fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos considerados fundamentais.

⁹¹ Quanto a imprescindibilidade da tipicidade, extrai-se a síntese do voto do Ministro Celso de Mello, na Extradicação n. 633: “O ato de tipificação penal *impõe* ao Estado o dever de identificar, *com clareza e precisão*, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem essa exigência de objetividade – além de descumprirem a *função de garantia* que é inerente ao tipo penal – qualificam-se como expressão de um discurso normativo absoluto incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos” (STF. Rel. Min. Celso de Mello, Ext. nº 633/CH, Pleno, DJ de 06.04.2001, p. 67)

⁹² “Pode-se, então, afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do direito penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência do nosso Estado.” (CAPEZ, Fernando. *Improbidade Administrativa*. Limites constitucionais. Ob. cit., p. 31).

Se a tipicidade, em seu aspecto originário, exigia o enquadramento completo, perfeito, de uma conduta praticada ao modelo descrito na lei, nesta concepção material, exige-se a busca do conteúdo ontológico, axiológico para configuração do crime, valorando o seu significado.

Essa perspectiva é proposta pela teoria da imputação objetiva, que trouxe sensíveis modificações no campo da tipicidade, já que nos delitos com ou sem resultado, a conduta típica é buscada não só com a correspondência formal, mas, também, por meio de seu significado no mundo dos valores⁹³.

À guisa do aprofundamento sobre a teoria, antes mencionada, é importante para o estudo aqui formulado a análise da adequação típica, exigível para imposição de sanção não só no direito penal, mas também nos atos de improbidade administrativa, por força dos princípios da legalidade e da vedação às arbitrariedades.

Isso porque há que se buscar o conteúdo axiológico do ato violador, mormente no campo da improbidade, que tem como característica a violação à probidade, ao dever essencial de lealdade, que somente se configura a partir do ato contrário à honestidade, requisito este de caráter normativo, cuja valoração pelo intérprete é essencial para configuração típica. Ou seja, a análise da quebra do dever de probidade exige valoração normativa pelo intérprete, e por isso não pode ficar à mercê de subjetivismos.

Ademais, o ato de improbidade possui pesada carga sancionadora, impondo ao agente público aflições muitas vezes semelhantes do crime, os mesmos constrangimentos. Por carregar a pecha da infâmia, da corrupção, e de se ver privado de seus bens e direitos fundamentais, atrai para o seu bojo os direitos e garantias individuais contra arbítrios, que por consequência exigem o conteúdo material do ato para sua configuração.

⁹³ Paulo de Souza Queiroz, ao afirmar que a finalidade da teoria da imputação objetiva não é a de imputar resultado, mas, sim, visa limitar o alcance do tipo: “A teoria da imputação objetiva – que procede a Larenz e Honig (1927, 1930) – tem atualmente em Roxin e Jakobs Gunther seus mais destacados representantes, teoria cuja pretensão não é, propriamente, em que pese o nome, imputar resultado, mas, em especial, delimitar o alcance do tipo objetivo (matar alguém, por exemplo), de sorte que, em rigor, é mais um teoria da não imputação do que uma teoria da imputação. Trata-se, além disso, não só de um corretivo à relação causal, mas de uma exigência geral da realização típica, a partir da adoção de critérios essencialmente normativos, de modo que sua verificação constitui uma questão de tipicidade, e não de antijuridicidade, prévia e prejudicial à imputação do tipo subjetivo (dolo e culpa). Para essa teoria, o resultado de uma ação humana só pode ser objetivamente imputado a seu autor quando sua atuação tenha criado em relação ao bem jurídico protegido uma situação de risco (ou perigo) juridicamente proibido, e que tal risco se tenha materializado num resultado típico, ou seja, a imputação do tipo pressupõe que o resultado tenha sido causado pelo risco não permitido criado pelo autor. Significa dizer, enfim, que, estando o risco produzido dentro do que normalmente se admite e tolera socialmente, não caberá a imputação objetiva do tipo, ainda quando se trate de uma ação dolosa, que cause lesão ao bem jurídico em questão. Em conclusão, pois, a interpretação do tipo objetivo pressupõe um perigo criado pelo autor e não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo é dizer que determinado resultado lesivo só pode ser juridicamente – teleológico – valorativamente -, atribuído a uma ação como obra sua, e não como obra do azar” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 132-133).

A exigência de conteúdo material para identificação do ato de improbidade administrativa, nesse passo, mostra-se essencial para evitar resposta punitiva desproporcional por parte do Estado.

Esse conteúdo exige uma ofensividade por parte do ato, ou seja, que o bem jurídico tutelado – probidade – seja lesado ou exposto a perigo efetivo pela conduta do agente público.

A verificação do conteúdo material se mostra cabível nos atos de improbidade de qualquer natureza, na verificação concreta da lesão ou exposição a lesão do bem jurídico tutelado. A lesão, aqui, é de se deixar claro, não se confunde com o dano do artigo 10, da Lei n. 8.429/92, mas referindo-se ao bem jurídico protegido pela norma.

Esta busca pelo conteúdo material do ato de improbidade administrativa tem relevância para propiciar um mecanismo de controle jurisdicional no caso concreto, quanto a aplicação abstrata do tipo de improbidade, até mesmo porque não se pode descurar da sua enorme abrangência, que abarca as mais variadas situações, por conta de sua tipificação aberta e imprecisa.

Enquanto a pessoa processada no âmbito penal conta com a taxatividade na descrição dos tipos, aquele que é processado por improbidade administrativa encontra tipos abertos e abrangentes, o que reforça a necessidade de controle material sobre o conteúdo da conduta.

O processo de adequação típica, portanto, não é fenômeno privativo do direito penal, mas conquista da humanidade, que engloba o direito punitivo como um todo, por força do devido processo legal e da legalidade que embasam o Estado Democrático de Direito.

Mostra-se, muitas vezes, ignorado na identificação do ato de improbidade, que pela sua elasticidade normativa propiciada pela redação aberta, abre campo para a aferição mecânica e formal do tipo sancionador, abrindo espaço para o subjetivismo dos intérpretes e, conseqüentemente, o arbítrio.

Ainda em se tratando de tipicidade, é de se apontar a necessidade de identificação do dolo ou culpa na conduta do agente público, para que se possa falar em ato ímprobo.

O sancionamento por ato de improbidade administrativa a partir, somente, da responsabilidade subjetiva, decorre, como dito anteriormente, do próprio texto constitucional, que o no § 6º, do artigo 37, prevê a responsabilidade objetiva do Estado, mas a subjetiva de seus agentes no que se refere à ação de ressarcimento.

Com muito mais razão, não se pode admitir outra forma senão a responsabilidade subjetiva nos tipos sancionadores⁹⁴, ainda mais porque acima falamos em tipicidade que, como se sabe, é composta pelo dolo e culpa.

Qualquer enfrentamento teórico em relação à Lei de Improbidade Administrativa acaba por analisar a natureza jurídica do ato. Muito embora não seja esse o escopo deste tópico, forçoso esclarecer que, muito embora seja assente na doutrina e jurisprudência que o ato de improbidade não possui natureza penal – justamente pela ressalva feita no final do § 4º, do artigo 37, da Constituição Federal, é inegável, contudo, que ele possui carga sancionadora que vai muito além de infrações administrativo-disciplinares ou ilícito civil.

Por conta disso, acaba por atrair direitos e garantias típicos do direito penal, além de se utilizar de alguns institutos que foram ali estudados, teorizados e sistematizados. É o caso do dolo, cuja normatização é feita pelo Código Penal.

O Código Penal brasileiro, ao dispor sobre os elementos subjetivos dos crimes em sua parte geral, fornece uma definição mais ou menos precisa de dolo e de culpa. Sob a rubrica “crime doloso”, o Código estabelece que o autor age com dolo quando ele quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo⁹⁵. Por outro lado, a lei penal nacional indica haver “crime culposo” quando o autor dá causa a um resultando ao agir com imprudência, negligência ou imperícia⁹⁶.

Observando-se a redação do artigo 18, é possível dizer que o legislador adotou uma teoria, dentre as várias desenvolvidas, para definição do dolo.

Segundo Nelson Hungria, o Código Penal adotou a teoria do consentimento⁹⁷, mas ainda que assim se reconheça, é possível defender, também, que os conceitos estabelecidos pela lei são o ponto de partida da análise do jurista.

Observa-se que a definição legal se mostra incompleta, sendo necessário que a dogmática do direito penal estabeleça a delimitação do alcance da expressão definida pelo

⁹⁴ “A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou culpa grave, embora haja silêncio na LGIA sobre o assunto. Isto se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva. Sem tais peculiaridades, a conduta não pode se enquadrar na enfermidade que se pretende diagnosticar”. (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, Ob. cit., p. 291).

⁹⁵ Art. 18, inciso I, do Código Penal.

⁹⁶ Art. 18, inciso II, do Código Penal.

⁹⁷ “Pela leitura da Exposição de motivos, não padece dúvida que o Código adotou a teoria do consentimento.” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1. t.II. p.122).

legislador. A posição quanto à teoria do consentimento é uma interpretação possível do sistema de imputação subjetiva colocado pelo Código Penal, mas certamente não é a única possível. Tomando-se os próprios dispositivos do Código Penal, pode-se perceber, em verdade, que o art. 18 não esgota o conceito de dolo; deve ser complementado pelo *caput* do art. 20, que define erro de tipo. Ao estabelecer a lei penal que “[o] erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo”, coloca-se o conhecimento do autor a respeito das circunstâncias elementares do crime como elemento essencial do dolo⁹⁸. Há muito já se defende no direito brasileiro que o art. 18 por si é insuficiente para definir o dolo⁹⁹.

Em linhas gerais, é tradicional o entendimento de que o dolo é formado por um elemento intelectual e outro volitivo, isto é, *saber e querer*. Essas expressões, entretantes, são insuficientes para formulação do conteúdo do dolo, e sua correta distinção com a culpa, nos casos em que não há um propósito claro referente ao resultado por parte do autor.

Existem três diferentes espécies de dolo: o dolo direto de primeiro grau, o dolo direto de segundo grau e o dolo eventual¹⁰⁰. O dolo direto de primeiro grau está presente nos casos em que o resultado ou o perigo, decorrentes da ação, correspondem ao fim proposto pelo autor; trata-se do objetivo último visado pelo autor ou o meio eleito para atingir seu propósito¹⁰¹. Nessa modalidade de dolo, há proeminência do elemento “vontade”, ainda que a representação das circunstâncias seja essencial para estabelecer o domínio pelo autor. No dolo direto de segundo grau, há maior distanciamento da vontade enquanto elemento psicológico-descritivo¹⁰², pois o autor não deseja necessariamente a ofensa provocada ao bem jurídico protegido. Atua com dolo direto de segundo grau o autor que representa como certos ou necessários os efeitos de sua conduta, ainda que sejam indesejados ou lamentados¹⁰³. Por fim, há dolo eventual quando a ofensa típica ao bem jurídico constitui um efeito possível da conduta do autor¹⁰⁴. Sendo o dolo eventual uma modalidade de dolo, cujo conceito convencionou-se

⁹⁸ GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004. p.xvii.

⁹⁹ SOUSA NETO, Joaquim de. *O motivo e o dolo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p.185.

¹⁰⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 5.ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 128-134.

¹⁰¹ CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal: parte geral*, Ob. cit., p. 130.

¹⁰² “Por vezes, designa-se por vontade um estado mental, algo que ocorre literalmente na cabeça do autor, uma entidade empírica que pertence ao universo psíquico de alguém.” (GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009. p.886). Tal concepção de vontade se opõe a um sentido atributivo-normativo, no qual “vontade não é mais uma entidade interna à psique de alguém, mas uma atribuição, isto é, uma forma de interpretar um comportamento, com ampla independência da situação psíquica do autor.” (p.887)

¹⁰³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral* Ob. cit., p.131.

¹⁰⁴ Existe dolo eventual [...] quando o resultado típico constitui um efeito apenas possível dos meios escolhidos

atrelar ao conhecimento e à vontade, buscando explicações para identificar a vontade no comportamento daquele que assume o resultado, em oposição à mera imprudência, negligência ou imperícia, mas que para fins do presente estudo não se mostra relevante o aprofundamento. Desenvolveram-se, assim, teorias para delimitar o espaço entre dolo e culpa.

Classificam-se as teorias do dolo em teorias volitivas e teorias cognitivas, baseadas na ênfase dada por cada uma aos elementos do dolo. Para as teorias volitivas, a ênfase está na vontade do autor, havendo duas explicações para identificá-la no dolo eventual. Segundo a teoria do consentimento, supostamente adotada pelo Código Penal, o autor age com vontade no dolo eventual em razão de uma vinculação emocional com o resultado, pois, além de o representar como possível, também se conforma com ele ou aceita a sua produção¹⁰⁵. Já, segundo a teoria da indiferença, haveria também vontade em decorrência de um sentimento pelo autor, de modo semelhante à teoria do consentimento, no entanto, o componente adicional da indiferença permite o reconhecimento de dolo até mesmo quando não houver representação consciente do risco de ofensa ao bem jurídico¹⁰⁶. Para a teoria da probabilidade, há dolo quando o autor representa a ofensa ao bem jurídico como provável, todavia não há critérios claros para distinguir o que é provável daquilo que é apenas possível ou certo¹⁰⁷. Para a teoria do risco, há dolo quando o autor tem conhecimento do risco indevido criado por uma conduta penalmente tipificada – isto é, se sabe que pratica uma conduta tipificada como crime, age com dolo; se decide subjetivamente por uma conduta não perigosa, age com culpa¹⁰⁸.

De qualquer modo, partindo do quadro delineado pelo Código Penal em seus artigos 18 e 20, revela-se a centralidade do conhecimento no dolo, a que deve ser subordinada à vontade.

Assim como a vontade, o conhecimento também pode ser compreendido ora em um sentido psicológico-descritivo, ora em um sentido normativo-atributivo. Os processos psíquicos, embora possam ser conhecidos pelo sujeito, não são visíveis externamente. O conhecimento é o dado essencial a partir do qual se pode efetuar o juízo de atribuição de responsabilidade. A questão principal a ser desenvolvida diz respeito à maneira adequada de atribuir conhecimento, de modo a não depender unicamente da demonstração de processos mentais, assim como também não podem depender somente do subjetivismo na captação dos

pelo agente, que não obstante, o incorpora à sua vontade.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v.2. t.I. p.276

¹⁰⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.278-279.

¹⁰⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, Ob. cit., p. 279-280.

¹⁰⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, Ob. cit., p. 273-274.

¹⁰⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, Ob. cit., p. 276.

elementos, pelo intérprete ou julgador. Ainda que se entenda o conhecimento como categoria atributivo-normativa, a atribuição não pode estar integralmente sujeita ao sentido captado pela subjetividade do observador¹⁰⁹, sob pena de se admitir o dolo de forma presumida, o que implicaria afronta à presunção de inocência. É preciso normativizar o conhecimento, de modo que se extraia o conhecimento de elementos concretos, objetivos.

Em outro viés, Fabio Medina Osório¹¹⁰ defende que somente haverá improbidade administrativa quando estiver presente o dolo ou culpa grave, visto que tanto a corrupção pública ou grave desonestidade no exercício da função pública pressupõe conduta dolosa, enquanto que a grave ineficiência funcional – que no seu entender também é uma das causas de improbidade – pressupõe culpa grave.

Ele rememora que o dolo vem do direito romano, dizendo que ele requer o conhecimento das circunstâncias do modelo legal de conduta proibida, ponto de referência do dolo, assim como a vontade de realizar a conduta proibida e sua execução, discorrendo sobre mecanismos para verificação exterior dessa vontade. Divide-o em a) intenção; b) dolo direto; e c) dolo eventual.

O autor fala em dolo administrativo, que não se confunde com o desejo de enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário, que seriam consequências de uma conduta. Diz que um administrador público atua com dolo quando, de modo deliberado, vulnera, porque quis fazê-lo, normas legais para satisfazer fins ilícitos, públicos ou privados. O perfil autoritário do administrador que atropela o Estado de Direito pode marcar o dolo administrativo. Esta espécie de dolo se afasta da ideia de enriquecimento ou de más intenções, visto que alguém dotado de

¹⁰⁹ Em sentido diverso da depreensão do dolo por elementos externos, extraídos pela observação do agente estatal da punição, defende Napoleão Nunes Maia Filho: “Quando se aceita a presunção do dolo, calcada na ideia que o agente não poderia ter deixado de querer o resultado, como se acha na lição húngria, se está proclamando uma forma de convicção baseada na elaboração puramente intelectual ou puramente volitiva. No caso, se produz um resultado gravoso à pessoa imputada a partir da observação subjetiva de certos aspectos externos do seu comportamento. Ponha-se em realce que esses aspectos externos, então considerados pelo agente estatal da punição, poderão ser selecionados ou escolhidos segundo a sua vontade ou seu desejo, orientados para confirmar a presunção que ele – o agente estatal da punição – já tem preestabelecida em sua mente. Como se nota, isso é capaz de conduzir o raciocínio do observador a convicções sumamente arbitrarias. E, nos casos em que a presença do dolo é elemento constitutivo do tipo infracional, como nas hipóteses em que o ilícito não se perfaz no modo culposos, o arbítrio é maximamente desastroso, porque o imputado não tem como se defender da acusação de ter agido dolosamente. Da mesma forma que é árdua a prova do dolo, é igualmente árdua a prova em contrário. Mas, em matéria sancionadora, nunca se poderá inverter o ônus probatório, do mesmo modo que não se poderá aceitar a imputação deslastreada de elementos probantes. Ademais seria juridicamente inaceitável atribuir ao imputado a prova de algum elemento importante à definição da acusação, fazendo-se tabula rasa da presunção de inocência que é apanágio da cidadania democrática e um dos seus pilares de ferro. Pode-se proclamar, sem demasia argumentativa, que não será juridicamente tolerável a relativização ou a quebra da plataforma garantista das pessoas imputadas, para se viabilizar o êxito da acusação, sob a suposição apriorística e abstrata que a conduta atribuída ao agente apresenta-se timbrada pela nota dolosa” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Ideologia Garantista*. Crítica ao punitivismo em reforço da plena defesa na ação de improbidade, cit., p. 275)

¹¹⁰ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, Ob. cit., p. 292-297.

boas intenções pode atuar dolosamente, na busca de fins públicos diversos daquele previsto na norma de competência. Outra possibilidade de configuração do dolo administrativo seria a violação intolerável e irrazoável de normas jurídicas referentes a proteção de direitos fundamentais. Quando se percebem sinais de má-fé ou de ignorância inescusável e grosseira, surgem situações de atuação dolosa.

Ele defende não se tratar de um dolo tradicional, visto ser mais sutil, delineando posturas autoritárias.

Segue fazendo a distinção com a culpa, no qual o autor não transgrida voluntariamente o mandado do ordenamento jurídico, mas por falta de atenção. O conteúdo do injusto e a reprovação ético-normativa da conduta negligente, são menores que a figura dolosa. A conduta proibida não se determina, exclusivamente, pela produção do resultado, mas, sim, pela violação de normas de cuidado que as pessoas devem observar. No seu entender, a culpa grave é uma modalidade superior, que traduz a violação grosseira ou intensa dos deveres objetivos de cuidado, não tratando de qualquer dever de boa administração, mas sim, de enganos grosseiros, de culpa manifesta, em graus mais elevados, em se considerando a racionalidade que se espera dos agentes públicos.

Para a improbidade administrativa, exige-se mais do que se exige nas ações indenizatórias, mormente por causa da gravidade das sanções e peculiar censura moral ao sujeito.

É certo que nem a Constituição Federal nem a Lei n. 8.429/92 mencionam o tipo de culpa exigido. Contudo, considerando a gravidade das sanções previstas pela norma, bem como os direitos fundamentais em jogo, à luz da proporcionalidade, não se pode exigir balizamento aquém da culpa grave.

Há que se ter, aqui, uma compreensão do alcance dos tipos sancionadores previstos pela Lei de Improbidade Administrativa, que em sua essência exigem a desonestidade funcional como fundamento da violação da probidade, o que implica numa exigência que vai além da mera inobservância dos dever de cuidado.

A colocação acima dá a abertura para a discussão sobre o terceiro elemento essencial à configuração do ato de improbidade administrativa, que é a desonestidade ou má-fé.

É do senso comum que a improbidade é uma ilegalidade qualificada pela violação à probidade administrativa ou moralidade administrativa, bem jurídico tutelado pela norma. O dever de probidade não se confunde com o dever geral de probidade moral, na perspectiva da vida privada do agente. Os agentes públicos gozam de direitos fundamentais, entre eles, o direito à intimidade, à privacidade, enfim, a escolha livre de sua vida privada, de seu estilo de

vida. Há, portanto, espaços privados na vida destes nos quais podem praticar atos imorais, desde que estes não transcendam os limites da ética privada.

A moral administrativa é noção que abrange específica forma de ética institucional, sendo considerada fonte normativa. Há quem considere a moral administrativa como fonte do dever de probidade administrativa, sendo a probidade espécie do gênero moralidade administrativa¹¹¹. O sentido inverso também é verificado na doutrina, que considera a probidade como gênero.

Toda improbidade deriva de uma imoralidade administrativa ou da violação ao dever de probidade, no sentido de quebra do dever de ética institucional. Neste tópico, pode haver uma comparação entre a moral administrativa e a boa-fé objetiva, no sentido de reconhecer os deveres públicos relacionados com a boa-fé objetiva, como a lealdade institucional, correção, e proibição de atos contrários ao comportamento anterior.

Detectar a quebra da probidade ou a desonestidade funcional é assaz relevante para distinção entre a legalidade e a improbidade administrativa. Atua com falta de probidade o agente que viola o dever de honestidade para com a Administração Pública, em um nível de gravidade que demonstra sua incapacidade de administrar a coisa pública ou mesmo exercer competências funcionais¹¹².

Há que se deixar claro que em suas atuações, e na perspectiva da probidade, não possuem os agentes o dever de resultado, mas sim dever de cuidado, de diligência, de correção ética. Os deveres de resultado, em geral, ficam resguardados para outra esfera de responsabilidade, normalmente relacionada com o Tribunal de Contas ou fiscalização pelo legislativo, ou mesmo por sistema de controle interno.

A ilicitude é valorada em diversos níveis, no que reflete nas dimensões de responsabilidade, civil, penal, administrativa, política. Categorias como o desvio de poder ou mera ilegalidade, em níveis “normais”, são distintos da ilicitude própria da falta de probidade.

Nesta ótica, não se pode falar em improbidade administrativa sem que esteja presente o requisito da desonestidade ou má-fé para com a instituição pública do qual o agente esteja vinculado.

Trata-se de requisito intrínseco ao próprio conceito de improbidade administrativa que, como explicado em tópico anterior, diferencia-se da simples ilegalidade. Ora, se a probidade

¹¹¹ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, Ob. cit., p. 126.

¹¹² “Atua com falta de probidade o agente gravemente desonesto ou intoleravelmente incompetente, incapaz de administrar a coisa pública ou de exercer suas competências funcionais. A valoração da ilicitude inerente ao ato de uma falta de probidade administrativa é o elemento fundamental no processo de reconhecimento do dever.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, Ob. cit., p. 127).

exige esse dever de lealdade e ética públicas, em sentido inverso a improbidade necessariamente perpassa pela desonestidade funcional.

Ademais, não se pode admitir a imposição de sanções de tamanha gravidade, relacionada a direitos fundamentais do acusado, simplesmente pela prática de um ato formalmente ilícito, sem conteúdo valorativo.

Contudo, não se desconhece que parte da doutrina relativiza a importância da má-fé na identificação da improbidade administrativa, afirmando que as boas intenções devem ser balizadas de acordo com os deveres de conduta.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹¹³ defendem poder haver a incidência da Lei n. 8.429/92, até mesmo nos atos praticados com boa-fé, e isso se pode verificar nos atos ímprobos na modalidade culposa, assim como nos casos em que o agente público, de forma voluntária, violem os padrões normativos de conduta e realizam atos com finalidade diversa daquele pretendido pela norma jurídica. Nesses casos, e fazendo a ressalva da proporcionalidade, poderia o agente honesto praticar ato de improbidade administrativa.

O professor Hugo Nigro Mazzili¹¹⁴, ao discorrer sobre a responsabilidade do agente pública, diz que se ele age de maneira negligente, estaria sendo também desonesto, visto que estaria violando os deveres de eficiência e lealdade para com a Administração Pública. Por entender que o administrador não está lidando com seus bens particulares, não teria o direito de ser negligente com a coisa pública, do qual a coletividade lhe confiou e lhe remunera para tanto.

Essa, entretanto, não parece a posição que mais se identifica com a essência da Lei de Improbidade Administrativa, primeiro, porque a desonestidade qualificada não parece coexistir com a quebra do dever de cuidado e, segundo, porque a falibilidade é intrínseca à conduta

¹¹³ “De acordo com a sistemática adotada pelo art.37, §4º, da Constituição da República e pela Lei nº 8.429/92, é perfeitamente possível termos atos de improbidade que não sejam propriamente desonestos. Basta pensarmos na conduta de agentes públicos que, voluntariamente descumpram os padrões normativos a que estão vinculados e realizam fins diversos daqueles amparados pela norma, terminando por causar intensos danos ao interesse público na vã ilusão de estarem gerando um benefício à coletividade. Nesses casos, com a devida observância do critério da proporcionalidade, será possível configurar o ato de improbidade de um agente público honesto e que, apesar do dolo de sua conduta, agiu de boa-fé.” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, Ob. cit., p. 183).

¹¹⁴ “Se ele é negligente com a coisa pública, ele é desonesto: um administrador negligente está violando o dever de eficiência e lealdade da Administração; está descurando de um zelo que é ao mesmo tempo pressuposto e a finalidade de seu mister; está deixando de lado o dever de honestidade que deveria iluminar o seu trabalho; ele é ímprobo. O administrador não está lidando com bem seus, e sim com bens coligidos com muito sacrifício pela coletividade, dos quais ele espontaneamente pediu para cuidar, e ainda é remunerado para isso. Assim, o administrador não tem o direito de ser negligente com recursos públicos; pode até sê-lo em sua vida privada, nunca com recursos da coletividade. Ele concorreu a um cargo público ou foi eleito ou nomeado para ele; ao tomar posse, imediatamente assumiu um dever jurídico, mais do que meramente moral, um dever que tem sansão: assumiu o dever mínimo de não ser negligente, de não ser desidioso, de não ser imprudente com os recursos da coletividade, que ele escolheu gerir.” (MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pgs.254/255).

humana, agente público ou não, especialmente quando se está a falar na tarefa de administrar a máquina pública, complexa, e acobertada por um emaranhado burocrático de normas, cujo domínio é difícil até para especialistas. Funções complexas não são exercidas como operações matemáticas, sendo a demonstração do intento deliberado e desonesto essencial para incidência da Lei n. 8.429/92.

A atribuição da desonestidade por meio da negligência se mostra, em verdade, um desvirtuamento da Lei de Improbidade Administrativa, uma tentativa de alargar e distorcer o conceito que, como é de fácil percepção, está adstrito ao ato intencional daquele que engana, trapaceia, rompe com o dever de lealdade para auferir vantagem para si ou para outrem.

Não é de hoje que o Superior Tribunal de Justiça¹¹⁵ assentou posição no sentido de que a desonestidade é um dos elementos essenciais da improbidade administrativa, e que a diferencia da ilegalidade *stricto sensu*. O ato ímprobo é considerado uma ilegalidade qualificada pela desonestidade. O ato ilegal, ainda que grave, ainda que cause prejuízo ao erário, somente irá adquirir status de improbidade administrativa quando somando à desonestidade funcional. Esse foi o intento do legislador ao criar os tipos sancionadores na Lei n. 8.429/92, de punir aqueles agentes públicos flagrados em condutas marcadamente desonestas, direcionadas no caminho da corrupção.

Não estando presente a desonestidade ou má-fé, a conduta pode estar relegada a declaração de nulidade ou ressarcimento, via ação civil pública ou ação popular, mas não sujeita a punição por improbidade administrativa.

Em suma, a caracterização do ato ímprobo carece da identificação dos requisitos, bem como a valoração da conduta do agente, não bastando, somente, a presença do ato ilegal¹¹⁶. Isso

¹¹⁵ “Recurso Especial. Administrativo. Ação de Improbidade Administrativa. Lei 8.429/92. Ausência de dolo. Improcedência da ação. 1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa. 2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade. 3. É que “o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.” (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em “O Limite da Improbidade Administrativa”, Edit. América Jurídica, 2ª ed. ps. 7 e 8). “A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto” (Alexandre de Moraes, in “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”, Atlas, 2002, p. 2.611). “De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado” (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999). (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 15.5.2006) 4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 5. Recurso especial provido.” (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, REsp n.º 734984/SP, 1ª T., DJ de 16.06.2008).

¹¹⁶ “(...) deve ser analisada a conduta do agente tendo em vista cada uma das modalidades da lei. Isto porque nosso ordenamento jurídico não admite a “responsabilização objetiva” dos agentes públicos. Não apenas porque a Lei n.

porque a improbidade está atrelada à violação da probidade na administração pública, o que implica dizer que a intenção e desonestidade são fatos adstritos à imputação.

8.429, de 1992, refere-se, em vários momentos, à conduta dos sujeitos envolvidos, valorando negativamente as que estão impregnadas pela má-fé, pela deslealdade e pela desonestidade, contrapondo estes atos à presunção de legalidade dos atos estatais. Mas também porque a regra no direito público brasileiro em relação à responsabilidade dos agentes públicos é a de que ela deve ser apurada subjetivamente, impondo-se a análise do comportamento do agente responsável. Há um caso onde a regra é diversa porque há previsão expressa: quando se tratar de responsabilidade do Estado. Neste caso, aplica-se a responsabilidade objetiva do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal (...). O objetivo da Lei de Improbidade é a responsabilização do agente público. Por isso é que, para a aplicação das sanções da lei, passa a ser relevante um estudo sobre a teoria dos vícios da vontade, pois a violação do ordenamento que a Lei de Improbidade visa reprimir deve ser apurada de forma subjetiva. O fato diferenciador entre um ato ilegal e um ato ímprobo está, pois, na conduta do agente, e não na ilegalidade objetiva do ato". (Bueno, Vera Scarpinella. O art. 37, § 1º, da Constituição Federal e a lei de improbidade administrativa, cit., p. 432-433).

CAPÍTULO III – LIMITES À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Considerações sobre a natureza jurídica do ato de improbidade

Quando se discute improbidade administrativa, é essencial adentrar na questão da natureza jurídica do ato que, como quase todos os aspectos da lei, gerou polêmica doutrinária e jurisprudencial.

A improbidade administrativa integrou o texto da Constituição Federal de 1988, que, no parágrafo 4º, do artigo 37, trouxe a previsão das sanções a serem impostas pelo legislador ordinário para o caso de transgressão dessa natureza.

Não é demais dizer que, até então, não havia um regime jurídico ou uma teorização sobre o instituto da improbidade administrativa.

Posteriormente, sobreveio a Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, que fez a conformação desse ilícito, descrevendo os atos considerados ímprobos, modulando-os em três espécies distintas, ou seja, aquela que enseja enriquecimento ilícito, a que prevê o dano ao erário, e a improbidade pela violação de princípios, com penalidades graduais, além de disciplinar as medidas cautelares aplicáveis, aspectos do processamento e prescrição.

A norma, contudo, não adentrou na identificação da natureza do ato, nem esmiuçou o regime jurídico aplicável, o que ficou a cargo da doutrina e jurisprudência. No início, houve corrente que defendeu a natureza penal do ato por conta das sanções aplicáveis.

Essa linha de pensamento perdeu importância a partir da leitura do próprio texto constitucional, quando diz que as sanções para o ato de improbidade podem ser aplicadas independentemente da ação penal. Por óbvio, previu o legislador constituinte o duplo sancionamento, o que diferencia os institutos.

A questão restringiu-se às esferas cível – por conta da previsão de ressarcimento – e administrativa, porém, críticas existem sobre ambas. Quanto à primeira, defende-se que a carga punitiva prevista pela Lei n. 8.429/92 e os tipos de sanções iriam muito além do ilícito cível, que de modo geral estaria adstrito ao ressarcimento pecuniário, restituição do bem ou nulidade do ato.

O ilícito civil traria como repercussão aquelas sanções de natureza essencialmente patrimonial, ressarcitória, do qual, muito embora, atualmente, tenha um aspecto ou dimensão de penalidade no sentido pedagógico, difere-se do ato de improbidade, cujas sanções são

explicitamente punitivas com aspectos de prevenções geral e especial, ligadas à pena, no sentido de sofrimento imposto ao transgressor.

Quanto à natureza administrativa, a doutrina mostrou-se relutante em admitir a imposição de penalidade administrativa fora do aspecto disciplinar, imposto pela Administração, enquanto a improbidade administrativa exige a intervenção jurisdicional.

A grande questão, portanto, consiste em saber quais os critérios empregados pelo legislador na determinação do ato de improbidade administrativa. Tal intento ganha relevância ao se perceber que, muito embora o ato ímprobo não possua natureza penal, acaba por impor as mesmas restrições ou gravames de natureza penal, aos direitos individuais dos acusados.

Necessário se faz avaliar o enquadramento do ilícito previsto em uma norma extrapenal com sanções equivalentes a estas, para se questionar a possibilidade ou não de subtração de direitos e garantias do direito penal constitucional.

Fabio Medina Osório¹¹⁷ defende que o ilícito da improbidade administrativa, na forma estruturada na Constituição Federal, tem natureza administrativa, sendo administrativas suas sanções. Em sua construção teórica, amplia o conceito de sanção administrativa, não só abarcando a dimensão processual do direito administrativo sancionador, englobando, também, a perspectiva material deste, que é um instrumento específico para tutelar os ilícitos tipicamente administrativos, aqueles que podem ser penalizados pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, mas que tem a Administração Pública no polo passivo da agressão.

No seu entendimento, o direito administrativo equivale não só ao processo administrativo que disciplina as ações da Administração Pública, como também às normas materialmente administrativas que disciplinam o acesso às funções públicas, o exercício das funções públicas, os valores que devem ser perseguidos ou protegidos.

Por conta disso, chega a dizer que a sanção administrativa é um mal ou castigo, com alcance geral e para o futuro, imposto pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora, ou disciplinar¹¹⁸.

¹¹⁷ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, Ob. cit., p.220-234.

¹¹⁸ “[...] sanção administrativa é o conteúdo de um ato sancionador, jurisdicional ou administrativo, consistente no mal ou castigo imposto ao administrado ou jurisdicionado, em caráter geral e pro futuro, conforme as regras e princípio do direito administrativo, como consequência da prática de um ilícito administrativo por omissão ou comissão, traduzindo-se como privação de direito ou imposição de deveres, excluída a liberdade de ir e vir, com a restrição das penas disciplinares militares, no interior do processo administrativo ou judicial, tendo por finalidade a repressão da conduta ilegal, como reação jurídica à ocorrência de um comportamento proibido.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*, Ob. cit., p. 227).

Em outro viés, aponta-se Adolfo Merkel como precursor acerca da inexistência de diferenças substanciais entre os ilícitos civis e penais, havendo uma unidade de ilícitos, que, por sua vez, representaria a discordância entre a vontade do indivíduo e a vontade geral objetivada nas normas jurídicas¹¹⁹.

No mesmo sentido, assinala Nelson Hungria, afirmando que o ilícito é um só, do mesmo modo que o dever jurídico também é uno. Os ilícitos representam a rebeldia contra a ordem jurídica, sendo sua diversidade de tratamento questão de política criminal. Afirma que a lei não obedece a um rigor científico, mas simplesmente o pondo de vista da conveniência política. Se o fato antijurídico não causa alarme social ou coletivo, contenta-se o legislador com a aplicação da mera sanção civil de ressarcimento do dano, execução forçada ou restituição do bem ou nulidade do ato. A pena é resguardada para as hipóteses em que o Estado não possa obter a conservação da ordem jurídica pelos¹²⁰ meios próprios do direito civil.

Não havendo distinção ontológica entre os ilícitos e na ausência de critério científico a delinear sua natureza jurídica, seria possível se admitir a existência de ilícitos em diplomas extrapenais, que possuiriam elementos de um ilícito penal.

Fabio Medina Osório¹²¹ critica a doutrina que defende a ideia de haver diferenças substanciais entre normas penais e normas administrativas sancionadoras, afirmando que os

¹¹⁹ FLORIAN, Eugênio. Apud AZEVEDO, Noé. *Ilícito penal e ilícito civil*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 196, 1959, p. 29-37.

¹²⁰ “Na diversidade de tratamento dos fatos antijurídicos, a lei não obedece a um critério de rigor científico ou fundado numa distinção ontológica entre tais fatos, mas simplesmente a um ponto de vista de conveniência política, variável no tempo e no espaço. Em princípio, ou sob o prisma da lógica pura, a voluntária transgressão da norma jurídica deveria importar sempre a pena (*stricto sensu*). Praticamente, porém, seria isso uma demasia. O legislador é um oportunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas. Se o fato antijurídico não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarma coletivo, contenta-se ele com o aplicar a mera sanção civil (ressarcimento do dano, execução forçada, *restitutio in pristinum*, nulidade do ato). O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com *outros meios de reação*, isto é, com os meios próprios do direito civil (ou de outros ramos de direito que não o penal). A pena é um *mal*, não somente para o réu e sua família, senão também, sob o ponto de vista econômico, para o próprio Estado. Assim, dentro de um critério prático, é explicável que este se abstenha de aplicá-la fora dos casos em que tal abstenção represente um *mal maior*.” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Ob. cit., p. 29-30)

¹²¹ “Sempre foram numerosos os critérios usados, no plano teórico, para legitimar regimes jurídicos absolutamente distintos, apartados, estruturados e estendidos aos fenômenos abrangidos pelo Direito Penal ou poder administrativo sancionador, este último posteriormente designado e formatado Direito Administrativo Sancionador. Tais critérios, de um lado, revelaram-se todos falhos, com enormes lacunas, num e noutra sentido, sempre esbarrando na vontade soberana do legislador, que de um golpe só poderia derrubar bibliotecas inteiras. A incoerência reinou absoluta nesse domínio. Não haveria um só critério que justificasse um regime jurídico completamente independente e autônomo para as sanções administrativas. É claro que, em contrapartida, sabe-se que também é verdade que a variação intensa, permanente e incontrolável de critérios, ou densidades das garantias, também passou a ocorrer no interior mesmo dos próprios sistemas punitivos, seja no campo penal, seja no campo administrativo. Daí que a incoerência não seria mais um atributo privativo ou exclusivo da separação entre ilícitos penais e administrativos. E tudo poderia ser debitado na conta do legislador e sua discricionariedade, assentada em legitimação democrática e soberana. Daí que esse mesmo legislador soberano e democrático teria poderes supremos de transferir garantias, ou suprimi-las, a seu bel prazer. Semelhante prerrogativa também seria incompatível, já na atualidade, com a força do constitucionalismo contemporâneo e o papel que o Poder Judiciário

critérios utilizados para legitimar regimes jurídicos distintos são falhos, esbarraram na vontade soberana do legislador e de sua discricionariedade advinda da legitimação democrática, que teria poderes sem limitação, não havendo critério que justificasse um regime independente e autônomo para as sanções administrativas. Não concorda com a sustentação de que a diferença se encontra no âmbito do conteúdo distinto das normas penais e administrativas – sendo estas destinadas a proteger interesses e valores da própria Administração, e àquelas teriam uma vocação mais geral e global –, visto que a vinculação da Administração Pública às leis e ao Direito impediria o reconhecimento de um suposto ordenamento particular do Estado¹²². Critica, também, a distinção feita especialmente pela doutrina alemã, quanto a presença da imoralidade nos ilícitos penais e ausência de valoração neste aspecto nas infrações administrativa, com o argumento de que o direito penal, nos dias de hoje, contém infrações que não se reportam às normas de cultura, claramente estabelecidas, e o valores éticos podem e devem ser protegidos pelo Direito Administrativo¹²³. Na sequência, fala da dificuldade de se diferenciar os ilícitos penais e administrativos pelo critério do conteúdo ou qualidade das penas, exceto as raras exceções, especialmente a pena privativa de liberdade, por causa da ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ético ou qualitativo, o que levaria a uma identidade entre ilícitos penais e administrativos, cingindo-se a questão a política de Direito Punitivo, no âmbito da discricionariedade do legislador¹²⁴.

Nessa visão, nem sempre o ilícito penal será mais gravemente apenado do que o ilícito administrativo, especialmente se considerando a lentidão do legislador penal. Teoricamente o critério quantitativo poderia guiar as opções do legislador, mas este goza de autonomia decisória

vem desempenhando no controle de constitucionalidade direta ou difusa das leis. Como se vê, há um conjunto considerável de fatores que conduzem a um determinado grau de perplexidade, dentro de parâmetros tidos como não recomendáveis, porquanto geram insegurança jurídica e falta de tratamento isonômico aos acusados em geral.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 121).

¹²² MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*, cit., p. 122-123.

¹²³ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*, cit., p. 123.

¹²⁴ “[...] percebe-se uma enorme dificuldade em diferenciar ilícitos penais e administrativos pelo critério do conteúdo ou qualidade das penas, salvo em raras limitações constitucionais, precisamente no que diz respeito às penas privativas de liberdade, cujos regimes jurídicos ostentam clara vinculação à sua natureza penal. Diante da ausência de elementos diferenciadores no plano moral, ético ou qualitativo, percebe-se que a comparação dos elementos entre infrações penais e administrativas conduziria a uma identidade substancial entre os ilícitos penais e administrativos. Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou a penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa. Não há um critério qualitativo a separar esses ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo, porque algumas sanções administrativas são mais severas do que as penais. Pode haver, claro, tendências em torno de política de Direito Punitivo. Isto não significa que haja espaços demarcados por critérios qualitativos, salvo em raras e excepcionais situações contempladas nas Cartas Constitucionais, no qual se torna possível discriminar situações de obrigatoria tipificação ou, ao revés, de tipificação penal interdita.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*, cit., p. 123-124).

nesta seara, podendo prever ilícitos penais e ilícitos administrativos sem a característica de que os últimos sejam menos graves do que os primeiros, ainda que tratando do mesmo bem jurídico. Não haveria inconstitucionalidade na tipificação, pelo legislador, de uma infração no Direito Administrativo de modo mais severo do que a tipificação formulada no direito penal. Do mesmo modo, ocorre no próprio sistema penal, havendo bens jurídicos mais valiosos, mas que não recebem uma proteção coerente pelo legislador. Tais distorções dificilmente recebem correção judicial, ressalvadas as situações que revelam distorções absurdas, que impõem violações a princípios constitucionais, e que encontram limites na vedação à arbitrariedade.

No entendimento de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pirangeli¹²⁵, não é a gravidade da pena que serve de critério para distinguir a sanção penal das demais sanções jurídicas, afirmando existirem sanções civis mais severas que as penais. Por conta disso, concluem que o direito penal não se individualiza pela forma que o legislador quis dar à lei. Da mesma forma, ao tratar da finalidade de prevenção especial da sanção penal, os doutrinadores explicam que há penas administrativas que, ao lado de uma finalidade reparadora, perseguem um propósito preventivo especial.

Na jurisprudência não se tem uma posição clara a respeito da natureza jurídica do ato de improbidade administrativa, descartada, contudo, a seara penal. No Superior Tribunal de Justiça, entre 2007 e 2008, inicialmente com os Ministros Teori Zavaski e Luiz Fux, surgiram decisões, inovadoras até então, reconhecendo a natureza de direito administrativo sancionador, aplicando as regras e princípios a ele inerentes¹²⁶.

¹²⁵ “Considerada, em geral, a pena deve ser mais grave que as outras sanções jurídicas, mas nos casos concretos pode não o ser, como no caso em que uma multa penal pode ser menos grave que uma sanção civil. O critério de gravidade não nos serve, pois, para distinguir nos casos concretos, reduz-se a um critério geral sem consequências práticas.

Não se pode afirmar que o direito penal se individualize pela forma que o legislador quis dar à lei, porque, se assim fosse, seria mais fácil para ele burlar todas as garantias: poderia dar forma não penal a uma lei penal e, consequentemente, prescindir de ater-se a todas as garantias que regem a lei penal conforme a Constituição e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Tampouco nos serve para individualizá-lo a termo-nos à gravidade da pena, porque, eventualmente a sanção penal pode não ser mais grave que a civil ou a administrativa, por exemplo.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 101).

¹²⁶ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ATO DE IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS PELA LEI N.º 8.429/92. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E TIPICIDADE.

1. O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais (Fábio Medina Osório. In *Direito Administrativo Sancionador*, RT, 2000).

2. À luz dos referidos cânones, ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis, a sanção prevista em determinado ordenamento é inaplicável a outra hipótese de incidência, por isso que inacumuláveis as sanções da ação popular com as da ação por ato de improbidade administrativa, mercê da distinção entre a legitimidade ad causam para ambas e o procedimento, fato que inviabiliza, inclusive, a cumulação de pedidos. Precedente da Corte: REsp 704570/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, DJ 04.06.2007.

3. A analogia na seara sancionatória encerra integração da lei in malam partem, além de promiscuir a coexistência das leis especiais, com seus respectivos tipos e sanções 4. Recurso especial desprovido.

Independente da posição adotada acerca da natureza jurídica do ato de improbidade administrativa – que não é objeto específico do presente trabalho –, certo é que deve ser reconhecida sua inserção no chamado direito punitivo do Estado.

Isso porque a gravidade das sanções cominadas pela Lei n. 8.429/92 não deixam dúvidas de que possui um caráter essencialmente punitivo, e que, por isso, atrai um plexo de direitos e garantias a limitar o poder punitivo do Estado.

Ainda que se admita a natureza cível do ato de improbidade ou como direito administrativo sancionador, certo é que por força da carga sancionatória prevista na Lei n. 8.429/92, este diploma legal extrapenal possui elementos de um ilícito penal, ou seja, formalmente não é norma penal, mas na essência impõe o mesmo ônus, o mesmo constrangimento, a mesma carga repressiva.

Uma vez verificado que o enquadramento formal de um ilícito, em um determinado diploma legal extrapenal, cujas penas imponham as mesmas cargas repressivas, constitui critérios de política criminal, é de se questionar a possibilidade de afastamento das garantias do direito penal constitucional, o que nos leva ao questionamento da violação ao Estado Democrático de Direito.

Nessa ótica, a finalidade de contenção ao arbítrio do Estado não ganha essencial relevância a identificação da classificação do ato de improbidade dentre os ilícitos civil, penal ou administrativo, mas o reconhecimento, a partir da gravidade das sanções, da existência de limites à incidência da Lei de Improbidade Administrativa.

Tais limites encontram sustentação na vedação às arbitrariedades e nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, aplicáveis ao direito sancionatório de forma a contenção do poder estatal.

Marcelo Figueiredo¹²⁷, ao tratar do assunto, defende que a Lei de Improbidade Administrativa não pode ser considerada como de natureza penal, contudo, entende como

(REsp 879.360/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 11/09/2008).

¹²⁷ “Conquanto já tenhamos afirmado e ratificado que a lei em tela não possa ser qualificada como lei penal, na medida em que não estabelece restrições à pessoa, à liberdade pessoal (prevê a suspensão de direitos, multa civil, reparação civil de danos etc.), dúvidas não pairam a propósito de seu cunho marcadamente restritivo de direitos. É que a lei atrita, suspende, restringe direitos de várias categorias: patrimoniais, civis, eleitorais, funcionais etc. Em última análise, está cerceando, legitimamente, a liberdade dos cidadãos. Se é assim, devemos interpretá-la e aplicá-la (ao menos no que tange às cominações) como se fora autêntica norma penal. Exclusivamente para fins de interpretação, cremos que podemos encará-la como norma penal. A importância de tal assertiva está na legalidade cerrada dos comportamentos judiciais e administrativos por ocasião de sua aplicação. Deve-se ter extrema cautela com os direitos fundamentais expressos e implícitos, como o devido processo legal, com ampla defesa, com o contraditório – enfim, com as garantias constitucionais.” (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 329-330).

evidente seu caráter marcadamente restritivo de direitos, o que autoriza sua interpretação como se penal fosse e receber o abrigo das garantias fundamentais do indivíduo.

3.2 A pretensão punitiva do Estado e suas implicações

O reconhecimento da inexistência de distinções ontológicas e substanciais, entre os tipos de ilícitos, induz a aceitação da tese de que o Estado possui um poder punitivo unitário em relação aos que estão sob seu domínio, mesmo porque, e como dito antes, não haveria possibilidade de distinções qualitativas entre aqueles.

Fábio Medina Osório¹²⁸ reconhece a existência de um *ius puniendi* do Estado, discordando, contudo, da ideia de um direito punitivo unitário de forma absoluta. Afirma que, para que houvesse um poder punitivo unitário do Estado, de forma rígida, necessário seria a identificação de um único regime jurídico, subordinado a princípios gerais de um superior direito público punitivo. No entanto, diz que o poder punitivo do Estado estaria dividido, em sua aplicação, em dois ramos jurídicos, quais sejam, Direito Penal e Direito Administrativo, que por sua vez estariam submetidos a princípios de direito público estatal, respeitadas suas diferenças e peculiaridades. Segue defendendo que outros ramos jurídicos também trabalham com as noções de “pena” ou “sanções”, como ocorre no direito civil, trabalhista e processual. Estes, entretanto, não integrariam a mesma categoria unitária a que se submetem as sanções administrativas e penais, porque o objeto focado não é todo o poder punitivo que possa emergir do ordenamento constitucional, mas somente o Direito Público Punitivo, que se subdivide nos ramos penal e administrativo, com suas funções de regulação global dos valores sociais, sendo estes os ramos que garantem a ordem pública e o ordenamento jurídico globalmente considerado. Ele defende haver uma incoerência na ideia de unidade absoluta da pretensão punitiva estatal por conta da ausência de unidade de princípios jurídicos de um direito público estatal na regulação das diversas formas do *ius puniendi*, cujas regras e princípios diferem nos seus diversos ramos.

Colocadas estas considerações críticas a respeito de uma unidade absoluta, Fabio Medina Osorio¹²⁹ acaba por reconhecer a existência de um *ius punitivo* do Estado, dos quais outros ramos que o penal e administrativo também fazem parte, dizendo ser possível sua

¹²⁸ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*, cit, p. 132-133.

¹²⁹ MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*, cit, p. 129.

limitação pelo Direito Constitucional, ou seja, que o direito constitucional limita, a um só tempo, qualquer exercício de pretensão punitiva. Ele ainda pontua que o conceito de unidade do Direito Público Punitivo há de ser compreendido a partir da constitucionalização dos direitos fundamentais relacionados aos acusados em geral, defendendo que a Constituição tende a revigorar a ideia de unidade, desempenhando um papel historicamente atribuído aos Códigos na tradição continental-europeia. Falar em unidade, do ponto de vista da superioridade do Direito Público Punitivo equivale a falar em constitucionalização, visto que uma das mais importantes características das Constituições é ofertar um centro do qual o ordenamento gravita. Por isso, chama esses princípios gerais do direito público estatal punitivo em “princípios constitucionais”. Falando de um Direito Processual Público, ele destaca a diferença de interpretação penal com a administrativa, não podendo, contudo, se ignorar a existência de um núcleo duro, aí residindo eventual sentido de uma perspectiva unitária¹³⁰.

Ainda que não se reconheça uma unidade rígida do poder punitivo estatal, ou ausência de princípios gerais deste, ou ainda que dentro do direito punitivo – público e privado – existam nuances e peculiaridades de cada ramo, contornos acerca da estrutura de cada um, inegável até mesmo no raciocínio do doutrinador antes citado, a existência de um direito punitivo estatal, que demanda limitação em sua persecução, conquanto se reconheça – e isso é inegável – a existência de um Estado Democrático de Direito.

É bem verdade que o poder estatal punitivo deve obediência ao sistema constitucional que prevê o ser humano no centro do direito e como fundamento a dignidade da pessoa humana; que prevê uma plêiade de direitos fundamentais e sua aplicação com máxima efetividade, sem a necessidade de intervenção legislativa conformadora.

Esse poder estatal sancionatório deve ser público, proporcional, razoável e aplicado dentro de um universo normativo garantista. Ele se submete a princípios constitucionais que norteiam o exercício da pretensão punitiva estatal.

¹³⁰ “A interpretação penal é distinta da interpretação administrativa, pode-se constatar, em face de toda uma tradição hermenêutica, que busca a garantia de direitos individuais contra o Estado. No entanto, essa não é a tendência atual, eis que o Direito Penal começa a ganhar contornos funcionalistas, é pragmático e enfrenta com extremo rigor determinadas formas de criminalidade de alto impacto social. A interpretação do Direito Administrativo Sancionador, por seu turno, ganhou novos ares, renovou-se, aproximando-se do ideário humanista que contagiou toda a evolução das Ciências Penais e da dogmática penal. De todos os modos, a interpretação constitucional, a doutrina universal dos direitos humanos, a teoria dos direitos fundamentais, o papel unificador da Teoria Geral do Direito, tudo conduz a uma progressiva aproximação dos métodos hermenêuticos, mormente em área comum ao Direito Sancionador, seja ele Penal, seja Administrativo.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*, cit, p. 138).

O reconhecimento destes princípios constitucionais, como forma de limitação do direito punitivo, está relacionado à dimensão negativa dos direitos fundamentais que impõe limites à arbitrariedade do poder público.

Sob este aspecto, irrelevante discussão estritamente teórica acerca da natureza dos ilícitos, porque os direitos fundamentais, aplicáveis a todos indistintamente, têm como uma de suas funções a limitação do Estado, essencialmente quando se está diante de imposição de penas. Pode até haver importância o aprofundamento da discussão sobre a natureza dos ilícitos, unidade do direito punitivo ou seus princípios gerais, quando se discute internamente os ramos do direito a fim de identificar suas peculiaridades, especificidades e nuances, o que é uma questão diversa do acima tratado e tem caráter didático.

Quando se trata de sancionamento, especialmente no caso da improbidade administrativa, que prevê sanções gravíssimas, necessário se faz uma aproximação dos métodos hermenêuticos, direitos e garantias típicos do direito penal, naquilo que é compatível e razoável, mormente porque este possui uma estrutura teórica há séculos desenvolvida.

A limitação constitucional da incidência da lei de improbidade administrativa, que essencialmente visa a imposição de sanções, exige a aproximação com o regime jurídico penal e o respeito a princípios, garantias e métodos hermenêuticos a ele inerentes, ou seja, uma unidade de tratamento dogmático.

O reconhecimento quase que unânime de que o sancionamento por ato de improbidade administrativa se dá por meio de uma ação de natureza cível não afasta utilização ou respeito àqueles princípios, garantias ou métodos hermenêuticos, mormente porque, como acima se demonstrou, há, acima de tudo, o dever de respeito ao direito constitucional, que por sua vez limita o poder punitivo.

Não se olvide que nem o direito penal pode estar “obcecado” somente pelos direitos individuais, uma vez que é também direito fundamental aquele ligado à sociedade que diz respeito à segurança pública e combate à criminalidade. O equilíbrio entre os direitos individuais e sociais, interesses públicos e particulares, é também a dinâmica do direito penal, uma vez que há inúmeras situações que surgem que reclamam a intervenção punitiva com métodos e maior rigor.

O Direito Punitivo encontra, assim, um núcleo básico na Constituição Federal, um plexo de direitos, estruturante dos direitos fundamentais dos acusados em geral. Desse núcleo essencial emanam direitos constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, na perspectiva de submissão às cláusulas do devido processo legal e Estado Democrático de Direito.

É dentro desta perspectiva que se apresentam o plexo de direitos fundamentais ligados à contenção do poder, e que devem ser resguardados quando se fala em imputação de ato de improbidade administrativa, seu processamento e imposição das sanções.

Não é demais lembrar que o constitucionalismo do século XX, em especial a partir de sua segunda metade, ganhou novos contornos, visto que tornaram os direitos humanos positivos e fundamentais, passando a enxergar no Estado não somente o garante desses mas o real promotor de um extenso rol de direitos fundamentais.

Em geral, os princípios constitucionais estão ligados ou conectados a direitos fundamentais, passando aqueles a assumir um lugar de destaque no discurso jurídico, que reconheceu seu conteúdo normativo. No chamado pós-positivismo há defensores do papel secundário dos textos normativos, sendo o significado e conteúdo protagonizados pela jurisprudência e discursos jurídicos¹³¹.

Nessa perspectiva, texto e normas não são equivalentes, porque o texto é apenas um ponto de partida essencial, decisivo e limitador, mas nele não se esgota.

É por conta dessa abertura hermenêutica, do conteúdo aberto dos princípios e da possibilidade, cada vez mais crescente, de atribuição de valor e sentido diversos pelo intérprete, e considerando especialmente que os tipos sancionadores da lei de improbidade administrativa são, em geral, configurados pela violação de princípios, é que se faz necessário a adoção e reconhecimento de um plexo de direitos fundamentais próprios do sistema penal e processual penal, ressaltados, obviamente, os contornos próprios de cada instituto.

A limitação da incidência da Lei de Improbidade Administrativa, sob o viés da aplicação dos direitos fundamentais, tem como principal função a contenção do livre subjetivismo dos intérpretes. Não se pode admitir a utilização da ação de improbidade, que é essencialmente punitiva, em situações que demandam somente a ilegalidade do ato, por questões relacionadas a divergências no entendimento na aplicação do direito (divergência hermenêutica), posto não ser este o escopo da lei, que já em sua exposição de motivos faz menção expressa ao combate à corrupção, o atuar desonesto, perverso, do agente público. A

¹³¹ “Os princípios, observado o panorama atual, não podem ser compreendidos de maneira unívoca no campo dos dispositivos ou dos textos. É dizer: não será em razão da vontade do legislador que se reconhecerá um princípio, uma regra, um valor, um postulado, porquanto a nominata utilizada no setor passivo do ordenamento jurídico teria importância secundária, para não dizer que se trataria de um mero sinal, ainda exposto a uma série de testes e processos argumentativos. É claro que esta constatação pode estar sujeita às controvérsias, do ponto de vista da teoria das fontes, porque relega os textos a um papel coadjuvante, na definição dos institutos e ferramentas de trabalho dos juristas. Porém, esta é uma consequência importantíssima dos tempos pós-positivistas e da globalização das fontes: a jurisprudência e o discurso jurídico, por suas peculiares características dinâmicas, assumem um protagonismo mais realçado do que os dispositivos passivamente desenhados pelos legisladores e até mesmo pelos constituintes.” (MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*, cit, p. 164).

repressão por ato de improbidade somente se legitima quando os atos perseguidos estão relacionados à atuação desonesta dos agentes, devendo ainda ser respeitadas as garantias típicas do direito punitivo¹³².

Há, sem dúvida, uma aplicação indevida e sem critérios da Lei n. 8.429/92, justamente pela falta de delineamento teórico acerca dos direitos e garantias que sobre ela devem incidir.

Nesse norte, propõe este trabalho o reconhecimento de alguns direitos fundamentais, plasmados na Constituição Federal sob a forma de princípios, na incidência da Lei de Improbidade Administrativa. A proposta aqui não seria debater um a um os direitos aplicáveis, mas propor a análise daqueles que são estruturantes ou essenciais quando se fala em incidência de um tipo sancionador, e também na ação judicial, que veicula a pretensão punitiva.

3.3 Princípios ou garantias aplicáveis à ação de improbidade administrativa

Como delineado no tópico acima a contenção do *ius puniendi* estatal está umbilicalmente ligada aos direitos fundamentais, plasmados na Constituição Federal, por meio de princípios e garantias, dos quais passaremos a tratar e cujo reconhecimento e aplicação são essenciais na incidência da Lei de Improbidade Administrativa e a respectiva ação que visa a aplicação de suas sanções, inibindo, assim, arbitrariedades.

É importante repisar que a aplicação da sanção de improbidade administrativa somente será legítima se na imputação do ato e na ação respectiva houver o respeito aos princípios com alto grau de normatividade, tidos como estruturantes do direito sancionador.

O respeito às garantias dos acusados em geral não implica em defesa da impunidade. Ao contrário, as condenações obtidas em processos com garantias se mostram ainda mais legítimas. Garantismo não se confunde com impunidade, e não retira do processo sancionador sua força ou efetividade.

¹³² “No entanto, a repressão aos atos de improbidade administrativa e a todos os ilícitos somente será legítima quando se operar dentro dos padrões de atuação próprios do sistema de direitos subjetivos ou das garantias das pessoas imputadas. Isso significa que os agentes estatais que tem a função especial de prevenir e reprimir as condutas ímprobas não poderão transgredir os limites desse sistema, característico, aliás, do Estado Democrático de Direito. Se o fizerem, a sua atuação não será juridicamente abonável e, pelo contrário, até cairá sob as mais severas censuras.” (MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Ideologia Garantista*. Crítica ao punitivismo em reforço da plena defesa na ação de improbidade, cit., p. 272)

3.3.1 Devido processo legal

A base dos princípios fundamentais do direito sancionador, no sistema brasileiro, reside na cláusula do *due process of law*, expressamente previsto na Constituição Federal.

Para devida compreensão da cláusula constitucional e seu alcance, deve ser feita uma análise do direito comparado, bem como sua caracterização técnica no ordenamento nacional.

O devido processo legal resguarda, no campo do direito sancionador, direitos fundamentais que envolvem a proteção dos acusados e das vítimas, dentro de uma relação de equilíbrio¹³³.

Do ponto de vista histórico, o *due process of law* tem sua origem mais conhecida na Magna Carta inglesa de 1215, na garantia de proteção à liberdade e propriedade do ser humano, com duas exigências características, a sentença legítima de seus pares e a lei do local¹³⁴. A expressão *due process of law*, entretanto, aparece mais especificamente em 1344, quando parlamento inglês força o Rei Eduardo III a aceitar uma Lei desenhada para frear seus próprios excessos. Por meio de Coke e Blakstone, a expressão chegou ao sistema do Direito norte-americano no momento da Revolução, embasando uma nova ordem normativa.

A cláusula do *due process of law* está inscrita na Constituição dos Estados Unidos da América e é um dos elementos mais importantes do seu sistema legal, com aplicação em todos os ramos jurídicos, sendo materializado em dois significados: uma garantia formal de procedimento legal e uma garantia material de procedimento razoável, substancialmente contrário às leis arbitrárias, uma espécie de interdição à arbitrariedade legislativa ou dos Poderes Públicos em geral. Não se pode ignorar, por evidência, a força da influência norte-americana no sistema brasileiro, desde 1891, e que impulsionou a inscrição expressa do princípio no inciso LIV, da nossa Constituição Federal de 1988.

¹³³ “A Constituição da República estabelece, em seu art. 5º, incisos LIV e LV, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos, sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, seja ela pública ou privada, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos. A jurisprudência dos Tribunais, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado o caráter fundamental do princípio da plenitude de defesa, nele reconhecendo um insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa ou no âmbito político-administrativo, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter punitivo” (STF, Ref-TA ACO 1576/MG, Pleno, j. 23.06.2010).

¹³⁴ ELOÍSA CARBONELL, e JOSÉ LUIS MUGA. *Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*, p. 94.

Sua densidade normativa e alcance semântico permitiu à jurisprudência o reconhecimento de direitos não escritos, nem previamente delimitados em precedentes judiciais norte-americanos.

Do ponto de vista formal, cabe extrair do devido processo legal, garantias formais dos direitos, no sentido de que todos os procedimentos ou processos, administrativos ou judiciais, devem resguardar os seguintes aspectos: notificação ou citação do acusado, dando-lhe ciência da acusação que lhe foi feita; garantia dos direitos de defesa, com abertura de possibilidade de o acusado se manifestar, por escrito ou oralmente, sobre o caso; decisão motivada por parte da autoridade competente (previamente)¹³⁵.

A dimensão formal do devido processo legal pode ser transplantada para o ordenamento brasileiro com relativa facilidade, resguardadas as peculiaridades culturais. Aliás, o Supremo Tribunal Federal vem interpretando a cláusula em comento a partir de ligações estreitas com as garantias da ampla defesa e contraditório¹³⁶, resguardando, ainda no plano formal, uma série de garantias fundamentais, tais como: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra autoincriminação); (l) direito à prova; (m) direito de presença e de *participação ativa* nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes¹³⁷.

¹³⁵ ELOÍSA CARBONELL, e JOSÉ LUIS MUGA, op. cit., p. 98 e 101.

¹³⁶ O Ministro Celso de Mello sempre demonstra bastante simpatia pela observância aos corolários do devido processo legal: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o *due process of law*, nele reconhecendo uma insuprimível garantia que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. Assiste ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do *due process of law* (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado, a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV)” (MS 32.559 AgR, rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., j. 03.03.2015, processo eletrônico DJe 09.04.2015).

¹³⁷ “O exame da cláusula referente ao *due process of law*, permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, dentre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao

As garantias, antes arroladas, valorizam determinadas formas processuais ou procedimentais, que privilegiam a cobertura desses direitos, tanto no tocante as provas, quanto no que diz respeito, ao chamado *no bis in idem* e à irretroatividade das normas punitivas.

Portanto, a ideia de garantias formais, decorrentes devido processo legal, conecta-se ao desenvolvimento de garantias procedimentais aos acusados e no direito brasileiro, tem íntima relação com o direito ao contraditório e ampla defesa, que embora daquele decorra, também possuem autonomia formal na Constituição Federal de 1988.

Uma das mais importantes consequências do devido processo legal é a possibilidade de desenvolvimento dos direitos fundamentais decorrentes dessa cláusula constitucional, por processo devido aquele desenvolvido sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

Modernamente, concebe-se o devido processo legal também sob o aspecto substancial, como uma garantia que estabelece uma legítima limitação ao poder estatal, de modo a censurar a própria legislação e declarar a ilegitimidade de leis que violem os postulados democráticos. Significa “proclamar a autolimitação do Estado no exercício da própria jurisdição, no sentido de que a promessa de exercê-la será cumprida com as limitações contidas nas demais garantias e exigências, sempre segundo os padrões democráticos da República brasileira”¹³⁸.

Em síntese, o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade¹³⁹.

Ele, também, se relaciona com a imposição de limites às decisões judiciais, pela exigência de motivação, que permite o controle dos atos jurisdicionais pelos próprios órgãos do Poder Jurisdicional. Tal exigência vem prevista expressamente no inciso IX, do artigo 93, da

benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra autoincriminação); (l) direito à prova; (m) direito de presença e de ‘participação ativa’ nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes. O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao ‘due process of law’, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos” (STF, HC 94601/CE, 2ª T. j. 04.08.09, rel. Min. Celso de Mello).

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, São Paulo, Malheiros, 2002, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 94.

¹³⁹ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, pp. 209-15, esp. p. 210. A autora utiliza o termo razoabilidade como sinônimo de proporcionalidade, citando decisões do Supremo Tribunal Federal que foi utilizado o devido processo legal substancial como meio de controle de constitucionalidade (op. cit., p. 125 e ss.).

Constituição Federal, e permite o controle de racionalidade das decisões, ou seja, é pelos fundamentos externados pelo julgador que o acusado em geral pleiteia o controle via recurso.

O devido processo legal, como visto, é aplicável aos processos administrativos e judiciais, cíveis e criminais. Entretanto, tem maior densidade normativa nos processos punitivos, uma vez que tem como uma de suas finalidades a contenção do poder e interdição às arbitrariedades, fazendo incidir com maior profundidade o contraditório e ampla defesa, no aspecto formal ou procedimental, e a proporcionalidade e razoabilidade no aspecto material.

Isso traz algumas implicações na ação de improbidade administrativa, como a exigência de defesa técnica; o respeito às formas como garantias de conhecimento prévio das regras do jogo processual, pelas partes; interrogatório obrigatório do acusado, visto como meio de defesa pessoal; individualização das condutas; dosimetria da pena aplicada.

Na ação de improbidade administrativa, no qual se busca a punição do agente estatal transgressor deve ser observado o devido processo legal substancial, como forma de coibir o arbítrio. Não se pode admitir apenas as garantias formais de respeito à defesa e contraditório, na forma observada no processo civil, mas, sim, com a densidade típica do processo penal.

O respeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório na forma do processo penal é essencial para se evitar arbítrios e subjetivismos na aplicação das graves sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa.

3.3.2 Presunção de inocência

Outro princípio estruturante do direito criminal e que se estende ao direito punitivo, em geral, refere-se à presunção de inocência.

Para a maioria da doutrina, a presunção de inocência surgiu no ordenamento positivado com a Revolução Francesa, com a previsão do artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Quanto de sua positivação na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a presunção de inocência alterou a então existente presunção de culpabilidade, sistema em que o próprio acusado quem tinha que comprovar que inocência. Partia-se do pressuposto de que o cidadão acusado quem deveria provar sua inocência. Evidentemente, os exageros e abusos se tornaram comuns à época e, por isso, a integração ao sistema jurídico da presunção de inocência significou grande avanço.

Posteriormente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu artigo 8º, 2, 1ª parte, também trouxe a previsão, sendo aprovado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992, cuja vigência foi determinada pelo Decreto n. 678, de 06 de maio de 1992.

A presunção de inocência foi reconhecida no ordenamento brasileiro com a Constituição Federal de 1988, porém, diferente do que muitos pensam e defendem, trata-se de princípio implícito, do qual se extrai a regra de tratamento do inciso LVII, do artigo 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Por não haver indicação expressa de “inocência” no texto constitucional, há uma controvérsia doutrinária sobre “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade”. Contudo, por se tratar de uma presunção legal de natureza política, que conecta o processo penal com as escolhas político-constitucionais, conclui-se não haver diferença entre ambos¹⁴⁰.

Ao analisar os critérios diferenciadores entre princípios e regras, não há como deixar de incluir a presunção de inocência na categoria de princípios, de ordem constitucional, considerado pilar do sistema processual punitivo. Isso porque deve ser aplicado em sua maior medida possível dentro das possibilidades, sendo considerado um mandamento de otimização, já que traz desdobramentos em vários sentidos, como será melhor trabalhado na sequência¹⁴¹.

Não se pode deixar de repisar que a presunção de inocência é princípio implícito na Constituição Federal, estruturante de todo o sistema punitivo, sendo o inciso LVII, do artigo 5º, uma regra dele extraída.

¹⁴⁰ BELLAVISTA, Girolamo. Studi sul Processo Penale IV, pp. 83-93, 1976. Giuffré Editore, Milão. No mesmo sentido discorre Gustavo Badaró: “Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões ‘inocente’ e ‘não culpável’ constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias, se é que isso é possível, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito. (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal* - Tomo I, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 16).

¹⁴¹ Nesta seara, utilizamos a concepção de Robert Alexy para fazer a diferenciação entre ambos: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é: princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª Ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 91).

A presunção de inocência, no processo penal, deve ser concebida sob 03 vertentes: i) como limitação às prisões cautelares e no cumprimento da pena; ii) na distribuição do ônus da prova; iii) como regra de julgamento.

Quanto a distribuição do ônus probatório, a presunção de inocência acaba por imputar ao órgão acusador a prova da autoria e materialidade do crime. Parte da doutrina entende que as excludentes (ilicitude, culpabilidade e tipicidade) devem ser provadas pelo réu. Contudo, há uma forte crítica a esta posição, justamente sob o enfoque da presunção de inocência¹⁴².

O direito à prova, antes de ser ônus, é um direito subjetivo fundamental decorrente do direito de ação e de defesa. Se a Constituição Federal presume uma das partes inocente, é intuitivo que todo o encargo probatório cabe a outra, sendo esse entendimento da essência do regime democrático.

Enquanto regra de julgamento, o artigo 386, VI, do CPP, estabelece que, não tendo a parte autora se desincumbido de provar o alegado, deve o juiz absolver o réu por falta de provas. A regra processual se afina ao princípio do *in dubio pro reo*, que é derivado da inocência.

No tocante às prisões, deve o princípio ser entendido como limitação à sua decretação. O próprio Código de Processo Penal estabelece, em seu artigo 282, § 6º, que a prisão preventiva deve ser aplicada como última *ratio*, ou seja, quando não cabíveis as outras medidas cautelares, que foram introduzidas no código pela Lei n. 12.403, de 2011.

Essa concepção demonstra que o direito à liberdade é firmemente protegido, excepcionando a sua restrição para situações graves, em que não caibam outras medidas cautelares.

Neste sentir, vemos que o legislador derivado adequou o código processual à sistemática da constituição, prevendo a observância dos requisitos da necessidade e adequação nas medidas restritivas de direito.

Por conta de seu efeito irradiante, a presunção de inocência tem aplicação na ação de improbidade administrativa, por se tratar de um direito dos acusados em geral. Trazendo a aplicação para esta seara, com os ajustes necessários, observa-se ser cabível sua utilização quanto norma de tratamento, com reflexos na distribuição do ônus probatório e como regra de julgamento.

¹⁴² Aury Lopes Júnior comenta: “Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que a defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é o de provar o alegado; logo, demonstra que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.” (LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 190).

Visto por este prisma, nas ações que visam a punição por ato de improbidade administrativa deve o acusado ser tratado como presumidamente inocente até que se estabeleça a condenação definitiva estribada em provas seguras, que vão além da dúvida razoável e estabeleçam um juízo de certeza¹⁴³.

Nestas ações, o ônus probatório é integralmente atribuído à acusação, que se não conseguir provar todos os elementos do ato ímprobo, obrigatoriamente levará o julgador a decretar sua improcedência.

Aos acusados, nesta seara, não é atribuído qualquer ônus probatório, mesmo porque, como definido pelo Superior Tribunal de Justiça, a boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito valendo a premissa de que ela se presume, e a má-fé é que deve ser provada¹⁴⁴. Ademais, os atos administrativos têm presunção de legalidade.

Contudo, apesar de se encontrar doutrina e jurisprudência reconhecendo a aplicação da presunção de inocência na seara da improbidade administrativa, quanto ao ônus da prova¹⁴⁵, também vemos os Tribunais afastando esse princípio estrutural sem maiores cerimônias. É o caso do recebimento da inicial, onde o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento

¹⁴³ “Presta-se esse princípio como um limite à acusação penal ou administrativa, que deve ser provada através de elementos sérios de convicção pelo órgão público, não competindo ao acusado demonstrar a sua inocência, e sim o órgão julgador estatal.” (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA MITIGAÇÃO PARA FINS DE REGISTRO DE CANDIDATURAS POLÍTICAS - “FICHA LIMPA”. http://gomesdemattos.com.br/wp-content/uploads/2016/04/2010_O-PRINCIPIO-DA-PRESUNCAO-DE-INOCENCIA-...-Ficha-LIMPA-07.06.2010.pdf, p. 9)

¹⁴⁴ PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.

1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação: 1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

2. Para a solução do caso concreto: 2.1. Aplicação da tese firmada.

2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, conseqüentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.

(REsp 956.943/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe 01/12/2014)

¹⁴⁵ STJ REsp 763941 / MG Recurso Especial 2005/0106425-3 Relator(a) Ministro Luiz Fux (1122) Órgão Julgador T1 – 1ª Turma. Data do Julgamento 13/03/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 30/08/2007, p. 216

de que, nesta fase, vigora o princípio do *in dubio pro societate*¹⁴⁶, autorizando o recebimento da ação de improbidade quando não se tem sequer elementos indiciários concretos.

Ora, a presunção de inocência implica no tratamento do acusado como inocente durante a fase da persecução, não havendo a ressalva constitucional de que não se aplica no início da ação.

Outro ponto de reflexão diz respeito ao afastamento deste princípio na decretação da medida cautelar de indisponibilidade de bens, prevista no artigo 7, da Lei n. 8.429/92. É posição assente no Superior Tribunal de Justiça de que o requisito do *periculum in mora*¹⁴⁷, necessário

¹⁴⁶ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA AÇÃO. TIPIFICAÇÃO DOS ATOS. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE PRÁTICAS DE ATOS ÍMPROBOS. ELEMENTO SUBJETIVO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. (STJ, AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 286.366, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 01/08/2013).

¹⁴⁷ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO PROMOVIDO. DECRETAÇÃO. REQUISITOS. EXEGESE DO ART. 7º DA LEI N. 8.429/1992, QUANTO AO PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA PELA COLEND A PRIMEIRA

SEÇÃO. 1. Tratam os autos de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido, em virtude de imputação de atos de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992). 2. Em questão está a exegese do art. 7º da Lei n. 8.429/1992 e a possibilidade de o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário. 3. A respeito do tema, a Colenda Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 1.319.515/ES, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 21/9/2012), reafirmou o entendimento consagrado em diversos precedentes (Recurso Especial 1.256.232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/9/2013, DJe 26/9/2013; Recurso Especial 1.343.371/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/4/2013, DJe 10/5/2013; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 197.901/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 28/8/2012, DJe 6/9/2012; Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial 20.853/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/6/2012, DJe 29/6/2012; e Recurso Especial 1.190.846/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 10/2/2011) de que, "(...) no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992, verifica-se que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o periculum in mora implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição, segundo a qual 'os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível'. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92. Assim, a Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes trâfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido". 4. Note-se que a compreensão acima foi confirmada pela referida Seção, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.315.092/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 7/6/2013. 5. Portanto, a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação,

nas decretações de medidas cautelares em geral, é dispensável na improbidade administrativa. A medida, que tem o condão de aniquilar economicamente o acusado, e que pode durar por anos, decretada nestes termos, viola a presunção de inocência, posto que parte do pressuposto de que o acusado é desonesto, e que irá dissipar seu patrimônio no curso da ação.

São situações em que os Tribunais afastam o princípio de forma indevida, em nome da efetividade. Contudo, a efetividade do processo e proteção da sociedade contra atendados à probidade na administração não pode redundar no afastamento de garantias constitucionais fundamentais da pessoa perseguida.

3.3.3 Justa causa

À despeito da discussão doutrinária sobre a natureza do ato de improbidade administrativa, certo é que a natureza sancionatória da ação impõe o respeito à interdição de arbitrariedades. Disso se depreende que a ação de improbidade administrativa não pode ser instaurada de qualquer forma, e sob quaisquer circunstâncias.

Seguindo essa linha, o § 6º, do artigo 17, da Lei n. 8.429/92 dispõe que a petição inicial deverá ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato. Já o § 8º, diz que após a manifestação prévia, o Juiz deve rejeitar a ação nos casos de: inexistência de ato de improbidade, im procedência da ação ou inadequação da via eleita.

Ao dispor dessa maneira, a lei claramente está a exigir a justa causa para o início da persecução. Tanto é assim, que criou um procedimento bipartido, com uma defesa preliminar antes do recebimento da inicial.

A justa causa é compreendida como a condição mínima exigida para a deflagração da persecução penal, que deve reunir o mínimo de indícios probatórios, além de plausibilidade jurídica mínima para instauração da ação¹⁴⁸.

fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 6. Recursos especiais providos, a que restabelecida a decisão de primeiro grau, que determinou a indisponibilidade dos bens dos promovidos. 7. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e do art. 8º da Resolução n. 8/2008/STJ. (REsp 1.366.721/BA, 1ª Seção, DJ de 26/2/2014)

¹⁴⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*, cit., p. 233-234

Maria Thereza Rocha de Assis Moura¹⁴⁹ entende que a justa causa deve ser demonstrada além dos aspectos formais da acusação, mas, também, em relação a prova, a fim de demonstrar a legitimidade da acusação.

A justa causa tem relação estreita com os direitos constitucionais negativos, que impõe restrições às arbitrariedades do Estado, que por sua vez detém o monopólio do *jus puniendi*. Não há como se admitir a instauração de ação penal sem que contenha, ao menos, substrato probatório e plausibilidade jurídica mínimos, sob pena de se legitimar o abuso de poder.

Nesta seara e considerado os tópicos acima, que demonstram que a improbidade administrativa integra o direito sancionador ou punitivo, que guarda relação com o direito penal, pela gravidade das sanções, que atingem direitos fundamentais, necessário se faz a observação da presença da justa causa nas ações de improbidade administrativa.

Ademais, não é demais lembrar que os legitimados à propositura da ação, especialmente o Ministério Público, principal ator neste campo, tem amplos poderes investigatórios, tendo ao seu dispor prerrogativas como a requisição de documentos, perícias, informações, convocação para oitivas etc, o que implica em dizer que, quando decide deflagrar uma ação desta natureza, deve se exigir um mínimo de substrato probatório e fundamento jurídico.

3.3.4 Imparcialidade

A ideia de jurisdição, na forma como é pensada atualmente, foi desenhada no século XVIII, decorrente da teoria da separação dos poderes, idealizada por Montesquieu, sendo sua função pensada para a limitação dos demais poderes. À época, e pelos motivos já debatidos nos tópicos iniciais, o poder jurisdicional pressupunha um agir limitado pelo texto da lei, e de forma neutra, de onde já se pode estabelecer uma intrínseca relação entre jurisdição e imparcialidade¹⁵⁰.

¹⁴⁹ “A justa causa para a ação penal de natureza condenatória, no direito penal brasileiro, não sobressai apenas dos elementos formais da acusação, mas, também, e de modo principal, de sua fidelidade para com a prova que demonstre a legitimidade da acusação. 4.1. Desta conclusão, emana que não basta que a peça acusatória impute ao acusado conduta típica, ilícita e culpável. A denúncia ou queixa deve guardar ressonância e estrita fidelidade aos elementos que lhe dão arrimo, sem o que não passará de ato arbitrário, autoritário, que a ordem jurídica não pode tolerar. 4.2. Segue, ainda, que a necessidade da existência de justa causa para a acusação serve como mecanismo para impedir, em hipótese, a ocorrência de imputação forma infundada, temerária, caluniosa e profundamente imoral.” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: RT, 2001, p. 291).

¹⁵⁰ Sobre o assunto, Fabrício Pozzebon pontua que “a ideia de que o silogismo na aplicação da lei, como concebido a partir do racionalismo moderno, faria com que o juiz nada mais fosse do que um mero aplicador da lei ao caso

No sistema contemporâneo, para muitos, além de uma garantia processual, a imparcialidade se coloca como essência da jurisdição, ou princípio supremo do processo¹⁵¹, sendo marca característica do sistema acusatório, vigente na Constituição Federal de 1988. Para se viabilizar efetivamente a imparcialidade, além da necessária independência dos poderes, deve haver, formal e materialmente, uma nítida separação entre as funções de acusar e julgar pelo Estado. A atribuição das funções de acusar e julgar à sujeitos diferentes se mostra uma garantia básica da imparcialidade¹⁵².

No processo penal há uma relação formada por duas partes essencialmente parciais, e um terceiro equidistante e imparcial, que é o juiz¹⁵³. Ele deve atuar na função de terceiro desinteressado em relação às partes. Ao juiz cabe atuar com uma postura totalmente distante dos interesses das partes. Como protagonista do processo, já que dele é a palavra final, não cabe ao magistrado, na visão constitucional, a atuação no processo pela busca da verdade¹⁵⁴ - o que tem sido contestado pela doutrina moderna, que atribui ao processo a reconstrução histórica dos fatos, abandonando a visão de busca da verdade real.

Tem-se, portanto, que no processo penal, a imparcialidade do juiz vai muito além de sua dimensão subjetiva, qual seja, a análise de sua suspeição ou impedimento, mas na forma como conduz do processo, especialmente na gestão da prova, mormente porque como não tem ou não deve ter interesse no seu desfecho, não lhe cabe o atuar em favor da acusação ou defesa. Para estas funções de acusar ou defender, o ordenamento designa pessoas específicas, com tarefas bem delimitadas, não se admitindo a confusão entre essas competências com aquela conferida ao julgador¹⁵⁵. A imparcialidade do ponto de vista objetivo, portanto, é analisada por

concreto, não deixando margem à subjetividade judicial, como condição da segurança jurídica e da manutenção da ordem pública, refletiu na visão clássica da função jurisdicional do Estado, de compor, com base na lei e imparcialmente, a situação intersubjetiva litigiosa perturbadora da paz social, dando a cada um o que é seu". (POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávilla. *A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro*. Revista da Ajuris, v. 34, n. 108, Porto Alegre, dez. 2007, p. 169).

¹⁵¹ RITTER, Ruiz *apud* ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Imparcialidade no processo penal*. Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 70.

¹⁵² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 109.

¹⁵³ Segundo Gustavo Badaró, "Não há como se conceber a existência de um processo com a decisão nas mãos de um terceiro interessado em prejudicar ou beneficiar uma das partes. É ínsito ao processo um juiz imparcial sem o que deixará de haver processo." (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 6, t. 1).

¹⁵⁴ KHALED JÚNIOR, Salah H. *A busca pela verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. p 495.

¹⁵⁵ RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no processo penal*. 2017, p. 74.

meio da postura do julgador, que não poderá deixar dúvidas de que conduz o processo sem preterir uma parte a outra¹⁵⁶.

Nesta seara, considera-se como não recepcionadas as normas do Código de Processo Penal de 1941¹⁵⁷, que autorizam a atividade probatória por parte do magistrado, ou aquelas que permitem a confusão de sua função com a do órgão acusador, haja vista que não se coadunariam com o sistema acusatório e, por consequência, em clara violação à imparcialidade.

No processo civil, a imparcialidade tem contornos um pouco diferentes, estando adstrita aos aspectos subjetivos, ou seja, ao impedimento e suspeição do julgador. A norma adjetiva não se preocupou tanto com a condução do processo e gestão da prova, tanto que no artigo 139 trouxe amplo rol de poderes de gestão do processo ao julgador, e no artigo 370 lhe confere poderes instrutórios, podendo determinar produção de provas que entender necessárias, de ofício.

Apesar de o ato de improbidade administrativa ser veiculado por meio de ação civil, é certo que as explicações acerca do seu caráter punitivo e sua contenção pelos direitos constitucionais negativos, impõe o resguardo da imparcialidade na forma como é feita no processo penal.

Se o legislador ordinário elencou como legitimados o Ministério Público e o ente público lesado, não cabe ao magistrado uma atuação de forma proativa na condução da ação e gestão de sua prova. Se considerarmos que à ação de improbidade é aplicado o princípio da presunção de inocência, ao órgão acusador é atribuído todo o ônus probatório, não podendo haver atuação supletiva pelo magistrado. Portanto, não é devida a confusão entre julgador e acusador, assim como a atuação daquele deve ser pautada pela equidistância em relação as partes, não demonstrando interesse no desfecho da ação.

¹⁵⁶ “Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade)”. (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65.

¹⁵⁷ Como exemplos de dispositivos inconstitucionais, são citados:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A improbidade administrativa foi introduzida no ordenamento brasileiro com a previsão expressa no § 4º, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988. Antes disso, as constituições anteriores e o ordenamento infraconstitucional fizeram previsões esparsas de mecanismos de controle de atos relacionados à malversação da coisa pública, sem muita efetividade, contudo.

Fazendo a conformação da previsão constitucional, o legislador ordinário introduziu no sistema a Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992, dispondo sobre os atos de improbidade administrativa, seus legitimados ativos e passivos, bem como seu processamento.

A regulamentação dos atos de improbidade administrativa seguiu uma tendência mundial de combate à corrupção, iniciado no final da década de 70, com a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), a lei estadunidense destinada a criar sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional.

Desde sua edição, a Lei n. 8.429/92 tem se mostrado uma importante ferramenta no combate a corrupção no setor público, talvez a mais utilizada. Sua estrutura aberta e principiológica, somada à falta de definição do instituto, no entanto, criaram uma *zona cinzenta*, cujos entendimentos divergentes tem dado azo a aplicação da lei a situações distintas, o que é fonte de insegurança jurídica.

Não se pode perder de vista que a ação foi idealizada para punição de agentes públicos desonestos; para combater típicos atos de corrupção na seara pública, não servindo, portanto, para correção de ilegalidades, ou nulidade de atos, ainda que graves ou que causem prejuízos ao erário, como hodiernamente se tem verificado, a partir da proliferação de ações como objetivos distorcidos.

Muito embora a lei tenha sido vaga, com conceitos jurídicos abertos, dependentes de valoração pelo intérprete, há que se respeitar o limite semântico de aplicação da norma, sem distorções ou subjetivismos, reconhecendo que o instituto tem natureza essencialmente punitiva, não se tratando de mera sanção civil.

Há, portanto, necessidade de se trabalhar com maior profundidade o instituto da improbidade administrativa, de modo a evitar que sua estruturação aberta permita o livre subjetivismo dos intérpretes na sua aplicação.

Como defendido ao longo do trabalho e seguindo, observa-se que a improbidade administrativa, apesar de veiculada por meio de uma ação civil, visa a imputação de sanções, cuja gravidade está adstrita a direitos fundamentais, como os direitos políticos.

Por conta disso e por ser uma ação essencialmente sancionadora – sendo o ressarcimento um efeito secundário, aplicado como pena –, seu regime jurídico – ainda em construção – atrai a aplicação de princípios e garantias típicos do direito penal e processo penal.

Para se ter uma justa aplicação da lei, necessário se faz a correta identificação e demonstração dos seus elementos essenciais na imputação do ato. Por se tratar de direito punitivo, não se pode admitir a subsunção mecânica dos tipos previstos na lei à conduta do agente público ou terceiro a este vinculado.

Como no direito penal, a configuração do ato exige a demonstração também da tipicidade material, ou seja, da violação ao bem jurídico tutelado pela norma, neste caso, a probidade (ou moralidade, segundo alguns).

Por conta disso e ao contrário do defendido por parte da doutrina, a improbidade está relacionada à desonestidade funcional, ou no agir de modo contrário ao interesse público, e esta deve ser provada e não presumida.

A identificação do ato ilegal praticado pelo agente público não se mostra suficiente para demonstração da improbidade administrativa, ainda que esta ilegalidade seja grave, ou que gere prejuízos ao erário público. Não se está a defender que aquele causa prejuízos ao poder público não deve ressarcir, ou mesmo ser responsabilizado administrativamente e disciplinarmente, ou que tenha seu mandato cassado, mas que a verificação da improbidade demanda mais do que isso.

A improbidade administrativa exige a verificação do conteúdo axiológico, mormente porque lei traz conceitos abertos, que demandam a conformação e verificação do conteúdo material. Ou seja, é indispensável a verificação e demonstração da quebra do dever de honestidade do agente em seu atuar, posto de que contrário estar-se-á admitindo a ação de improbidade no lugar da ação civil pública e ou ação popular.

Na esteira do que vem sendo defendido, ainda que o um gestor público dispense indevidamente uma licitação, não necessariamente praticou ato de improbidade. Apesar de a conduta estar prevista dentre o rol exemplificativo do artigo 10, a identificação do tipo formal não é suficiente. Faz-se necessário a demonstração do conteúdo material, da violação ao dever de probidade e lealdade para com a instituição pública do qual está vinculado, e que também ausentes causas justificadoras, verificáveis no ordenamento jurídico. Sem a identificação no caso concreto de que o agente, ou terceiro a ele vinculado, agiu de forma contrária ao interesse público, motivado por ideal espúrio, desonesto, não há improbidade administrativa.

A imposição de limites à imputação do ato e à ação respectiva também exige a demonstração da figura do dolo ou culpa grave (segundo parte da doutrina, culpa gravíssima),

na forma definida pelo direito penal. A verificação dos requisitos do dolo – consciência e vontade –, ainda que verificados pelas circunstâncias fáticas, devem ser depreendidos de elementos probatórios concretos, não se admitindo aqui a presunção. A presunção do dolo, como vem sendo verificado na prática, a partir de escolha subjetiva dos elementos, viola a presunção de inocência. A identificação concreta do elemento subjetivo tem ainda como objetivo a delimitação do nexo causal, de modo a ligar o sujeito à conduta tida como ímproba, evitando, assim, a responsabilidade objetiva, ou a acusação do agente somente pela posição que ocupa.

No âmbito processual, a identificação da ação de improbidade administrativa como integrante do sistema punitivo do Estado abre caminho para o reconhecimento da aplicação do devido processo legal, ampla defesa e contraditórios substantivos, presunção de inocência e imparcialidade do julgador na condução do processo e gestão da prova.

Conclui-se, portanto, que os limites impostos à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa e sua ação respectiva parte do ponto inicial de que se trata de direito punitivo, o que atrai a incidência dos direitos fundamentais na dimensão negativa, cuja finalidade é a imposição de freios aos poderes estatais.

Não se pode conceber a improbidade e sua ação na dimensão civil, sem que se considerem os limites impostos pelo sistema constitucional ao *jus puniendi*, sem a garantia de um processo justo e democrático.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª Ed. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal - Tomo I*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996.
- BELLAVISTA, Girolamo. *Studi sul Processo Penale IV*, 1976. Giuffré Editore, Milão.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPEZ, Fernando. *Improbidade Administrativa*. Limites constitucionais. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CARBONELL, Eloisa; MUGA, José Luiz. *Agencias y procedimiento administrativo em Estados Unidos de América*. S/d.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 5.ed. rev., atual. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012.
- DAL POZZO, Antônio Araldo Ferraz. Reflexões sobre a defesa antecipada na lei de improbidade administrativa. In: *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord.). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DIAS NOLASCO, Ria Maria. *Efeitos da sentença de procedência na ação de improbidade administrativa*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito de Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2002, 2ª ed., São Paulo, Malheiros.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FLORIAN, Eugênio. Apud AZEVEDO, Noé. Ilícito penal e ilícito civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 196, 1959.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: D’ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; ALVES, João Lopes; RAPOSO, João António (Orgs.). *Liber amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70.º aniversário: estudos de direito e filosofia*. Coimbra: Almedina, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HESSE, Konrad. Die Normative Kraft der Verfassung. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre. 1991.

KANT, Immanuel. *La metafísica de los costumbres*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1999, § 46.

KHALED JÚNIOR, Salah H. *A busca pela verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática 0 uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Ideologia Garantista. Crítica ao punitivismo em reforço da plena defesa na ação de improbidade*. 1ª ed., Fortaleza: ed Curumim, 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*. Limites de Instauração. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O princípio da presunção de inocência e a inconstitucionalidade de sua mitigação para fins de registro de candidaturas políticas - “ficha limpa”*. Acesso em 30 de mai. de 2020. Disponível em: <http://gomesdemattos.com.br/wp-content/uploads/2016/04/2010_O-PRINCIPIO-DA-PRESUNCAO-DE-INOCENCIA-...-Ficha-LIMPA-07.06.2010.pdf, p. 9>.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*. Edit. América Jurídica, 2ª ed. ps. 7 e 8.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa: Má gestão. Corrupção. Ineficiência*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Direito Administrativo Sancionador*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. In *Mandado de Segurança*, 26 ed., São Paulo: ed. Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: RT, 2001.

ORTIZ DIAZ, José. El horizonte de las administraciones públicas em el cambio de siglo: algunas consideraciones de cara al año 2000. In: SOSA WAGNER, Francisco (Coord.) *El derecho administrativo em el umbral del siglo XXI: homenagem al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Valência: Tirant lo Blanch, 2000. t. 1.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávilla. *A imparcialidade do juiz no processo penal brasileiro*. Revista da Ajuris, v. 34, n. 108, Porto Alegre, dez. 2007, p. 169.

RITTER, Ruiz *apud* ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Imparcialidade no processo penal*. Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 13 ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2017.

SOUSA NETO, Joaquim de. *O motivo e o dolo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1997.