

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TAILAINE CRISTINA COSTA

FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS NO COMBATE À IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NO BRASIL

CURITIBA
2020

TAILAINE CRISTINA COSTA

**FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS NO COMBATE À IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NO BRASIL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
como requisito parcial para a obtenção do
título de Mestre em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. Emerson Gabardo**
Co-orientador: **Prof. Dr. Flávio Garcia
Cabral**

CURITIBA

2020

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos Santos CRB-9/1636

	Costa, Tailaine Cristina
C837f	Flexibilização de garantias no combate a improbidade administrativa no
2020	Brasil / Tailaine Cristina Costa ; orientador, Emerson Gabardo ; Coorientador, Flávio Garcia Cabral. -- 2020
	175 f. : il. ; 30 cm
	Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.
	Bibliografia: f. 151-165
	1. Direito. 2. Corrupção administrativa. 3. Garantia (Direito). 4. Interesse público. 5. Estado de direito. I. Gabardo, Emerson. II. Cabral, Flávio Garcia
	III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV Título
	CDD 20. ed. – 340

TAILAINE CRISTINA COSTA
FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS NO COMBATE À IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Emerson Gabardo
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Orientador

Prof. Dr. Flávio Garcia Cabral
Centro Universitário Unigran Capital
Co-orientador

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Denise Bittencourt Friedrich
Universidade de Santa Cruz do Sul

Curitiba, 28 de fevereiro de 2020

Aos que me fazem ser eu, pelo amor cotidiano,
Rose, Claudio e Rodrigo, e aos que me fazem sonhar
um mundo mais justo, Julia, Maria Stella e Octavio.

AGRADECIMENTOS

É sempre uma difícil tarefa agradecer a todos que contribuíram, pois meu trabalho reflete quem sou, e sou a soma de pessoas que conheci ao longo desses 30 anos de vida.

Agradeço à minha mãe, Roseli, e ao meu pai, Claudio, por sempre acreditarem em mim, sempre me incentivarem e estarem na primeira fileira dos acontecimentos da minha vida. Mesmo quando não entendem muito bem minhas escolhas, torcem por mim, com amor e dedicação. Sei que sempre terei em vocês meu porto seguro, sou quem sou em razão de vocês. Agradeço ao meu esposo, Rodrigo de Andrade, por todo o incentivo e por várias vezes acreditar mais em mim que eu mesma, obrigada por ser companhia e parceria desde sempre, obrigada por não deixar que meu pessimismo me fizesse desistir de tentar. Obrigada por a cada noite, quando a redação estava pesada e parecia que não ia dar certo, sempre vir me dar um beijo e dizer que tudo ia ficar bem.

Agradeço ao meu orientador prof. Dr. Emerson Gabardo por proporcionar experiências diversas ao longo do mestrado, fazendo com que a academia e a docência fossem de fato experimentadas. Agradeço ao meu co-orientador, prof. Dr. Flavio Cabral, por estar sempre à disposição, corrigir cada página com muito zelo e sempre instigar pontos importantes desse trabalho. Igualmente, agradeço aos membros da banca, professores Denise Bittencourt Friedrich e Luiz Alberto Blanchet pelas considerações e apontamentos ao trabalho.

Por vezes a academia parece um corredor frio, escuro e solitário que você precisa passar. Contudo, quando encontramos amigos, o caminho se torna mais leve. E no meio desse ambiente acadêmico encontrei amigos que me apoiam na escrita e na vida. Agradeço à Karoline Strapasson, pela amizade duradoura, passando por várias correções de artigos, discussões sobre concepções religiosas, casamentos, mestrado e doutorado; Karol, sua doçura e crença são inspiradoras para mim. Agradeço ao Renan Guedes Sobreira, pela amizade sincera e pelas correções ácidas. Espero que nossa amizade perdure por mais títulos, livros e garrafas de vinho. Agradeço à amiga Ana Claudia Santano, pelo exemplo de docente que é, pela parceria e pelos conselhos de sempre. Agradeço à Julia Gitirana, pela sinergia e pelas oportunidades que me deu, sempre enaltecendo minhas qualidades de maneira até exagerada.

Durante o mestrado conheci mais profundamente a rotina acadêmica, e nesse momento os amigos que aqui conquistei foram essenciais para que esses dois anos fossem mais leves. Agradeço especialmente aos meus amigos com quem formei o “trio acadêmico”, sem a Cynthia Juruena e o Lucas Bossoni Saikali o mestrado não seria o mesmo, nosso encontro desde a

semana de integração e nossa parceria, dentro e fora da academia, tornaram esses últimos anos mais especiais, nossa amizade é além do lattes. Também foi por meio do mestrado que conheci a Giulia Andrade, de sorriso doce e sempre uma palavra de apoio, parceira de escrita e de risadas; e o Daniel Castanha, sempre atencioso e incentivando os colegas, obrigada pelos diversos convites que me propiciaram aprimorar a docência. Agradeço às amigas Anna Paula Mendes e Fernanda Bourges pelas conversas sobre academia e a vida profissional.

Agradeço a todas as professoras e professores que participaram da minha formação, em especial à profa. Dra. Eneida Desiree Salgado, quem desde os primeiros anos da graduação me apresentou à pesquisa, incentivou projetos de extensão, motivou a formação de diversos grupos e sempre fomenta minha paixão pelo Direito e pela política. Agradeço à Pontifícia Universidade Católica do Paraná, por ser uma instituição de excelência, bem como, agradeço aos professores do PPGD pelas disciplinas e palestras ofertadas. Agradeço aos professores do NINC e do NUPED por me guiarem nas pesquisas e mostrarem que o ambiente acadêmico é muito mais vasto, complexo e relacional do que parece. Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES que financiou esse estudo, sem o qual seria inviável realizar e concluir o mestrado.

Agradeço à minha família – Silveira, Costa e agregados – e à família que me acolheu – Brand e agregados – que sempre se preocupam em perguntar como estou, o que estou estudando e sente muito orgulho por eu ser a primeira mestra da família. Meus amados irmãos, que a vida me deu, Ge, Thiago e Natalia, obrigada pela presença e pelo amor. Aos meus afilhados, Julia, Maria Stella e Octavio, que sentiram a ausência dos finais de semana, obrigada por existirem em minha vida de maneira tão doce.

Agradeço aos meus amigos que conheci para além da vida acadêmica, obrigada por vocês serem presença, Leoncio Santiago, Joyce Rezende, Leandro Oliveira, Marcos Oliveira, Carolina Valiati, André Polzin, Bruno Sakae, Luciano Mysckzak, Juliana Landolfi, Juliana Kobe e Kamille Ziliotto.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos colegas da Prefeitura Municipal de Piraquara que acompanharam em grande parte a conclusão do mestrado. Faço o agradecimento em nome da Camila de Oliveira e da Mayara Farias de Souza Valach. Foi de dentro da Administração Pública que vivenciei de perto as dificuldades diárias de um agente político, a tensão das escolhas e a organização da máquina pública.

Sou grata por receber tanto carinho ao longo da minha trajetória. Aos nomeados, aos não nomeados e aos que já se foram, o caminho é graças a cada uma dessas pessoas.

“Joga pedra na Geni
Joga bosta na Geni
Ela é feita pra apanhar
Ela é boa de cuspir
Ela dá pra qualquer um
Maldita Geni”
(Chico Buarque)

RESUMO

Analisa-se a dicotomia entre a doutrina e a jurisprudência sobre a flexibilização das garantias no combate à improbidade administrativa. O trabalho é dividido em três partes. A primeira parte traça as garantias do Estado Democrático de Direito, bem como o contexto de moralização e politização do Direito, no cenário de combate à corrupção. Ademais, apresenta as exceções ao Estado Democrático de Direito, especificamente: estado de exceção e *lawfare*. A segunda parte descreve os elementos intrínsecos à configuração da improbidade administrativa, estabelecendo pontos controvertidos e a conceituação legal. Nesse momento, expõe os pressupostos de aproximação e diferença entre moralidade e probidade. Ainda, apresenta os institutos punitivos, utilizados pelo Judiciário ou sugeridos pela doutrina, para a penalização por improbidade administrativa. Por fim, a terceira parte realiza análises da jurisprudência e verificação das alterações legislativas e os reflexos para as questões de improbidade administrativa. A partir da busca jurisprudencial direcionada para averiguar a aplicação dos institutos punitivos, analisa os julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, de 2013 a 2019. Também verifica como a LINDB interfere na análise da culpabilidade em matéria de improbidade administrativa e a conformidade dos institutos punitivos. Enfim, conclui que há um processo de flexibilização das garantias, sob o discurso de combate à corrupção, o qual resulta na punição por atos de improbidade sem comprovada culpabilidade; condescendência sem respaldo no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Improbidade. Garantias. Exceções. Interesse público. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This research analyzes the dichotomy between doctrine and jurisprudence on the flexibility of guarantees in the fight against administrative improbity. The paper is divided into three parts. In the first one, the guarantees of a democratic state under the rule of law are outlined, as well as the process of moralizing and politicization of law in the scenario of combating corruption. Furthermore, exceptions to the rule of law are presented, specifically: state of exception and lawfare. The second part describes the intrinsic elements in the configuration of administrative improbity, establishing controversial points and the legal conceptualization. At this process, the hypothesis of approach and differences between morality and probity are described. Still, the punitive institutes used by the Judiciary or suggested by doctrines, for the penalization of administrative improbity are described. At last, in the third part, jurisprudential process, verification of legal changes and the reflexes in the matter of administrative improbity are performed. Through jurisprudential research, rulings from the Superior Court of Justice and the Supreme Court, from 2013 to 2019, are analyzed. It was verified how LINDB (the introductory law of Brazilian norms) interferes in the analysis of culpability in the subject of administrative improbity, as well as the accordance of punitive institutes to the Brazilian legal system. Finally, it is concluded that there is a process of flexibility of guarantees, under the speech of corruption combating, which results in the punishment of improbity acts without the proof of culpability. It is highlighted that this condensation is not supported by the democratic state under the rule of law.

Keywords: Improbity. Guarantees. Exceptions. Public interest. Democratic state under the rule of law.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

DJe – Diário da Justiça Eletrônico

ELO – Sistema Eleitor On-line

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

PMN – Partido da Mobilização Nacional

PUCPR – Pontifícia Universidade do Paraná

REsp – Recurso Especial

RExt – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TC – Tomada de Contas

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

PRÓLOGO.....	11
INTRODUÇÃO	15
1. GARANTIAS E EXCEÇÕES NO ESTADO CONSTITUCIONAL	24
1.1 GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SOCIAL.....	25
1.2 CORRUPÇÃO E O CONTEXTO DE FLEXIBILIZAÇÃO: ENTRE MORALIZAÇÃO E POLITIZAÇÃO NO CENÁRIO PUNITIVISTA E GARANTISTA	34
1.3 AS EXCEÇÕES: ESTADO DE EXCEÇÃO JUDICIAL E <i>LAWFARE</i>	49
2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: MORALIDADE, ILEGALIDADE E CORRUPÇÃO	60
2.1 ENTRE MORALIDADE E PROBIDADE: DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES.....	62
2.2 OS ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	71
2.3 EM BUSCA DA PUNIÇÃO: INSTITUTOS PUNITIVOS APLICÁVEIS NO COMBATE À IMPROBIDADE.....	91
3. A REALIDADE: OS JULGADOS E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS QUE ENVOLVEM A IMPROBIDADE	107
3.1 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: A IMPROBIDADE NO BANCO DOS RÉUS.	107
3.2 A LINDB E A PRETENSÃO DE MAIOR SEGURANÇA JURÍDICA.	119
3.3 QUEM TEM MEDO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?	126
CONCLUSÕES.....	143
REFERÊNCIAS	151
ANEXO I - RESULTADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL SOBRE DOLO GENÉRICO	170
ANEXO II - RESULTADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL SOBRE DANO IN RE IPSA	174

PRÓLOGO

A escolha do tema de pesquisa é fruto da vivência na advocacia, principalmente na seara eleitoral. Em 2016 atendi a vários clientes inelegíveis em razão das condenações em ações de improbidade administrativa. Quando me debruçava sobre a ação de improbidade originária da inelegibilidade, invariavelmente me deparava com decisões que classificavam como dolosa determinada conduta sem que houvesse demonstração do elemento subjetivo e condenações por dano ao erário sem demonstração de lesão, conduzindo para a responsabilidade objetiva dos gestores. Porém, naquele momento, poucas saídas jurídicas restavam, já que, na maioria, demandariam mais tempo que um registro de candidatura permite.

Na mesma época, começaram a ser veiculados textos de doutrinadores do Direito Administrativo mencionando a utilização de institutos punitivos nas fundamentações de condenação. O combate à corrupção era tema falado em vários círculos, desde os mais leigos até os mais acadêmicos. O fato de o tema ter alçado o posto de mais comentado decorre justamente das ações em anos anteriores que culminaram na prisão e condenação de vários representantes políticos, empresários e agentes do mercado financeiro. O julgamento do Mensalão já havia gerado efeitos,¹ com decisões já proferidas e condenações em cumprimento; por sua vez, os casos da Lava Jato estavam ganhando as manchetes jornalísticas, resultando em prisões preventivas, buscas e apreensões em sedes partidárias.²

A classe política encontrava-se sendo cada vez menos valorizada pela população. A ideia de que todo político é corrupto passou a ser ainda mais comum. Nesse cenário, minha inquietação surgiu justamente diante do fato de que agentes públicos, principalmente os políticos, sempre irão existir – ao menos enquanto formos uma República democrática – e nem todos assumem os cargos com objetivos obscuros. Em que pese ser a favor do combate à corrupção, as medidas de condenação demonstravam-se desarrazoadas, transparecendo que o

¹ Considera-se como momento inaugural de aplicação de teorias mais punitivistas o julgamento do caso Mensalão. Ação penal de n. 470, movida pelo Ministério Público Federal em face de agentes políticos e empresários, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal e que nas condenações flexibilizou a obrigatoriedade de demonstração de dolo pelas condutas, trazendo para o ordenamento brasileiro as figuras da cegueira deliberada e do domínio do fato, sob o fundamento de combate à corrupção. Diversas obras retratam o julgamento da Ação Penal n. 470 como o julgado que introduziu a teoria no ordenamento jurídico. ARARUNA, Rangel Bento. A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará**. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, Fortaleza, a. 1, n. 1, v. 2, p. 145-207, jan./jun. 2017.

² Operação de combate à corrupção iniciada em 2014, em Curitiba-PR, envolvendo estatais, partidos políticos, empresas privadas e doleiros. A ação se desdobrou para outros estados e deu origem a diversas outras operações. <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

requerido – caso fosse agente político – seria desde o início considerado culpado, sem que nem houvesse a efetiva demonstração do elemento subjetivo – culpa ou dolo.

Particularmente, as consequências das ações de improbidade, como bloqueio de bens, geram efeitos nefastos aos requeridos, que são intimados já com a declaração de culpa praticamente preenchida. Quando se trata de uma pessoa jurídica, determina-se o bloqueio de bens, sem que haja preocupação com a responsabilidade da empresa.

Todos esses questionamentos vieram à tona. Assim, resolvi investigar como o judiciário estava decidindo em relação a esses institutos, se esse modo de julgamento se enquadrava em estado de exceção judicial ou, no novo termo em voga, em *lawfare*, especificamente na área de improbidade administrativa. Estava definido o objeto da pesquisa. Nesse sentido, o problema a ser respondido é se as garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito podem ser flexibilizadas em detrimento do combate à improbidade e à corrupção.

Após a definição do objeto de pesquisa, escolher pela sua realização junto à Pontifícia Universidade Católica do Paraná, foi fruto da análise das linhas de pesquisa do programa e encontrar em qual meu projeto se enquadrava. A área de concentração é “Direito Econômico e Desenvolvimento,” uma vez que a pesquisa se apresenta como uma análise crítica da realidade, a partir averiguação de como o Estado, por meio do Judiciário, aplica seu poder de punição nos casos de corrupção, com intenção de promover debate doutrinário sobre o tema. Em que pese existirem diversos estudos que abordam situações semelhantes a partir do ponto de vista do Direito penal, a intenção na presente pesquisa é fazer um recorte sob o viés do Direito administrativo. De todo modo, a investigação se utilizou de trabalhos acadêmicos realizados por demais pesquisadores da presente universidade, inclusive da área penalista. Por sua vez, a linha que se enquadra a dissertação é “Estado, Economia e Desenvolvimento”, considerando que o presente trabalho se utiliza dos fundamentos do Direito Administrativo para análise do objeto, relacionado à Administração Pública, por meio de imbricações com outras áreas do conhecimento.

Com a definição do tema, as referências bibliográficas se fundamentaram em textos atuais e sobre os assuntos propostos a estudar – improbidade administrativa, estado de exceção, *lawfare*, cegueira deliberada, domínio do fato, dolo genérico e Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. A busca de conteúdo ocorreu em livros, periódicos, artigos acadêmicos e de opinião. Por se tratar de um tema atual e ao mesmo tempo bastante discutido pela doutrina, a fonte de dados é incalculável, de modo que a seleção das referências ocorreu a partir do

reconhecimento da produção científica e da busca por opiniões diversas, para que a pesquisa não se fundamentasse somente em um ponto de vista.

Ainda, uma escolha de fonte bibliográfica foi a partir dos acórdãos dos tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. A escolha pelas Cortes Superiores permite analisar como são as decisões uniformizadas sobre a matéria. A partir dos meios de busca que restringiram os resultados foi possível analisar todas as ementas.

Fruto dessa pesquisa, inicialmente foram encontrados 2.882 acórdãos no sistema de busca de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, utilizadas como palavras-chave “improbidade e administrativa”. Porém, com a finalidade de viabilizar a pesquisa, foram incluídos outros termos, chegando-se ao seguinte resultado: dolo genérico – 396; cegueira deliberada – 0; dano in re ipsa 72; domínio e fato – 11. Para realizar esse recorte, foram estabelecidos como filtros de pesquisa: (a) data; (b) local onde se encontravam os termos de busca; (c) termos de busca; (d) tipo de decisão (e) legislação.

O período de análise se estabeleceu com data inicial em 01 de janeiro de 2013, período após o julgamento da Ação Penal 470, a qual despontou o uso dos institutos penais e flexibilidade de provas com a finalidade de condenação da corrupção. Por sua vez, a data final foi 31 de dezembro de 2019. Os termos de busca foram “improbidade administrativa”, “improbidade administrativa provas”, “improbidade administrativa cegueira deliberada”, “improbidade administrativa wilfull blindness”, “improbidade administrativa e domínio e fato”. “improbidade administrativa dano in re ipsa”. O local de busca dos termos “ementa”, sendo o tipo de decisão “acórdão”, e a legislação “lei de improbidade administrativa”.

Não obstante, realizando a busca no site do Supremo Tribunal Federal, com base nos termos de pesquisa “improbidade administrativa” foram encontrados 72 acórdãos. Desta forma, na pesquisa realizada perante a Corte Superior não foi necessária a inclusão de outros filtros, pois a amostragem se apresenta como possível verificação. A análise dos julgados ocorreu a partir da verificação prévia das ementas, sendo os casos com maiores especificidades inseridos na tabela em anexo.

Para melhor abordagem do conteúdo, o trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro, abordam-se os fundamentos do Estado democrático de Direito, o papel do Judiciário na conformação social e o desenvolvimento das teorias de estado de exceção judicial e *lawfare*. Aqui a principal dificuldade foi localizar fontes bibliográficas nacionais sobre o instituto do *lawfare*. O termo não tem tradução na língua portuguesa, de modo que foi necessário recorrer principalmente à doutrina internacional.

No segundo capítulo são abordados os elementos conformadores da improbidade administrativa, inicialmente estabelecendo a diferença entre probidade e moralidade. Após, abordam-se as construções acerca da definição de improbidade administrativa e a maneira como ela é vista atualmente. Ademais, é realizada análise sobre os institutos punitivos aplicáveis às ações de improbidade, tanto aqueles já aderidos pela jurisprudência quanto aqueles que apenas são ventilados pela doutrina.

Por fim, no capítulo três são analisados os acórdãos a que se referem aos institutos punitivos aplicáveis à improbidade administrativa e decisões que violam garantias individuais. Considerando que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro promoveu diversas mudanças no ordenamento jurídico, realiza-se uma comparação entre a sua redação e a Lei de Improbidade Administrativa, bem como suas alterações e possíveis revogações tácitas. No último subitem, analisam-se criticamente os julgados e as possíveis aplicações aventadas na área de improbidade administrativa.

A seleção dos textos foi uma tarefa árdua, haja vista que são diversos os trabalhos acadêmicos que se dedicam a discutir a questão da improbidade. Assim, escolher as obras para que as referências bibliográficas estivessem no mesmo nível de reconhecimento científico, bem como fossem de relevância para a construção da dissertação, necessitou de cuidado especial, o que aconteceu mediante a correção e indicação do orientador. Ainda, outro obstáculo, de extrema dificuldade, foi definir o título da pesquisa, encontrar as palavras que expressassem exatamente o que a dissertação pretende responder sem que fosse longo ou vazio de conteúdo.

Ao fim da pesquisa, espera-se que a investigação realizada seja instigante para promover mais debates sobre o tema e possa ser utilizada como mecanismo de defesa das garantias individuais em um Estado Democrático de Direito, sem perder de vista que o desenvolvimento real de uma sociedade necessita de um espaço livre de corrupção.

INTRODUÇÃO

A moralização da política e a tentativa de tornar a arena pública um espaço reservado apenas aos dignos culminou na utilização dos instrumentos jurídicos com a finalidade de afastar dessa área os corruptos. Não há nada de errado em combater e afastar a corrupção do espaço público, o problema está justamente no procedimento para se apurar quem são os corruptos. Não se pode concluir, a priori, que todo aquele que ocupa um cargo político comete atos de corrupção. Em razão das garantias estabelecidas pelo Estado Democrático de Direito, o que se presume é a inocência, valendo a máxima de que todos são inocentes até que se prove o contrário.

Porém, na ânsia de combater a corrupção a qualquer custo, essa lógica parece se alterar. As mudanças legislativas e as decisões judiciais que condenam agentes políticos sem a devida comprovação ou demonstração de culpa, ou sem se importar com a violação aos direitos constitucionais dos sujeitos, surgem no ambiente jurídico com a esperança de mudança no cenário governamental, sob a promessa de renovação e sob o fundamento de atender à opinião pública em seu anseio moralizador. Nesse contexto, ações judiciais em casos de grande impacto midiático fomentam a visibilidade dos órgãos de controle, ao passo que a ideia de sujeitos que representam a Justiça e estão acima de qualquer legalidade, uma vez que estão imbuídos da missão de vingar o país das mazelas corruptivas, constrói o imaginário de um Judiciário salvador.

A base do sistema democrático brasileiro é a representação. O indivíduo eleito precisa sempre estar atento ao seu papel representativo, observando o interesse público e as necessidades da população, pois, caso contrário, a atuação deixa de ser justa, “o legal é desprezado e o fim, em vez de ser coletivo, passa a ser individual, prevalecendo os fatores de natureza pessoal”.³ Nesse ponto, percebe-se que o próprio sistema de representação não coaduna com atos de improbidade ou de corrupção. É unanimidade que a corrupção deve ser banida, perseguida e punida. Contudo, os meios pelos quais se realizará a persecução são fundamentais para que não haja violação ao Estado Democrático de Direito. A questão está exatamente no modo como os acusados serão investigados e julgados, sem que haja violação a suas garantias.

É notável que o termo corrupção é vago. Invariavelmente, quando é utilizado, não se realiza uma crítica acerca da sua acepção. Justamente em razão dessa ausência de delimitação

³

CHALITA, Gabriel. **Ética dos governantes e dos governados**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 129.

precisa, o combate à corrupção é levado a efeito sem “atentar para a necessidade de as decisões incorporarem a faticidade dos casos por meio dos princípios e de respeitarem a integridade do Direito”.⁴

Não obstante, Héctor A. Mairal afirma que a corrupção tem raízes legais, em razão de leis mal redigidas, imprecisas e inconstitucionais, o que culmina na possibilidade de as previsões legais enquadrarem inocentes como cúmplices e corruptos, sem que nem mesmo haja conhecimento disso. Ademais, um servidor que aplique as regras rigorosamente, sem se importar se o atingido é um familiar ou um amigo, está mais suscetível a críticas que a elogios, estando vulnerável às acusações.⁵ Desse modo, a corrupção encontra cenário apto para se desenvolver dentro do próprio ambiente jurídico, a partir das imprecisões e lacunas.

A corrupção não é uma patologia restrita a uma única corrente política. Está suscetível de acontecer em diferentes ideologias, de modo que mesmo em diferentes cenários políticos – esquerda e direita – e econômicos – intervencionista ou não – poderá haver casos do referido vício. Assim, propõe-se um estudo das raízes jurídicas do fenômeno, por entender o Direito mais neutro.⁶ Nesse sentido, Walfrido Warde alerta que na ânsia de combate à corrupção, “destruímos o capitalismo, demonizamos a política, expomos nossas leis ao ridículo e levamos as instituições ao ponto de ruptura, uma fadiga que flerta com o irreversível.”⁷ Isso tudo sem compreender que a patologia está no sistema.

O termo corrupção pode adquirir diferentes sentidos, desde condutas desonestas praticadas na esfera privada até a deturpação das regras no ambiente público. De toda sorte, a corrupção combatida é a política. Não se trata dos desvirtuamentos que as condutas rotineiras possam incorrer, em que pese ser utilizado como exemplo de imperfeição humana o fato de que todos são corruptos. Juridicamente, é a lei que define o que é corrupção.⁸ Em seu âmago, a corrupção está relacionada com a desnaturação da política, mas não necessariamente com a instabilidade política. Seu resultado é a produção de desigualdade nos mercados e nos sistemas

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

⁵ MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção**: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. Tradução de Héctor A. Mairal, Susan M. Behrends Kraemer. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 25-30

⁶ MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção....** p.230-237.

⁷ WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 23.

⁸ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção**: combate transnacional, compliance e investigação criminal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 18.

sociais, porém isso não impede o crescimento econômico.⁹ Nem sempre o tema da corrupção é de assimilação fácil, pois é necessária a análise de fatores distintos.

Em que pese as dificuldades de investigação, o combate à corrupção é intrínseco ao Estado Democrático de Direito. Afinal, de fato, as práticas corruptivas custam muito, pois, além de ir de encontro aos princípios da eficiência e, especialmente, da moralidade da Administração Pública, suprimem recursos públicos que poderiam e deveriam estar sendo aplicados em prol do bem coletivo. Estes desvios impactam diretamente nos direitos sociais e, consequentemente, na concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Os mais atingidos pelos efeitos da corrupção são os economicamente vulneráveis, “em áreas como a saúde, a educação, o saneamento, a segurança e a habitação, atingindo um número indeterminado de vítimas”.¹⁰ Esse processo gera um efeito cíclico. Com a diminuição dos recursos, reduzem os índices de desenvolvimento humano e consequentemente aumenta-se o risco de investimento no país, o que faz com que investidores internacionais deixem de escolher esta região, reduzindo o desenvolvimento nacional.¹¹

A discussão acerca da utilização de mecanismos punitivistas na persecução a condutas corruptas ganha o primeiro destaque com o escândalo do “Mensalão”. Descoberto em 2005, e desde então destaque nas matérias jornalísticas, o cerne da denúncia foi o desvio de valores de financiamento de campanha, primeiramente conduta atribuída ao Partido dos Trabalhadores – PT, com a finalidade de compra de votos dos parlamentares para aprovação das agendas do governo. Nesse esquema, as empresas financiavam campanhas eleitorais para posteriormente se beneficiar de contratos com o poder público.¹² O caso foi julgado por meio da Ação Penal 470, perante o Supremo Tribunal Federal, em 2013, inaugurando a utilização de institutos punitivos para condenar os envolvidos sem que houvesse prova do cometimento do ato, como, por exemplo, a teoria do domínio do fato.

Em resposta às denúncias de corrupção foi promulgada a lei “Ficha Limpa”, lei nº 135/2010. Era a manifestação legislativa desta tendência social de punição àqueles que estão na arena política; sua elaboração decorreu de uma pressão popular, a qual clamava por representantes políticos mais ilibados. Com um texto constitucionalmente questionado, ela passou a vigorar no pleito eleitoral de 2010. Com redação que fere diversos direitos, a lei trouxe

⁹ WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção...** p. 38.

¹⁰ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção...** p. 63.

¹¹ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção...** p. 54.

¹² Cf. MIGUEL, Luis Felipe. A crise e suas fronteiras: oito meses de “mensalão” nos editoriais dos jornais. **Opinião Pública**, Campinas, v. 13, n. 1, p.97-123, jun. 2007

inovações que ceifaram a possibilidade de inúmeras pessoas se candidatarem aos cargos eletivos, destacando-se a atribuição de efeito retroativo à nova orientação legal.¹³

Porém, os escândalos de corrupção continuaram a eclodir, de modo que em 2014, inicia-se a operação “Lava Jato”, para apurar casos de pagamento de propina, conduzida pelo então juiz, Sergio Moro, da Justiça Federal de Curitiba. Nessa operação foram realizadas diversas buscas e apreensões, divulgação de gravações, prisão de envolvidos e a condenação de um ex-presidente, Luiz Inácio Lula da Silva. É justamente no decorrer dessa operação que as denúncias acerca da flexibilização de garantias começaram a ganhar volume, uma vez que os institutos punitivos passaram a ser utilizados com maior intensidade para o julgamento das diversas ações judiciais decorrentes dessa operação. Intensificou-se o uso da delação ou colaboração premiada como forma de instrução probatória. Nesse momento opiniões se dividiram: de um lado os que entendiam e aprovaram as condutas em razão do combate à corrupção, de outro lado, aqueles que afirmavam que, com violação de garantias, o sistema jurídico restaria comprometido.¹⁴

Os reflexos dessas flexibilizações atingem outras formas de persecução às condutas corruptivas. E, dentre os instrumentos legais de combate à corrupção, a Lei de Improbidade Administrativa, lei nº 8.429/1992, possui um papel de destaque. A aplicação dessa legislação sofre reflexos a partir da utilização de flexibilização de garantias no combate à corrupção. Segundo o texto original da Lei de Improbidade Administrativa, para se configurar um ato ímprobo, é imprescindível demonstrar que o agente agiu com a intenção de causar dano ao erário ou se beneficiar da conduta. Para que se possa considerar um ato ímprobo, não basta que este seja contrário à lei, é necessário – ao menos conforme previsão legal – que o agente esteja com a intenção de burlar a legalidade, de modo que a “improbidade pressupõe a atuação maliciosa preordenada à obtenção de um resultado conhecido como indevido”.¹⁵

A lei prevê a necessidade do elemento subjetivo para tipificação do ato ímprobo, culpa ou dolo, fato que se amolda à classificação de improbidade como uma ilegalidade qualificada. A exceção à necessidade de demonstração de dolo encontra-se na previsão de possibilidade de

¹³ SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário – A Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013

¹⁴ Cf. MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019. e MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (Coord.). **O caso Lula**: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2017.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1096.

culpa para os casos de dano ao erário; referido dispositivo é extremamente discutido, principalmente em razão do questionamento acerca de sua adequação com a definição de improbidade e em razão de sua conformidade constitucional.

A sanção aplicada ao agente improbo tem como finalidade a “restauração da soberania do Direito, principal alicerce da segurança que deve reinar nas relações sociais”. Assim, a razão da sanção não é causar qualquer prejuízo ao infrator, de modo que “a proporção que deve existir entre o ilícito e a sanção deve ser correlata à existente entre as forças morais presentes no temor causado aos cidadãos e no lenitivo que será utilizado para tranquiliza-los”.¹⁶ Apesar desta ressalva realizada por Emerson Garcia, este defende a possibilidade de que culpa seja elemento apto a configurar a improbidade, desde que em sua modalidade grave. Porém, se o termo culpa já é bastante aberto por si só, seu dimensionamento abstrato deixa a compreensão ainda mais indefinida. De fato, não há na legislação critérios para se definir o que qualificaria a culpa como mais ou menos grave.

As ações de improbidade possuem sanções bastante severas, desde perda do cargo público, pagamento de multa e suspensão dos direitos políticos, até mesmo de obrigações civis, como o ressarcimento ao erário. A restrição aos direitos fundamentais, principalmente os políticos, e a restrição em relação a elegibilidade, imputada aos considerados ímprobos, teria como justificativa a moralização do ambiente político, de forma a tentar restringir o acesso aos cargos públicos por aqueles que tiveram contra si alguma imputação. Isso está na lei e parece algo bastante proporcional.

Há, ainda, quem defenda maior rigor nos julgamentos das ações de improbidade, afastando dessas demandas a incidência de alguns benefícios previstos na seara penal. Por exemplo, Rodrigo Janot Monteiro de Barros e Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior sustentam que independentemente do valor pecuniário que se pretende apurar, deve ser inaplicável às ações de improbidade administrativa o princípio da insignificância utilizado no Direito Penal. Para os autores, a Lei de Improbidade Administrativa não permite esta importação, pois existem dimensões distintas; se por um lado o referido princípio deve incidir no juízo de improbidade (para afastar eventual condenação por improbidade administrativa), por outro lado não pode interferir na imposição de sanções – juízo de dosimetria.¹⁷ Esta tese é

¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 613.

¹⁷ BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell. (Coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 333-338.

fortemente contestada pelos garantistas, que afirmam a possibilidade de incidência do princípio da insignificância no Direito Administrativo sancionador e, particularmente, nas ações de improbidade.¹⁸

Em uma perspectiva punitivista, típica do estado de exceção judicial, faz sentido a tese negacionista, gerando um tensionamento entre o interesse público e os direitos fundamentais individuais. No caso, o combate às condutas ímprobas decorreria da defesa do bem comum. Todavia, “a defesa do princípio da supremacia do interesse público não promove qualquer desconsideração da esfera de direitos fundamentais”.¹⁹ Logo, negar a insignificância é algo evidentemente desproporcional. De todo modo, aos punitivistas o que deve prevalecer é a proteção do interesse público. Assim, com a intenção de aplicar sanção a qualquer ato que possa se enquadrar na conceituação legal aberta da Lei de Improbidade Administrativa, consideram válido recorrer a institutos utilizados no Direito penal para fins de investigar as ações de improbidade, independentemente da culpabilidade do sujeito.

Estes entendimentos mais amplos acerca da possibilidade de aplicação das sanções da ação de improbidade, utilizando-se de alguns institutos do Direito penal sem, contudo, observar o contexto nos quais foram aplicados originalmente demonstra o anseio pela punição. A sua adoção na jurisprudência tem como base a valorização das consequências do ato e não a intencionalidade de se causar qualquer dano. Institutos de responsabilidade como a cegueira deliberada, dolo genérico e supremacia dos fatos visam afastar o elemento subjetivo do dolo, a necessária demonstração da real intenção de agir, e tendem a focar sua análise na consequência do ato.

Estas teorias, importadas do Direito penal para o Direito administrativo, interferem diretamente na forma como as ações de improbidade tramitam. De fato, existem semelhanças entre as ações penais e as de improbidade, pois ambas são precedidas por uma fase inquisitória realizada pelo Ministério Público para apurar as circunstâncias do ocorrido considerado suspeito. E muitas vezes, implicam diferentes sanções para a mesma conduta. Então, é natural a osmose entre as diferentes searas jurídicas.

Na aplicação dessas teorias, em razão de a intencionalidade da lei ser a de punir o desonesto e o corrupto, mesmo que o elemento subjetivo seja o dolo genérico, os requisitos para

¹⁸ GABARDO, Emerson; BLANCHET, Luiz Alberto. A aplicação dos princípios do Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte. a. 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

¹⁹ GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 314.

demonstração da conduta improba estão preenchidos.²⁰ Isso flexibiliza e produz uma impressão de não se estar punindo objetivamente, ao passo que concretamente é isso que se está fazendo.

Neste contexto de maleabilidade da prova de culpabilidade do agente, a concessão de medidas liminares sem a prévia oitiva do réu passa a ser extremamente comum em ações judiciais de combate à corrupção, como é o caso das ações de improbidade. Afasta-se o agente político do cargo ou então são bloqueados os bens dos envolvidos antes mesmo que eles possam saber que estão sendo investigados. Neste cenário, caberá ao réu o ônus de desconstituir o que a inicial afirmou, invertendo-se assim a lógica probatória, na qual, via de regra, é atribuído a quem alega comprovar os fatos irregulares.

Esta inversão do ônus probatório configura o que vem sendo chamado de "prova diabólica" – em alguns casos, torna-se muito difícil ao réu desconstituir os atos apontados com a petição inicial ou então ele é obrigado a provar fatos negativos. Nesse sentido, a prova diabólica é definida como "a expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração".²¹ A partir da concepção de que o dolo pode ser presumido e da insurgência de outros institutos ampliativos torna-se para o acusado de improbidade praticamente impossível provar a inocência, ao passo que para quem aponta a improbidade é retirado o ônus de provar o alegado.

Destaca-se que esta inversão decorre da lógica de dificuldade de se construir um conjunto probatório robusto em razão da complexidade pela qual o ato se consuma. Quem corrompe ou é corrompido geralmente tenta apagar os rastros da ação ilícita realizada. Nesse sentido, para autores punitivistas, como Sergio Fernando Moro, a grande complexidade está no cometimento do ato; a conduta é orquestrada de maneira que a investigação é quase impossível, de modo a justificar o porquê de algumas flexibilizações em relação aos meios de obtenção de prova, bem como a possibilidade de determinação de prisões antes mesmo de qualquer decisão nos autos.²²

Os garantistas, por outro lado, que não se pode violar um sistema de garantias com a finalidade de perseguição de uma conduta delituosa, bem como, para a condenação é necessário

²⁰ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 122.

²¹ CÂMARA, Alexandre de Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: O Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 31, p. 9-18, out. 2005. p. 12.

²² MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista Jurídica do CEJ Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/41>> Acesso em: 20 jan. 2018.

que haja provas e não meras convicções. Assim, em relação à Lei de Improbidade Administrativa, em que pese a legislação mencionar a possibilidade de culpa especificamente em relação a um dispositivo, ao considerar a possibilidade de aceitação de culpa de maneira indistinta, para todos os dispositivos da lei, corre-se o risco de “vulgarização da própria norma, com ferimento ao princípio da razoabilidade”, afinal, “a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no seu sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, ter a pecha de improbidade, dada a ausência de comportamento desonesto – atributo esse que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade)”.²³

A detecção da responsabilidade não pode ser inquisitorial, ou seja, já no início da persecução se pressupõe quem é o culpado e na investigação processual somente se esforça para demonstrar a responsabilidade, sob o risco de atuar em um estado de exceção.²⁴ O processo judicial é pensado justamente para que haja igualdade de armas entre quem acusa e quem é acusado, em observância aos princípios da presunção de inocência, devido processo legal e contraditório.

Em um Estado Democrático de Direito não é plausível que as situações não tenham o mínimo de previsibilidade, sob o risco de que em nome da “moral popular” os direitos fundamentais sejam violados. No ambiente das ações judiciais de combate à corrupção facilita-se sobremaneira a possível procedência da ação, ainda que os elementos tradicionalmente necessários não estejam presentes, estando a demanda judicial à mercê da vontade do julgador.

Para além das violações aos direitos fundamentais, a própria finalidade processual é mitigada, e a seara jurisdicional apenas mais um mecanismo de manejo do Direito para “fins de domínio e pacificação”,²⁵ ou seja, para a manutenção do estado de exceção. Na visão garantista, “o perigo da substituição do Direito pelas concepções morais comuns extraíveis da sociedade já se tornou superior ao do formalismo positivista do período pré-constitucionalista”.²⁶

Uma das possíveis sanções da ação de improbidade é justamente a restrição aos direitos políticos. Logo, ao se conceber a possibilidade de limitá-los sem que haja comprovadamente a vontade do agente em cometer a ilegalidade e o ferimento da moralidade, são atingidas suas garantias constitucionais. O direito de participar, direta ou indiretamente, das

²³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: comentários à Lei nº 8.429/92. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 268.

²⁴ WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção...** p. 45.

²⁵ GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 199.

²⁶ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. p. 69-70.

decisões políticas é o que garante a preservação dos demais direitos fundamentais.²⁷ Contudo, em nome do interesse público, cada vez mais os direitos políticos vêm cedendo, justamente em razão da inclusão da possibilidade de caracterização da ação de improbidade com base em culpa.

Para os garantistas “não faz sentido afirmar que alguém agiu com má-fé, com desonestidade e, ao mesmo tempo, sem dolo”.²⁸ Essa tendência de flexibilização é uma escolha política. De modo que “travestir as decisões políticas em decisões técnico-jurídicas”, no Brasil, ganhou contornos de atribuir a culpa ao sujeito, através justamente da instrumentalização dos meios jurídicos disponíveis; contudo, a partir da alteração do conceito, toda relação entre capital e Estado passou a ser ilícita, ainda que em outros países essa interação seja lícita e inclusive regulamentada pelo Direito.²⁹

²⁷ GUEDES, Néviton. Qualidade, significado e importância dos direitos fundamentais políticos. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.) **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 660

²⁸ GABARDO, Emerson; ROCHA, Iggor Gomes. Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos no contexto da preponderância pragmática do interesse público. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree. (Org.). **Direito Eleitoral: debates ibero-americanos**. Curitiba: Íthala, 2014, p. 257-274. p. 260 e 263.

²⁹ WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção...** p. 120.

1. GARANTIAS E EXCEÇÕES NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A vida em sociedade pode congrega diferentes conformações sociais, sendo que ao longo da história foram estabelecidas inúmeras alternativas como maneira de aprimoramento dessa convivência. As relações sociais e a forma como os direitos e garantias são entendidos se modificam de acordo com a escolha do grupo de pessoas, com a época vigente e a depender da composição social.

Se a vivência coletiva necessita de regras para que seja estabelecida a convivência, questiona-se sobre quem tem a legitimidade para elaborar as regras, e em qual medida se pode restringir a liberdade dos demais sujeitos. Nesse sentido, caberia ao poder político a função de estabelecer padrões normativos, os quais determinam os comportamentos sociais.³⁰ Esse processo de regulamentação necessita observar o possível interesse das gerações futuras, ao mesmo tempo que deve pensar na estabilidade das relações.

Todavia, ainda que haja preocupação com a manutenção do *status quo*, a sociedade está em constante alteração. Assim, de tempos em tempos são formuladas novas configurações, que perpassam discussões sobre o poder e o limite de interferência do ente estatal nas vidas privadas, como essa instituição assegura um mínimo à existência dos indivíduos e demais peculiaridades próprias de cada território e de cada geração. De todo modo, nas palavras de Jorge Reis Novais, “é a proteção dos direitos fundamentais que justifica o objetivo de limitação do Estado”.³¹

Nesse contexto, cada Estado escolhe como será sua conformação. O Estado brasileiro, quando da sua reorganização, por meio da Constituição de 1988, optou pela forma de Estado Democrático de Direito e social. Isso significa que o texto constitucional representa a ordem máxima, sendo que tanto as liberdades serão exercidas quanto limitadas nos estritos termos ali previstos, “os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado Constitucional”.³² Se de um lado são estabelecidos direitos fundamentais, de outro são estabelecidas limitações às liberdades.

Não obstante, é por meio dos direitos fundamentais que a Constituição deve ser compreendida, uma vez que justificam a criação e o desenvolvimento do controle estatal. As

³⁰ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003. p. 56-58.

³¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 212.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p.60.

garantias se apresentam como mecanismo de segurança, inclusive em face das exceções previstas – ou não – pelo sistema.

1.1 GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SOCIAL

O processo histórico desenvolvido até se formular o conceito de Estado Democrático de Direito passa pela origem do Estado de Direito. Sua noção perpassa pela existência de um conjunto de direitos e garantias estabelecidos, de modo que impõe, simultaneamente, deveres e direitos aos cidadãos e ao próprio Estado, reconhecido como um conceito de origem liberal.³³ O Estado de Direito é aquele instituído e regido por uma Constituição, com a divisão de poderes estabelecida, sendo que os órgãos são independentes e coexistem em harmonia, de modo que a função de controle é mútua. Ainda, para esse conceito, as leis estabelecidas devem ser observadas e cumpridas por todos, cidadãos e o próprio Estado, de modo que aquele que teve seu direito violado pode cobrá-lo daquele que cometeu a violação.³⁴

Inobstante, o Estado de Direito não se resume à mera limitação das liberdades negativas, pois se trata de uma figura para além do princípio da legalidade, muito embora esse seja estruturante. Lucia Valle Figueiredo destaca que, mais que seguir as leis, para se caracterizar um Estado de Direito é imprescindível que se observem os freios e contrapesos do sistema, caso contrário, até mesmo os regimes totalitários poderiam ser considerados Estados de Direito, uma vez que eles seguiam as leis estabelecidas, porém a legalidade seguida era de um Estado de exceção.³⁵

Nessa conjuntura, o Direito vai determinar quais são os limites do Estado. Em quais situações sua conduta precisa ser ativa ou passiva. Todavia, não basta a previsão legal para que o princípio da legalidade seja efetivado, o modo como a regra será elaborada e como se aplicará são requisitos para sua concretização. Ainda, para que seja alcançada a efetividade do princípio da legalidade, exige-se a separação de poderes, de modo que aquele que elabora as leis não seja o mesmo que as aplique, nem mesmo aquele que soluciona conflitos. Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem afirmam que “a separação de poderes possibilita o nascimento

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 190-114 e 116.

³⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 38.

³⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 209, p. 7-18, jul./set. 1997.

do Direito administrativo como mecanismo de proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.”³⁶ Nessa lógica, poder controla poder, evitando-se o abuso e a própria tirania.³⁷

Para assegurar que a intervenção do Estado na vida dos indivíduos não está em desacordo com os preceitos constitucionais, a juridicidade³⁸ é o princípio-garantia do cidadão.³⁹ A partir dessas premissas de proteção às liberdades, verifica-se que no Estado de Direito o centro é o ser humano e seus direitos fundamentais, de modo que para se alcançar este objetivo é imposto um limite ao próprio Estado. Contudo, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, o Estado de Direito fomentou a individualidade, não se alcançando a justiça comum – pois as desigualdades se mantinham, o que fomentou o desenvolvimento do conceito de Estado social.⁴⁰ Nessa alteração, deixa-se de ser formal, neutro e individualista para passar a ser material, com a intenção de realização da justiça social.⁴¹

Jorge Reis Novais destaca que o Estado Social de Direito está intrinsecamente vinculado a estrutura democrática estatal, justamente em razão de o princípio democrático conferir outra intelegibilidade aos elementos do Estado de Direito.⁴² Esse prevê direitos e garantias individuais, ao passo que a influência do adjetivo democrático impõe a exigência de garantias que possibilitem a participação popular, afinal, são os direitos de participação que conferem o caráter democrático.⁴³ Flávio Garcia Cabral destaca que o termo democracia, isoladamente, é incapaz de abarcar a separação de poderes e representar o modo que o Estado se organiza politicamente, devendo ser adjetivada para expressar o real significado.⁴⁴ Desta forma, ao se afirmar que a organização é de um Estado Democrático de Direito os demais elementos do sistema ficam explícitos. Afinal, não se trata apenas de democrático, ele segue regras estabelecidas.

O Estado Democrático de Direito tem como elementos fundamentais “o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais do ser humano pelo Direito do Estado e a

³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011. p. 41.

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**.... p. 38 e 43.

³⁸ A autora Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que a juridicidade é a maneira como a legalidade é praticada de concretamente, uma vez que o Estado não está sujeito tão somente à lei, mas sim ao Direito como um todo. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 79.

³⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**...p. 80.

⁴⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**... p. 71-74.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ... p. 190-117.

⁴² NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**.... p. 207-209.

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**... p. 51.

⁴⁴ CABRAL, Flavio Garcia. Os fundamentos políticos da prestação de contas estatal. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, a. 2015, n. 270, p. 147-169, set./dez. 2015. p. 166.

participação democrática do cidadão na elaboração e aplicação deste Direito”.⁴⁵ As garantias constitucionais disciplinam e tutelam os direitos fundamentais, e ao mesmo tempo regem, nos limites estabelecido pela Constituição, o funcionamento das instituições do Estado.⁴⁶ A garantia dos interesses coletivos sobre os interesses individuais necessitaria de uma ordem econômica pública, um regime no qual os interesses políticos e econômicos se fundem, ao passo que o Direito assume a função de determinar os fins do Estado, estando institucionalmente aplicado e diretamente relacionado com a mentalidade da população.⁴⁷

O Estado Democrático de Direito é a alteração na racionalidade do sistema de modo a estabelecer a necessidade de participação popular nas tomadas de decisões, assegurar os direitos e garantias individuais e ao mesmo tempo promover a igualdade a todos os cidadãos. O Estado social incorpora o Estado de Direito, afinal, o adjetivo social impõe a prestação de serviços aos indivíduos. Assim, a possibilidade de o sujeito exigir do Estado uma prestação e as garantias de direitos das classes oprimidas, somente são viáveis diante da existência de um Poder Judiciário independente, um mecanismo do Estado de Direito.⁴⁸ Carlos Ari Sundfeld afirma que o Estado pode ser considerado Estado social quando tem como objetivo a promoção do desenvolvimento – que não pode se restringir ao crescimento econômico, mas também à cultura e à mudança social – e a realização da justiça social – nesse tópico, refere-se em reparar as desigualdades que a economia pode produzir.⁴⁹

Para que se possa considerar um Estado Democrático de Direito é indispensável que haja garantia dos direitos fundamentais. De maneira reflexa, para a concretização desses exige-se e, conseqüentemente, implica em reconhecer e garantir o Estado de Direito.⁵⁰ Segundo Paulo Bonavides, a garantia sempre existirá enquanto um interesse necessitar de proteção, não se confundindo com o direito. Nesse sentido, as garantias consistem em meios pelos quais se assegura a fruição de um direito. O autor destaca que, em que pese não haver capítulo específico, é possível verificar que há disposições declaratórias – direitos – e outras assecuratórias – garantias.⁵¹ Por seu turno, José Afonso da Silva classifica as garantias constitucionais em gerais, aquelas que atuam como mecanismos de freio e contrapeso; e as

⁴⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**... p. 75.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 550.

⁴⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.156.

⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. ... p. 55.

⁴⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. ... p. 54.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: p. 60.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**... p. 537-542.

especiais, que conferem “aos titulares dos direito fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos.”⁵²

Os direitos e garantias fundamentais não constituem apenas o sentido formal da Constituição, eles integram, efetivamente, a faceta material do texto constitucional.⁵³ Por sua vez, as garantias asseguram sua eficácia. Para Eurico Bitencourt Neto, é o princípio da sociabilidade que consegue superar o caráter liberal do Estado de Direito, uma vez que restou demonstrado que o mercado e as previsões legais não conseguem superar as desigualdades do sistema. Nesse sentido, referido princípio mantém relação estreita com o princípio da igualdade, pois aquele impõe que se concretize a igualdade material ou real.⁵⁴ Idealmente, a “centralidade dos direitos fundamentais em uma democracia é incontestável.”⁵⁵

Ingo Wolfgang Sarlet salienta a estreita vinculação entre direitos fundamentais, Constituição e Estado de Direito.⁵⁶ Justamente em razão do contexto histórico e social, a Constituição de 1988 reflete o desejo de alterar a configuração do Estado brasileiro,⁵⁷ rompendo com o regime anteriormente existente. Essa reconstrução do Estado república estabelece novos preceitos, com objetivos específicos, que passam a colocar em primeiro plano o ser humano.⁵⁸ A ideia de Estado Democrático de Direito é um conceito chave do regime adotado pela Constituição, uma vez que o princípio democrático é a garantia geral dos direitos fundamentais.⁵⁹

O processo de redemocratização do país já explicita no artigo 1º da Constituição da República a escolha pelo Estado Democrático de Direito.⁶⁰ Compreender as tomadas de decisões do período que antecedeu a promulgação da Constituição de 1988 é fundamental para entender essas escolhas. No período pós-64, ou seja, durante a ditadura militar no Brasil, a implementação do Estado social não foi efetiva, ainda que existisse o assistencialismo e a

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. ... p. 190-191.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: p. 58.

⁵⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n.1, p. 289-302, jan./abr. 2017. p. 291-293.

⁵⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018. p. 202.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: p. 58.

⁵⁷ SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia**: tijolo por tijolo em um desenho (quase lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 201.

⁵⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e ordem econômica. In: FOCCA, Deminan; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: paz e Terra, 2001. p. 11.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 30, dez. 1988, p. 20.

⁶⁰ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

intervenção. O objetivo do Estado era o crescimento econômico, não havia distribuição de renda ou desenvolvimento de qualidade de vida; ou seja, existia a presença formal do Estado, pois algumas garantias estavam previstas, mas ao mesmo tempo havia a ausência informal – concretizada pela não efetividade dos direitos.⁶¹

Assim, o Estado social vivenciado no período da ditadura militar apresentava apenas a faceta intervencionista, sem promover a divisão e promoção do bem-estar social. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, a conformação do Estado social culminou no estabelecimento de regimes ditatoriais, de modo que diante das crises pretéritas, ausência de participação e intervenção direta na vida dos cidadãos, adveio o Estado Democrático de Direito.⁶² De todo modo, a lógica do Estado Democrático de Direito não está dissociada do Estado social, uma vez que para ele se concretizar a igualdade e as garantias sociais devem estar asseguradas. Nesse sentido, o Estado ainda está presente e, até onde o pacto constitucional permite, continua a interferir na vida dos indivíduos, contudo, é uma intervenção justificada, cuja finalidade é promover a igualdade entre as pessoas.

A escolha democrática já consta no preâmbulo da Constituição, bem como, determina a competência ao Estado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.⁶³ Essa escolha impede que existam poderes autoritários. A Constituição brasileira estabeleceu que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas,⁶⁴ ou seja, apenas uma nova constituinte poderá modificar rol estabelecido no sentido de suprimir alguma previsão. Ou seja, em razão da origem constitucional, os direitos e garantias individuais não podem ser suprimidos pelo Estado, nem mesmo pela via legislativa.⁶⁵

O texto constitucional escolhe um Estado que tem seus poderes condicionados ao que se prevê na Constituição.⁶⁶ A escolha por uma conformação da ordem social simboliza a responsabilidade de guarda pela realidade política prevista na Constituição, essa “é resultado de uma comunidade existente e compreensiva das forças político-sociais, que mediante

⁶¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** p.166.

⁶² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública...** p. 71-74.

⁶³ HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 11, n. 130, p. 38-45, dez. 2011. p. 41.

⁶⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta (...)§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público...** p. 47.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** p. 59.

concessões recíprocas chegam a um ponto de conformação suficiente a legitimar o processo constituinte”.⁶⁷

Essa preocupação e colocação da pessoa em local principal se reflete até mesmo na estrutura do texto constitucional. Conforme destaca Eneida Desiree Salgado, as Cartas constitucionais anteriores iniciavam seus conteúdos com a estrutura do Estado, ao passo que a Constituição de 1988 “apresenta um texto que traz o cidadão em primeiro lugar; os valores e os princípios fundamentais inauguram a normativa constitucional”.⁶⁸ Apesar de não estar expresso na Constituição que a opção foi por um Estado social e democrático de Direito, uma vez que o art. 1º menciona apenas Estado Democrático de Direito, a partir da leitura teleológica do seu conteúdo e pelas escolhas de garantias, não restam dúvidas que o Estado social encontra guarida no texto constitucional.⁶⁹

Não basta a previsão constitucional de um direito para que ele se efetive, esse reconhecimento formal não o concretiza na realidade. Em que pese o art. 5º, § 1º da Constituição estabelecer que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, a concretização depende do reconhecimento pela comunidade e por vezes de uma ação ou abstenção do Estado. O “espírito do Estado social não surge apenas mediante imposições de ordens políticas superiores”, nesse sentido, cabe à sociedade a origem e o fim de um direito.⁷⁰ Ademais, a própria efetivação vai depender de escolhas políticas e, em alguns casos, de pressão popular. A técnica de positivação dos direitos e garantias fundamentais não é homogênea, de modo que por vezes são expressos por meio de previsões programáticas, como definidoras de direito ou ainda como normas de organização.⁷¹

É justamente a forma como o direito – amplamente entendido – irá se positivar no ordenamento jurídico que definirá o seu grau de eficácia. As garantias fundamentais, via de regra, impõem abstenção do Estado, as quais são imediatamente aplicáveis, não pairando qualquer controvérsia acerca da justicialidade deles. Ingo Wolfgang Sarlet intitula de direitos de defesa aqueles que estabelecem limites ao poder do Estado, incluindo nesse rol: liberdade,

⁶⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** p.168-169.

⁶⁸ SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia...** p. 211

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** p. 62.

⁷⁰ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** p.171-172.

⁷¹ Ingo Wolfgang Sarlet apresenta diferentes maneiras de classificar a maneira como são positivados os direitos fundamentais. A classificação utilizada inicialmente por ele remete à teoria desenvolvida por Luís Roberto Barroso, todavia, o autor também apresenta as classificações de Joaquim José Gomes Canotilho (quem divide como normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos) e Antonio-Enrique Perez Luño (cuja classificação é em princípios programáticos, princípios para atuação dos poderes públicos, normas e cláusulas a serem desenvolvidas pela legislação ordinária e normas específicas ou casuísticas). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** p. 258-259.

igualdade, direitos-garantia, garantias institucionais, direitos políticos e posições jurídicas fundamentais em geral. Para referido autor, decisões das Cortes Superiores que limitam a efetividade dos direitos de defesa em razão da ausência de regulamentação específica é desarrazoada, pois, apesar de uma previsão legal ser importante, a ausência não significa óbice à aplicabilidade imediata.⁷² Assim, segundo essa classificação, as garantias estariam incluídas dentre os direitos de defesa. De todo modo, as garantias, justamente por exigirem do Estado uma conduta – seja de inércia ou de ação – estão diretamente vinculadas aos direitos. Pode-se afirmar que cada garantia terá correspondência com um, ou mais, direito.

Para compreender as garantias é necessário analisar a conformação do Estado de Direito brasileiro tem como estrutura: a dignidade da pessoa humana (art. 1º), a soberania popular (art. 1º, parágrafo único), a separação de poderes (art. 2º), o princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e I), o princípio da legalidade (art. 5º, I, e art. 37, *caput*), o sistema de direitos fundamentais protegidos pela petrealidade, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) e o princípio da segurança jurídica.⁷³ Considerando que o Estado Democrático de Direito pressupõe o princípio da legalidade, de modo que o sujeito pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, o que também proporciona a previsibilidade, o princípio da segurança jurídica desempenha um papel estruturante, uma vez que proporciona a estabilidade das relações jurídicas. Essa relação íntima entre Estado de Direito e segurança jurídica é muito mais profunda que o fato de o princípio da segurança jurídica integrar o rol de garantias dos direitos fundamentais. Há dependência e mutualidade entre eles, uma vez que aquele é condição necessária para este, ao passo que este é elemento indispensável daquele.⁷⁴

Dentre as garantias estabelecidas na Constituição, que impõem deveres ou abstenções do Estado, o devido processo legal passa a simbolizar igualdade na lei e não apenas perante ela.⁷⁵ Arlete Inês Aurelli afirma que é o devido processo legal a origem de todas as garantias constitucionais, pois é com base nele que as demais irão se desenvolver, como o contraditório, a ampla defesa e a igualdade entre as partes.⁷⁶ Luís Roberto Barroso, por sua vez, destaca que referida garantia não se restringe aos processos judiciais, mas a todos os atos do Poder Público,

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**:... p. 275 e 277.

⁷³ VALIM, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 28-29.

⁷⁴ VALIM, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**... p. 29.

⁷⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal...

⁷⁶ AURELLI, Arlete Inês. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual/ativismo judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, a. 23, n. 90, p. 73-85, abr./jun. 2015. p. 78.

de modo que previamente se realize “exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*)”.⁷⁷

A necessidade de observância ao devido processo legal decorre da exigência constitucional de se obedecer a concatenação de atos, a dialogicidade, a oitiva das partes e o contraditório.⁷⁸ É o que irá garantir ao cidadão que não há violação a seus direitos de defesa, bem como impor ao Estado, enquanto condutor desse sistema, um caráter de garantidor e não de inquisidor. Observar tais regramentos permite ao Estado-juiz “reproduzir no caso concreto, de forma rápida e simplificada, a noção de bem-estar coletivo projetada pelo Estado Social”.⁷⁹

Elton Venturi afirma que no Estado Social Democrático de Direito o acesso à justiça (ao Poder Judiciário) deixa de ser um dispositivo meramente pragmático “para representar a efetividade do sistema processual na busca da plena realização da ordem social, econômica e política”.⁸⁰ Na mesma esteira de raciocínio, Carol Proner e Gisele Ricobom afirmam que o devido processo legal é um princípio informador do direito processual penal, bem como se expressa como um modo de controle da razoabilidade das leis e garantia da tutela dos direitos fundamentais diante do arbítrio do poder público.⁸¹ Considerando que não se aplicam apenas na área penal sanções e restrições a direitos, e o entendimento de que há um Direito Administrativo Sancionador, sujeito ao mesmo regramento que a seara penal, a estrita observância ao devido processo legal também se aplica aos demais ramos do Direito.

Assim, considerando o devido processo legal, para que haja uma tramitação mais justa na persecução aos considerados culpados, a presunção de inocência é também elemento estruturante do Estado Democrático de Direito e Social, pois representa uma garantia que reforça a cisão com o regime ditatorial que antecedeu a promulgação da Constituição.

Seguindo essa garantia, sempre que algum caso for levado à análise de culpabilidade, presume-se, desde o início, a inocência, já que o processo é que deverá demonstrar o contrário. Logo, quem alega é quem deve provar que a parte adversa deve responder e de fato descumpriu

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 219.

⁷⁸ REZENDE, Maurício Correa de Moura. Mecanismos inquisitivos do Processo Administrativo Disciplinar federal (Lei Federal nº 8.112/1990). **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Belo Horizonte. Belo Horizonte, n. 274, p. 235-272, jan./abr., 2017.

⁷⁹ GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 139.

⁸⁰ VENTURI, Elton. Apontamentos Sobre o Processo Coletivo, o Acesso à Justiça e o Devido Processo Social. **Gênesis**. Revista de Direito Processual Civil, v. 4, p. 13-39, 1997. p. 14.

⁸¹ PRONER, Carol; RICOBOM, Gisele. O devido processo legal em risco no Brasil: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na análise da sentença condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva e Outros. In: PRONER, Carol et. al. (Orgs.) **Comentários a uma sentença anunciada**: o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017. p. 77.

algum dever, é o *ônus probandi*.⁸² A presunção de inocência é a garantia ao direito de liberdade, de maneira que somente haverá restrições caso reste demonstrado, após um processo adequado, que houve justo motivo para a privação da liberdade.

Romeu Felipe Bacellar Filho destaca que a presunção de inocência nasce no ordenamento jurídico a partir das alterações legislativas na área do Direito penal e processo penal com a finalidade de estabelecer igualdade de armas entre defesa e acusação e em rechaça às práticas inquisitoriais. Essa garantia torna-se um direito fundamental humano, passando pelo processo de internacionalização e constitucionalização.⁸³ Não é apenas processual, é um reconhecimento de direito material, que se manifesta por meio da refutação de provas que impossibilitem a defesa. A qual é um artifício jurídico que não pode ser relativizado, de modo que a inocência é “a única verdade que o Direito assume *a priori*”.⁸⁴

Algumas garantias fundamentais, principalmente relacionadas a processos de verificação de culpabilidade, estão diretamente vinculadas ao Direito penal. Contudo, a aplicabilidade não se restringe à área específica, uma vez que são princípios constitucionais de um Direito sancionatório, conforme defendem Emerson Gabardo e Luiz Alberto Blanchet.⁸⁵ Possivelmente seja na esfera criminal que as violações são sentidas mais drasticamente, porque nessa área está sob julgamento, via de regra, a liberdade do indivíduo. Porém, as garantias fundamentais são oponíveis diante de qualquer situação que possa resultar em uma manifestação de poder por parte do Estado.

Nesse sentido, as garantias fundamentais vão além daquelas que asseguram um julgamento justo. Elas proporcionam justamente que os direitos definidos constitucionalmente sejam efetivados e não violados. Nessa perspectiva, pode-se exigir uma abstenção ou uma prestação do Estado e, inclusive, mecanismos judiciais para preservar seu direito. As garantias fundamentais estão inseridas no contexto dos direitos fundamentais, de modo que são elas que atuam como salvaguarda do cumprimento deles.

⁸² A exceção é a hipossuficiência do consumidor, a qual, por motivos de busca pela melhor resposta jurídica e em razão da disparidade de artifícios e recursos, cabe ao litigado comprovar que não assiste razão ao litigante.

⁸³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar, **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 9, n. 37, p. 11-55, jul./set. 2009. p. 23 e 25-31.

⁸⁴ BROCHADO, Mariah. Presunção de inocência e verdade jurídica. In: MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (Coord.). **O caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 216.

⁸⁵ BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012. p. 134.

1.2 CORRUPÇÃO E O CONTEXTO DE FLEXIBILIZAÇÃO: ENTRE MORALIZAÇÃO E POLITIZAÇÃO NO CENÁRIO PUNITIVISTA E GARANTISTA

Além das modificações legislativas que tendem a recrudescer as regras aplicadas aos agentes políticos (a exemplo da Lei Ficha Limpa) a atuação do Poder Judiciário também tem se direcionado para decisões mais severas, com forte cunho punitivista, principalmente sob o respaldo de combate à corrupção. Assim, durante o século XXI se tem visto um incremento significativo do papel dos juízes na persecução aos corruptos. A questão é: qual o limite para que essas decisões não passem a violar garantias fundamentais? No conflito entre o combate à corrupção e os direitos individuais do denunciado, quem prevalece?

O tema sobre corrupção não é recente, nem tampouco algo que inquieta somente aos brasileiros. O combate à corrupção foi objeto de dois tratados internacionais, a Convenção Interamericana contra a Corrupção (firmada em 1996 e promulgada pelo Decreto n. 4.410/02) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (aprovada em território nacional por meio do Decreto Legislativo n. 348/05 e ratificada pelo Decreto n. 5.687/06). A busca pelo combate à corrupção, para além de marcar o período de democratização do final do século XX, é também sintoma do processo de consolidação das democracias globais.⁸⁶

Rogério Gesta Leal destaca que a concepção sobre o que é corrupção possui diferentes definições a depender do grupo em que se debate o assunto. Assim, para o Legislativo, para o Judiciário e para a sociedade o termo pode adquirir sentidos distintos, sendo que a relevância da definição está ligada ao poder de coatividade.⁸⁷ Logo, com conteúdo aberto, as próprias configurações do termo corrupção por vezes recorrem à moral social para sua definição, esquecendo-se dos instrumentos legais já existentes de persecução às condutas corruptivas, como a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Anticorrupção e demais legislações esparsas.

A fim de entender adequadamente a nova onda de combate à corrupção no Brasil, é necessário realizar um recorte histórico a partir das manifestações populares de 2013 e da campanha contrária ao Projeto de Emenda Constitucional nº 37.⁸⁸ Esse momento reacendeu na

⁸⁶ HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 60.

⁸⁷ LEAL, Rogério Gesta. Corrupção, democracia e mercado: horizontes turvos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 303-329, maio/ago. 2017. p. 306

⁸⁸ As manifestações de 2013, conhecidas como Jornadas de 2013, começaram com manifestações contra o aumento da passagem de transporte urbano, lideradas principalmente por jovens. Porém, em um curto período de tempo, referidas ações populares ganharam outros discursos e outra feição. Passou a ser um movimento da classe média com padrão financeiro de classe alta que foi às ruas contra o governo federal da época, presidenta Dilma Rousseff. Trajados de vestimentas verde e amarela e usando o hino nacional como trilha sonora, as manifestações foram o germe do *impeachment*. O governo não apresentava índices de reprovação elevados até que

sociedade os debates sobre corrupção, desencadeando desde então inúmeros atos contrários às patologias corruptivas. Nesse contexto, para além do conjunto normativo e embasadas em argumentos *pro societate* opostos a discursos mais garantistas, surgem teorias e práticas judiciais que admitem eventuais condutas mitigatórias de direitos individuais clássicos. Em resumo, o fundamento desta nova perspectiva é que, para ser efetivo o combate à corrupção, são necessárias ações mais drásticas, ainda que isso signifique a violação de garantias individuais conquistadas.

Nessa perspectiva, para a sociedade, não há problemas se direitos são violados: o bem comum está sendo protegido e a moral está cumprida, desde que haja combate à corrupção. Entendimento este que tem sido respaldado pelo Poder Judiciário. Dessa forma, existe a gana de se verem atingidos pelo sistema de punição aqueles que nunca eram alvo do poder punitivo estatal, afinal, nas periferias o tratamento de exceção por parte do Direito já ocorria, onde o Estado só chega como medida punitiva e sem qualquer assistência, onde os direitos de inviolabilidade da residência, direito de ir e vir estão apenas no mundo do dever-ser.⁸⁹

A moral “encontrada na rua” pode simbolizar um risco às garantias constitucionais, pois em nome da finalidade os caminhos percorridos são desconsiderados. A partir da lógica de que é necessário ir além dos direitos positivados, ainda que seja para violar outros, em nome do combate à corrupção. Contudo, é justamente a transição do Estado legal para o constitucional que reflete a concretização dos direitos fundamentais, os quais atuam como limite à soberania

esse movimento começasse. Ainda, a PEC nº 37, que determinava ser competência exclusiva da polícia judiciária as investigações criminais, estava tramitando com grandes chances de aprovação pelo Congresso Nacional. Após as manifestações se atentarem para o tema e a proposta receber a alcunha de PEC da impunidade, a emenda foi rejeitada. Ou seja, as manifestações que começaram com caráter local e com uma pauta em questão, tornaram-se um movimento de combate à corrupção, sem pauta definida para além de “Muda Brasil”, que na verdade era um anseio de mudança do governo. Jessé Souza destaca que a mídia foi a responsável pelas manifestações terem adquirido referidas proporções e terem assumido a pauta de combate à corrupção. Cf. SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**. São Paulo: LeYa, 2016.

⁸⁹ O relatório apresentado pela Organização Não Governamental “Justiça Global”, em 2016, aponta a continuidade de inúmeras violações de direitos praticadas pelo Estado em face das populações periféricas, principalmente em razão dos grandes eventos ocorridos no país à época. JUSTIÇA GLOBAL, disponível em: <<http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Informe-sobre-recentes-violacoes-de-dh-cometidas-pelo-Estado-brasileiro-contr-a-populacao-das-favelas-e-periferias-da-cidade-do-Rio.pdf>> Acesso em: 20 jan. 2019. Ainda, diversos artigos acadêmicos mencionam a violação dos direitos daqueles que moram nas periferias, sendo que o Estado apenas se manifesta por meio da força. “A política de segurança tem sido sobretudo baseada na criminalização das populações que habitam os bairros pobres e a periferia da cidade, sob a justificativa de guerra às drogas e eliminação do tráfico, o qual seria a causa da violência em geral.” Ainda, “as limitações da liberdade civil é mais severa na periferia, onde não são raros os relatos de invasão de domicílios por forças estatais sem ordem judicial específica, assim como de controle de áreas públicas por organizações criminosas que exercem poderes paralelos ao do Estado”. WEICHERT, Marlon Alberto. Violência sistemática e perseguição social no Brasil. **Revista brasileira de segurança pública**, São Paulo v. 11, n. 2, 106-128, ago. /set. 2017. p. 107 e 109.

popular e ao mesmo tempo desempenham o papel de fundamento democrático.⁹⁰ Se por um tempo o positivismo foi demasiadamente criticado, uma vez que não era capaz de responder a todas as necessidades concretas, a abertura para interpretações ilimitadas produz inseguranças e instabilidade no sistema democrático.

Nesse cenário de cruzada contra a corrupção, a identificação dos autores do fato corrupto se torna mais importante do que a demonstração de que o fato é ilícito.⁹¹ A ruptura com o princípio da presunção de inocência se justifica, para aqueles que se demonstram com perfil mais persecutório, diante da impossibilidade de a autoridade comprovar a culpa daquele a quem ela imputa a responsabilidade,⁹² justamente por creditar aos esquemas corruptos estratégias invioláveis de ocultação das provas. O combate à corrupção se torna um apelo unânime, a ponto de não se questionar a violação a direitos fundamentais. No imaginário popular, os direitos humanos assumem apenas uma feição negativa.⁹³

Rafael Valim e Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono apontam que o combate à corrupção tem se apresentado como um “Cavalo de Tróia do Estado de Direito moderno”.⁹⁴ Diante da descrença do povo para com seus representantes, os operadores do Direito, aqueles que podem manejar os instrumentos judiciais com a finalidade de punir a corrupção, apresentam-se como heróis. É esquecido que a lei é soberana no Estado de Direito e não a autoridade. Ademais, nas palavras de Emerson Gabardo, agem “como se fosse possível combater a corrupção sem ética; como se fosse possível obter justiça sem Direito. Por certo que não.”⁹⁵

Inegável que a corrupção custa, não apenas moralmente falando, mas também pode ser expressa em valores: segundo a Organização das Nações Unidas, as ações corruptivas custaram mais de US\$ 2.600.000.000.000,00 ao ano.⁹⁶ No Brasil, o custo chega a R\$

⁹⁰ CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015. p. 52 e 68.

⁹¹ CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Direito fundamental ao processo justo. In: MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (Coord.). **O caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 110.

⁹² BROCHADO, Mariah. Presunção de inocência e verdade jurídica...p. 214.

⁹³ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017. p. 81.

⁹⁴ COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez ; VALIM, Rafael. O enfrentamento da corrupção nos limites do Estado de Direito. In: MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (Coord.). **O caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 74.

⁹⁵ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político... p. 81-82.

⁹⁶ O custo da corrupção: trilhões de dólares são perdidos anualmente, diz Guterres. **ONU News**, 9 dez. 2018. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2018/12/1651051>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

160.000.000.000,00 por ano.⁹⁷ De todo modo, os atos corruptos sequestram valores da Administração Pública, seja por meio do gasto irregular ou pelo próprio impedimento de entrada de valores. Consequentemente, causam a descrença nas instituições, ao passo que a sociedade não mais acredita nas leis estabelecidas, pois não vislumbra o cumprimento do interesse público por parte de quem deveria tutelar o bem comum.⁹⁸

De fato trata-se de uma patologia que deve ser combatida, mas utilizar meios que violem o Estado Democrático de Direito é praticar mais uma violação. Não obstante todas as dificuldades encontradas no sistema de persecução, a análise da atuação do Poder Judiciário deve ser sistêmica, pois a utilização do Direito, por meio da elaboração e aplicação das leis, sem se questionar os pontos de partida do ordenamento jurídico, apenas torna o sistema cúmplice de um projeto de dominação.⁹⁹ Talvez ainda falte ao Estado brasileiro a devida recordação das violações ocorridas em épocas de exceção, uma vez que as principais vítimas à época eram grupos transformados em minoria que ainda carecem de efetivação de direitos fundamentais,¹⁰⁰ tendo em vista que a “historicidade da violência social está associada à violência na política e no Direito”.¹⁰¹

A corrente punitivista se apresenta como uma forma de efetivar os anseios populares e concretizar a justiça. O termo tem sua origem no Direito penal, sendo considerado um dos principais fatores do encarceramento em massa. Sem definição precisa, o termo pode ser utilizado tanto para explicar a evolução da política criminal quanto para definir como uma sociedade aplica seus castigos.¹⁰² O punitivismo pode ser entendido como a concretização da mentalidade que apenas uma sanção é apta a remediar ou solucionar o fato de alguém ter violado as regras. Essa corrente expressa a ideia de um Estado policial, de extremo controle, sem que haja preocupação com as garantias fundamentais no momento de persecução dos delitos.

De todo modo, diversos são os defensores de um sistema mais punitivista, justamente em razão dos empecilhos para uma apuração. Sergio Fernando Moro – reconhecido como um

⁹⁷ KIRSHE, Wilson. Brasileiro trabalha 29 dias por ano para pagar a conta da corrupção, diz instituto. **G1 Paraná RPC**, Curitiba, 05 jun. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/06/05/brasileiro-trabalha-29-dias-por-ano-para-pagar-a-conta-da-corrupcao-diz-instituto.ghml>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

⁹⁸ LEAL, Rogério Gesta. Corrupção, democracia e mercado: horizontes turvos... p. 308.

⁹⁹ GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática...** p. 199.

¹⁰⁰ Trata-se de minoria em relação a força política, não em relação a números de pessoas que integram o grupo.

¹⁰¹ BREPOHL, Marion; GONÇALVES, Marcos; GABARDO, Emerson. As violências do estado de exceção e a defesa da memória contra a invisibilidade dos grupos vulneráveis. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 321-361, jul./dez. 2018. p. 347 e 352.

¹⁰² AIZPURUA, Eva. Delimitando el punitivismo. Las actitudes de los españoles hacia el castigo de los infractores juveniles y adultos. **Revista Española de Investigación Criminológica**, S.l., n. 15, 2015. Disponível em: <<https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/90/88>>. Acesso em: 22 de out. 2019.

dos propulsores do deslinde da ação “Lava Jato” no Brasil –,¹⁰³ ao falar sobre a operação “*Mani Pulite*” (mãos limpas),¹⁰⁴ afirmou que a opinião pública é de suma importância para o êxito de uma ação judicial, uma vez que os meios de comunicação desempenham este papel fomentador.¹⁰⁵ Ademais, Sergio Fernando Moro,¹⁰⁶ ao se referir sobre a delação premiada e a prisão antes da condenação, aponta estes mecanismos como essenciais. Para sua adequada utilização, segundo o autor, bastaria haver uma reinterpretação das leis vigentes. A dificuldade em se apurar ações ilícitas contra a Administração Pública, principalmente em decorrência da complexidade como o crime de corrupção é consumado, por meio de artifícios complexos, exigiria a utilização de mecanismos diferenciados e inovadores.¹⁰⁷

Rogério Gesta Leal, pertencente à corrente punitivista,¹⁰⁸ aponta que a corrupção, a depender do caso concreto no qual ocorra, por ser conduta imoral e contrária à lei, consequentemente afetará algum direito. Como forma de exemplificar a afirmação, o autor aponta a área da saúde. Na argumentação por ele trazida, caso alguma conduta corrupta venha a interferir no direito de atendimento do cidadão, como por exemplo o pagamento de propina para se antecipar o atendimento, indiscutivelmente o ato corrupto interferirá no direito fundamental do indivíduo que foi preterido.¹⁰⁹

Para a corrente punitivista, que tem como primazia o combate à corrupção, ainda que haja flexibilização de garantias fundamentais, basta que o agente político tenha sido negligente,

¹⁰³ Segundo o Ministério Público Federal, a operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção. Com início em março de 2014, originada das investigações da Justiça Federal em Curitiba, apurou irregularidades na Petrobras. A ação tomou tamanha proporção que se desdobrou em ações No Rio de Janeiro, São Paulo e Distrito Federal. Já resultou em mais de 200 condenações. Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁰⁴ *Mani pulite*, a operação Mãos Limpas, foi uma grande operação de combate à corrupção realizada na Itália nos anos de 1990, após escândalos envolvendo a máfia, o Banco do Vaticano e a Loja Maçônica P2. À época a operação alterou as forças políticas vigentes no país.

¹⁰⁵ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista Jurídica do CEJ Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/41>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

¹⁰⁶ Sobre o autor, destaca-se que ficou conhecido como um juiz “linha-dura” que condenou o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva por atos de corrupção, o que culminou no impedimento de Lula para concorrer às eleições presidenciais de 2018. Destaca-se que o juiz deixou a magistratura para assumir o cargo de Ministro da Justiça e Segurança Pública do governo do presidente Jair Bolsonaro, candidato vencedor do pleito de 2018 que tinha como maior opositor justamente o ex-presidente Lula.

¹⁰⁷ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite...

¹⁰⁸ “Por todas essas razões não há como se aceitar a orientação normativa, jurisprudencial e doutrinária de que a má gestão pública provocada por despreparo de agentes públicos, mesmo que transgressora de princípios da Administração, não poderá ser considerada improbidade para os fins de LIA”. O trecho retirado do artigo publicado pelo autor demonstra que seu viés é pela punição independentemente da demonstração do elemento subjetivo, o que caracteriza a corrente punitivista. LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014. p. 105.

¹⁰⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. p. 96-102.

descumprindo seu dever de vigilância, para demonstrar a conduta improba, uma vez que a omissão ofenderia diretamente o princípio da eficiência, o qual tem igual relevância ao princípio da moralidade administrativa.¹¹⁰ Nesse último exemplo, até mesmo uma omissão do sujeito ensinaria a aplicabilidade de sanções. Considerando o combate à corrupção uma guerra jurídica, para essa corrente, não se pode desejar que os direitos dos violadores das regras sejam assegurados.

Essa realidade decorre de uma tentativa de combate à corrupção que otimiza a utilização dos recursos públicos mediante a valorização da moralidade administrativa em detrimento da legalidade e da segurança jurídica. Um dos obstáculos ao combate da corrupção no Brasil é a dificuldade em se conseguir provas robustas que incriminem os agentes da corrupção por meio de um ordenamento inapropriado, o que acaba por suscitar uma nova e arriscada postura judicial. Ademais, a chamada “cultura da impunidade”,¹¹¹ caracterizada pela crença geral de que as autoridades não são punidas, seja em razão do foro privilegiado ou da ausência de efetividade das punições, gera o desejo de vingança. Por consequência, a sanção deve ser aplicada de forma heterodoxa, mesmo que isso culmine em violação das garantias aos direitos fundamentais. Assim, existe um inimigo a ser combatido.¹¹²

Todavia, todo o arcabouço legislativo de combate à corrupção é eminentemente moderno, não flexibilizando, em seus textos literais, o regime de direitos fundamentais que lhe dá substrato. Para Jessé Souza o tema corrupção é propício para o direcionamento da opinião pública, pois não promove nenhuma reflexão crítica, mas “possibilita todo tipo de distorção,

¹¹⁰ ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell. (Coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 238.

¹¹¹ Rogério Gesta Leal afirma que, apesar de o Brasil estar em uma ascendência em relação ao índice de eficiência no combate à corrupção, o país ainda apresenta níveis baixos, mesmo comparando-o aos demais países da América Latina. LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade...** p. 80.

¹¹² Realizada uma análise a partir do conceito de inimigo, conforme apresenta Maurício Stegemann Dieter, utilizando a teoria do Direito Penal do Inimigo e a teoria Controversa, para demonstrar os erros e violações cometidos a partir da ideia de um inimigo a ser combatido. Assim, colocando no contexto o corrupto como o inimigo a ser perseguido, de modo que é aquele que não precisa ter suas garantias asseguradas em face do poder punitivo do Estado. Nas palavras do autor: “o argumento da guerra serve para intensificar as diferenças ou despertar antagonismos latentes, e aparece no sentido de autorizar a destruição física de indivíduos ou grupos rotulados como perigosos, sejam eles terroristas ou selvagens.” (...) “De fato, não parece razoável, após cinco séculos de experiência, voltar a incorrer no mesmo erro de sucumbir à falácia das consequências adversas implícita no argumento da guerra, para não repetir a história como farsa, depois da tragédia. Para encerrar, vale dizer que assim como o “Democrates...” de Sepúlveda, o Direito Penal do Inimigo de Jakobs não é apenas um texto. Aceitá-lo como descrição de um porvir irrefreável que deve ou pode ser adotado pelos Estados de Direito é corroborar suas conclusões, especialmente a de que existem indivíduos cuja natureza constitutiva nos obriga abrir mão daquelas garantias que nos fazem cidadãos e que custaram inúmeras vidas, sendo tal sacrifício necessário para destruir estes inimigos terríveis antes que eles destruam nosso horizonte de valores éticos comuns.” DIETER, Maurício Stegemann. “O Direito Penal do Inimigo” e “A Controvérsia”. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 33, n. 1, p. 26-36, jan. / jun. 2009. p. 35-36.

seletividade e manipulação emotiva de um público cativo”.¹¹³ No sentido de que todos são contra a corrupção, mas pouco se reflete sobre como será realizada a perseguição a essa patologia.

Contrapondo-se à ideia punitivista, o termo garantista, com origem no Direito penal, é uma resposta à ausência de efetivação dos direitos constitucionais quando da análise do caso concreto pelo julgador.¹¹⁴ Assim, considerando um sistema de garantias, Luigi Ferrajoli afirma que existem três significados para o termo garantismo. O primeiro é o modelo normativo de Direito, ou seja, seguir estritamente a legalidade. O segundo significado é da teoria do Direito e crítica do Direito, buscando a aproximação entre validade e efetividade, ou seja, maior proximidade entre o ser e o dever ser. Por fim, o terceiro significado refere-se à filosofia do Direito e crítica da política, no qual se imputa ao Estado e ao Direito a justificação, buscando-se uma teoria laica, com a separação entre moral e direito, bem como entre validade e justiça.¹¹⁵

O garantismo “representa ao mesmo tempo o resgate e [a] valorização das normas constituintes como elementos fundamentais para limitar os abusos estatais rotineiros na demanda penal”.¹¹⁶ Logo, a ideia de garantismo pode ser entendida como uma forma de solucionar a sistemática violação das regras e o caos normativo.¹¹⁷ Assim, “a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações”. É uma crítica ao modo de legitimação do direito positivo e, por consequência, uma crítica das ideologias políticas e jurídicas que formam o Direito.¹¹⁸ A teoria de Luigi Ferrajoli é crítica, ressaltando que o modelo positivado nem sempre é observado na prática, seja o Estado enquanto garantidor seja quando ele está julgando um caso concreto. Porém, é a necessidade de observância às garantias constitucionais que mantém a segurança do sistema.

Para os teóricos garantistas, a demonstração da culpabilidade, mesmo reconhecendo as dificuldades de demonstração dos elementos subjetivos, é um mecanismo “de garantia do

¹¹³ SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe...** p. 89.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 785.

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão...** p. 785-788.

¹¹⁶ FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de; MANDARINO, Renan Posella; ROSA, Larissa. Garantismo Penal para Quem? O Discurso Penal Liberal Frente à sua Desconstrução pela Criminologia. **Seqüência**, Florianópolis, n. 75, p. 129-156, abr. 2017, p. 144.

¹¹⁷ AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique; SANCHES, Rogelio López. Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. In: AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (Cord.). **Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos**. Ciudad Universitaria: Universidad Autónoma de México, 2011, p. 51

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão...** p. 787 e 789.

indivíduo em face do poder punitivo do Estado”.¹¹⁹ Nesse sentido, a noção de Estado de Direito está intrinsecamente vinculada ao princípio da legalidade, de modo que a apuração de desvios de conduta deve se realizar a partir do viés acusatório e não inquisitório, ou seja, observando as garantias e o tratamento igualitário.¹²⁰

Se o Poder Legislativo não apresenta mecanismos e respostas às alegadas necessidades de instrumento de persecução à corrupção, não pode o Poder Judiciário, entendendo esta ineficácia, assumir a competência legislativa.¹²¹ No mesmo sentido, Vânia Aieta afirma que o Direito é suscetível a diversas interpretações, mas quando se menciona a politização do Judiciário é o manejo do sistema em prol das classes dominantes, dado que essa interpretação constitucional viola o Estado Democrático de Direito, afrontando a legalidade, bem como é um processo que já foi antes experimentado – a ideologia jurídica do nazismo também defendia uma interpretação alternativa da Constituição.¹²²

A formação da opinião pública, que legitima a flexibilização de garantias no caso de persecução à corrupção se deve ao processo de mobilização social, no qual a mídia ganha destaque. Diariamente passam-se a veicular matérias jornalísticas sobre o tema, as quais tendem a direcionar o pensamento da população, sem observância aos princípios de presunção de inocência e demais garantias constitucionais. Essa veiculação acaba por formar a convicção de que a corrupção é a única responsável por todas as mazelas sociais. Assim, punir a corrupção torna-se o mais importante. Não há espaço para a preocupação com os direitos dos investigados, sem perceber que essa conduta compromete a democracia e a conformação social construída.¹²³ A ânsia pela punição não se atenta para o fato de que quando se legitima a flexibilização de direitos, ainda que por um motivo considerado justo pela coletividade, não há como recrudescer e mantê-los protegido nas demais áreas.

Essa atuação midiática encontra respaldo teórico por parte de autores que defendem regras mais severas de punição, no sentido de que deve ocorrer e que se trata de uma estratégia legítima. Manifestações mais punitivistas, como as de Sérgio Fernando Moro, admitem como

¹¹⁹ ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; REIS, Washington Pereira da Silva. O conceito de sujeito kantiano e sua influência sobre o fundamento material da culpabilidade e a função absoluta da pena. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; PEREIRA, Claudio José Langroivre. (Org.). **Direito Penal e Criminologia**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 560.

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância para a democracia. **Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014, p. 176-180.

¹²¹ SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012, p. 168

¹²² AIETA, Vânia. **Criminalização da política**: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 99-100.

¹²³ SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**... p. 88 e 115.

única interferência externa cabível ao processo judicial a da mídia, com a específica finalidade de obtenção do apoio popular. Motivo pelo qual verifica-se na prática a admissão de informações da polícia à imprensa, entrevistas dos agentes de controle, ou mesmo vazamentos seletivos de informação aos órgãos de imprensa.¹²⁴

Por outro lado, justamente em razão do papel importante da mídia na construção democrática, sendo um quarto poder, conforme afirma Tzevetan Todorov, deve ter autonomia, permanecendo plural, não cabendo manipulações.¹²⁵ Ou seja, é uma violação democrática se utilizar dos meios de comunicação para que haja a condenação de alguém. Vânia Aieta destaca que para além do papel da mídia na conformação do ideário popular, a construção do juiz enquanto figura que luta pela “moralização do país” é fixada pelos canais midiáticos, nesse sentido, ainda que nessa persecução haja violação a direitos fundamentais, a sociedade entende que não há problema, pois as garantias constitucionais se mostrarão como um mero empecilho para a concretização do objetivo do herói.¹²⁶

Todas essas alterações nas relações e interações refletem no Direito. As mudanças acerca da forma como o Direito se expressa, a partir das interpretações e da análise contextual, têm sido alcunhadas de neoconstitucionalismo ou metapositivismo. Juan Carlos Cassagne afirma que este novo constitucionalismo – termo utilizado pelo autor – promoveu uma mudança radical no sistema de fontes do Direito, na interpretação hermenêutica, no controle de constitucionalidade e no controle de convencionalidade dos tratados internacionais.¹²⁷ Já Emerson Gabardo define metapositivismo como a “realização da subjetividade, da insegurança jurídica, da equidade, da subsidiariedade, da eficiência pragmática, do patrimonialismo disfarçado, da inversão da solidariedade e, notadamente, da moral extraível do senso comum como substrato axiológico – o moralismo”.¹²⁸ Essa nova interpretação possibilitou os fenômenos de moralização do Direito, em que pese ser fundamental sua utilização na garantia de direitos fundamentais que necessitam de prestação do Estado, tais como educação e saúde.

¹²⁴ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite...

¹²⁵ TODOROV, Tzevetan. **Inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana d’Ávila Melo. São Paulo: Companhia das letras, 2012. p. 17-18.

¹²⁶ “O mito do ‘bom juiz’ vai sendo paulatinamente construído nas mentalidades tal como fosse um grande herói, de modo que, quando o momento demandado se fizer ‘necessário’, o grande heróis poderá desconsiderar direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, pois eles serão considerados pela *mass media* tão somente óbices indesejáveis à luta do magistrado pela ‘moralização’ do país”. AIETA, Vânia. **Criminalização da política...** p. 13.

¹²⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015. p. 179.

¹²⁸ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político... p. 68.

De fato, o texto constitucional é mutável, bem como diversos dos dispositivos carecem de interpretação, afinal, ele é permeado de conceitos abertos. Contudo, a Constituição funciona como filtro e parâmetro, uma vez que os limites são trazidos pelo próprio sistema constitucional, de caráter material, formal, circunstancial ou temporal.¹²⁹ Maurício Corrêa de Moura Rezende, utilizando como base a teoria kelseniana, afirma que a sentença é a legítima interpretação nas normas, de modo que a autoridade julgadora não é neutra, pois, para além das influências da ciência do Direito, está afetada pela “política do Direito”. Para o autor, não existe decisão livre de ideologia e ela tem a função de concretizar os projetos de sociedade encartados na Constituição, mais um fator de não neutralidade; de todo modo, é justamente esse o limite ideológico.¹³⁰ Porém, ao contrário do que defende o autor, considerando os termos abertos utilizados na Constituição, os filtros ideológicos se flexibilizam e podem ser manejados de tal modo que as garantias sejam violadas.

O fenômeno da flexibilização do Direito decorre em parte da existência de leis abertas e imprecisas, de modo que o Legislativo se exime do seu papel de regulamentar adequadamente o exercício das funções administrativas e jurisdicionais do Estado, deslegitimando a democracia.¹³¹ Outro causador desse quadro é a redução de poder simbólico do Executivo, de modo a fazer com que o Judiciário e o Ministério Público cresçam, por vezes colocando-o no lugar de quem ele deveria controlar,¹³² situação que vem ocorrendo ao longo dos anos e ganhando força com as novas ações de combate à corrupção, sejam elas penais ou de improbidade, muitas delas veiculadas na mídia como espetáculo.

De fato, o início da diminuição simbólica do Poder Executivo ocorreu por meio da judicialização das políticas públicas, momento em que o aumento do poderio do Judiciário foi justificado sob o argumento de efetivação dos direitos fundamentais.¹³³ Especificamente em

¹²⁹ SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos e implícitos... p. 164

¹³⁰ REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Juízos ideológicos e o ato de decisão judicial na teoria pura do Direito. In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARAES, Edgar; GABARDO, Emerson. **Eficiência e ética no Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2017, p. 113.

¹³¹ VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017. p. 27.

¹³² SORBILLI FILHO, Roberto. Estado judicial, estado de exceção e controle da Administração Pública: breves reflexões. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte** – RPGMBH Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 324-331, jan./jun. 2008. p. 327.

¹³³ Nas palavras de Estefânia Maria de Queiroz Barbosa e Katya Kozicki, a atuação do poder judiciário para efetivar direitos sociais se justifica pois não se trata de uma decisão política, mas sim uma normativa constitucional, que está sob o controle jurídico. “Ora, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito”. BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz;

relação ao Ministério Público, seu crescimento tem origem na própria Constituição, ao conceder à instituição o papel de defensor dos direitos coletivos e indisponíveis da sociedade. Diante da crise em relação aos escândalos de corrupção e do silêncio de outras instituições, ele se lança como protagonista nessa corrida de combate às patologias corruptivas.¹³⁴

A utilização do moralismo em detrimento do formalismo, por parte do Direito, representa um perigo ao Estado Democrático Social de Direito. Emerson Gabardo afirma que “o perigo da substituição do Direito pelas concepções morais comuns extraíveis da sociedade já se tornou superior ao do formalismo positivista do período pré-constitucionalista.”¹³⁵ Para Eneida Desiree Salgado e Eduardo Borges Araujo, “ocaso do Direito perante a moral, uma moral subjetiva e plástica, que faz cair por terra os alicerces do ordenamento jurídico”.¹³⁶ A moral pode integrar o Direito, porém não se trata da moral individual. Essa tentativa de fazer incidir a moral particular, sem observar o que o ordenamento jurídico determina, está em todas as esferas de poder, influenciando no exercício das funções públicas e na tomada de decisões. Esses agentes não se constroem em aplicar essa moral social, porém, “o problema é que a ‘moral social’ é perigosa e nem sempre tem respaldo constitucional”.¹³⁷ Ocorre que havendo dissenso entre o ordenamento jurídico e a moral social, deve prevalecer o Direito posto, sob o risco de que o sistema seja afetado e gere instabilidades.

Nesse diapasão, sob o argumento de combate à corrupção, um valor universal,¹³⁸ a constante superação da normatividade concretiza o estado de exceção judicial,¹³⁹ de forma a mitigar garantias constitucionais e restringir direitos fundamentais, com a máxima de se valorizar o direito coletivo à uma boa Administração Pública e em observância ao princípio da moralidade administrativista. Nesse contexto de releitura do sistema judicial e de flexibilização dos direitos em nome da persecução à corrupção, as decisões judiciais passam a se demonstrar mais ativistas, possuindo cunho mais punitivo, ao passo que as posições que se vinculam mais ao princípio da legalidade são tidas como garantistas.¹⁴⁰

KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 8, p. 59-86, jan./jun. 2012. p. 73.

¹³⁴ SOBREIRA, Renan Guedes; VARGAS, Tuany Baron de. Improbidade administrativa e novos inimigos: o direito administrativo frente à 5ª medida contra a corrupção. In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (Coord.). **Eficiência e ética no direito administrativo**: Livro do II seminário eficiência e ética na administração pública. Curitiba: Íthala, 2017. p. 180.

¹³⁵ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político... p. 69.

¹³⁶ SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário: a LC C135/10 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013.

¹³⁷ GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político... p. 72-73.

¹³⁸ SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**... p. 112.

¹³⁹ VALIM, Rafael. **Estado de exceção**... p. 16.

¹⁴⁰ AIETA, Vânia. **Criminalização da política**... p. 50-56.

Essa persecução busca detectar os sujeitos corruptos ao invés do sistema corruptivo. Ignora-se que identificar sistemas corruptos é mais importante que culpabilizar as pessoas, pois se conhecerá quais as circunstâncias que promovem essa condição. Nesse sentido, observar as regras do Estado Democrático de Direito é fundamental, pois combater as origens jurídicas da corrupção necessita de respeito à separação de poderes.¹⁴¹ Não se trata de ser complacente com a corrupção, mas sim conhecer os sistemas corruptivos, ir além de apenas rotular um alvo como se fosse a origem de todas as patologias. Afinal, de fato a corrupção deve ser combatida, já que, conforme afirma Rogério Gesta Leal, os “Direitos Humanos e Fundamentais são letalmente impactados pelos atos corruptivos”.¹⁴² Todavia, a persecução, seja ela na esfera criminal, administrativa ou cível, deve observar e respeitar as garantias fundamentais, sob o risco de se incorrer em violação do sistema e instabilidade nas relações. Isso também é uma expressão de corrupção. Uma possibilidade para melhor delimitação do termo corrupção é o estabelecimento de um ramo específico dentro do Direito, para poder responder às necessidades apresentadas. A formulação do Direito Corruptivo pode promover essa discussão mais ampla, uma vez que “existir um ramo do Direito significa uma unidade operativa de programas de observação.”¹⁴³

Eneida Desiree Salgado defende que, apesar de o Direito ser linguagem e de sua aplicação necessitar de interpretação, a configuração de um Estado Democrático não permite que essas interpretações sejam realizadas sem critérios, sob o risco de esvaziamento do conteúdo constitucional.¹⁴⁴ Ao Poder Judiciário é concedida a competência de atuar contra majoritariamente, uma vez que a função é proteger a Constituição, ainda que isso implique em não acatar decisões e escolhas realizadas pelos representantes democraticamente eleitos.¹⁴⁵

O juiz não é neutro, pois não tem como ser inerte a toda a própria construção enquanto ser humano. Ele tem moral e princípios individuais, com base nos quais constrói suas escolhas. Todavia, a opinião pessoal do julgador não é relevante se a jurisdição for adequada e fundamentada em parâmetros coerentes do sistema. Logo, rechaçar a dimensão política do Poder Judiciário é negar que a ideologia do magistrado é o que adequa a jurisdição. Disfarçar

¹⁴¹ MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção**: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. Tradução de Héctor A. Mairal, Susan M. Behrends Kraemer. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 33.

¹⁴² LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e sociedade...** p. 32.

¹⁴³ O termo Direito corruptivo é proposto por Caroline Müller Bitencourt e Janriê Rodrigues Reck, justamente no sentido de poder congregar em uma área percepções sobre o fenômeno com a intenção de aperfeiçoamento teórico. BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015. p. 126

¹⁴⁴ SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos... p. 171-172.

¹⁴⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição:... p. 200.

essa ideologia, fingindo neutralidade, é impedir que as decisões sejam sindicáveis. Reconhecer essa subjetividade não afasta a obrigatoriedade de as decisões observarem à Constituição e às leis.¹⁴⁶

As flexibilizações decorrentes da assunção do Poder Judiciário ao papel de poder “salvador” refletem que, nos casos de não observância das regras constitucionais, o ativismo judicial, aquele que fundamenta suas decisões em circunstâncias extrajurídicas, exemplifica que o messianismo e o populismo deslocaram-se da esfera do política para a judicial.¹⁴⁷ O processo de moralização do Judiciário promove que atores de processos passem a desempenhar papel de salvação, deixando de ser o aplicador do Direito e se tornando a encarnação da Justiça.¹⁴⁸ Esse é o entrave entre a particularidade do julgador e a necessária observância à legalidade.

Analisando as situações nas quais o Judiciário interviu em decisões democráticas, sem substrato constitucional, Eneida Desiree Salgado afirma que no Brasil o moralismo e o messianismo não se restringem aos processos eleitorais, fazendo alusão aos inimigos íntimos da democracia apontados por Tzevetan Todorov.¹⁴⁹ Porém é justamente àqueles que integram o Judiciário que recai dever absoluto de cumprir com a Constituição pois decorre do juramento que fizeram quando da investidura em seus cargos públicos. O julgamento exige a observância a estrita legalidade, de modo que seja jurídico e não moral ou político, bem como deve verificar que estão sob judice os fatos e não os autores deles.¹⁵⁰

De todo modo, o punitivismo se torna possível por meio do ativismo judicial. A ideia de ativismo judicial possui defensores e críticos. Adriana da Costa Schier e Daniel Castanha de Freitas, sintetizam as concepções de defesa do ativismo judicial a partir da ideia de função complementar do Poder Judiciário diante da inércia dos demais poderes; ainda, destacam que o

¹⁴⁶ REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **Democratização do poder judiciário no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018. p. 80-86.

¹⁴⁷ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição... p. 212.

¹⁴⁸ Desde 2013 diversos julgadores passaram a ocupar as páginas de revistas e jornais com chamadas sensacionalistas. Um dos primeiros a estar nesse papel de destaque foi Joaquim Barbosa, no julgamento do Mensalão (Ação Penal 470). Cf. <<https://oglobo.globo.com/brasil/joaquim-barbosa-chamado-de-heroi-diz-ser-barnabe-5969822>>. Acesso em: 22 out. 2019. Já no caso dos julgamentos penais contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a figura do à época juiz Sergio Moro foi destaque, como o homem que defendia a justiça e era a encarnação do combate às patologias corruptivas. Sua repercussão nacional foi tamanha que se exonerou do cargo de juiz, em 2019, e assumiu a função de Ministro da Justiça no governo presidencial de Jair Bolsonaro, o candidato que se apresentou como opção de combate ao PT (Partido dos Trabalhadores) nas eleições de 2018. Ver: <<https://istoe.com.br/sergio-moro-um-paladino-na-luta-contra-a-corrupcao-ou-a-politica/>> Acesso em: 22 out. 2019.

¹⁴⁹ No artigo a autora analisa as situações de interceptação telefônica da presidenta Dilma Rousseff que culminaram na proibição do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva assumir a função de ministro de Estado. SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição... p. 206-208.

¹⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**... p. 852.

fenômeno da judicialização da política é parceiro próximo do ativismo.¹⁵¹ Na pesquisa apresentada pelos referidos autores, os juízes do estado do Paraná reconhecem seu ativismo judicial, contudo, utilizam-no sob o fundamento de efetivação dos direitos fundamentais e não com o viés de interferência em outros poderes.¹⁵² Essa possibilidade decorre do próprio texto constitucional, uma vez que o art. 5º, inciso XXXV, possibilita que assuntos outrora vinculados à arena política passem pelo crivo do Poder Judiciário, especificamente em relação às políticas públicas.¹⁵³

Porém, ativismo e judicialização são fenômenos distintos, segundo Lenio Luiz Streck, o ativismo sempre será nocivo, pois é fruto das percepções pessoais dos julgadores, em contrapartida, a judicialização pode ser benéfica, a depender do caso concreto, como por exemplo, menciona o autor, para efetivação de direitos fundamentais; inobstante, uma demanda fruto de judicialização pode apresentar uma resposta ativista, demonstrando-se prejudicial.¹⁵⁴

Luís Roberto Barroso é um dos defensores do ativismo judicial. O autor fundamenta que o processo de redemocratização foi um dos agentes propulsores da transformação do Poder Judiciário em um poder político, em razão do texto constitucional aberto e da possibilidade dos sujeitos buscarem a efetivação deles. Desta forma, para ele, referidos poderes políticos – interferência na política – foram concedidos pelo poder constituinte. Apesar de se poder questionar a legitimidade democrática do Judiciário para atuar extensivamente na interpretação da legislação, a faceta positiva é que este poder está respondendo às demandas da sociedade para as quais o Poder Legislativo se silenciou, conforme defende Luís Roberto Barroso¹⁵⁵.

Por seu turno, Eneida Desiree Salgado defende que não cabe ao Judiciário extrapolar sua competência, a partir do exemplo do combate à corrupção, afirma que se o Poder Legislativo não apresenta mecanismos e respostas às alegadas necessidades de instrumento de persecução à corrupção, não pode o Poder Judiciário, entendendo esta ineficácia, assumir a

¹⁵¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FREITAS, Daniel Castanha de. O protagonismo do órgão jurisdicional: uma pesquisa empírica da perspectiva dos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o ativismo judicial. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 19, n. 101, p. 115-130, jan./fev. 2017. p. 120-121.

¹⁵² Cf. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FREITAS, Daniel Castanha de. O protagonismo do órgão jurisdicional...

¹⁵³ CABRAL, Flávio Garcia. **O ativismo de contas no Tribunal de Contas da União - TCU**. Estágio Pós-Doutoral - 2018-2019. Período: 11/2018 a 11/2019: relatório final. 2019. 95 f. Relatório (Pós-Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba (PR), 2019. p. 14.

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./ dez. 7232-726.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: DUARTE, Fernanda; KOERNER, Andrei (Coord.) **Cadernos temáticos justiça constitucional no Brasil: política e Direito**. Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª região, 2010, p. 389-406.

competência legislativa.¹⁵⁶ Apesar de o ativismo judicial se apresentar como forma de efetivação dos direitos fundamentais, na prática tem se mostrado como a possibilidade de interpretações hermenêuticas sem observância das garantias fundamentais. A utilização de figuras que flexibilizam direitos, de modo a considerar alguém culpado com base em indícios ou presunção de culpa.

Quando o Poder Judiciário afasta ou desvirtua a incidência de tradicionais princípios típicos do Estado Democrático de Direito se converte em um agente da exceção, afirma Rafael Valim.¹⁵⁷ Areladas ao estado de exceção jurisdicional, que pode ser decorrente da tentativa ativista de moralização da política, ações que visam condenar agentes políticos, dentre elas por meio de ações de improbidade ajuizadas pelo Ministério Público, passam a tramitar de modo excepcional, para além de atribuir ao caso e ao texto legal interpretações exóticas, apontando uma tendência de *lawfare* em relação aos agente políticos.¹⁵⁸ Nessa conjuntura, presunção da inocência e devido processo legal passam a ser “reinterpretados” de forma inconstitucional segundo uma visão mais garantista do fenômeno.

Não obstante, se a Constituição de 1988 apresenta traços garantistas, uma vez que dentre as garantias fundamentais se enquadram o devido processo legal, a presunção de inocência e o princípio da legalidade – limitadores do poder do Estado. Esse processo de redirecionamento para posturas mais punitivistas – oriundas principalmente do ativismo judicial – é reflexo de um processo social por qual passa o país. O anseio pela aplicação de castigos, independentemente de se assegurar que as demais regras do jogo estão sendo cumpridas, ao invés de afastar as patologias promove ainda mais deturpação, por meio da violação das garantias. Isso se fundamenta na lógica de que podem ser violadas as garantias daqueles que se apresentam como inimigos, no caso, os corruptos. Como se o sistema jurídico e político não sentisse os reflexos desses atos.

Esquece-se que para assegurar a efetividade do Estado Democrático de Direito, a corrupção deve ser combatida com base em definições legais estabelecidas e solidificadas. Walfrido Warde aponta que não é apenas a impunidade um dos elementos que permitem a reincidência nos casos de corrupção, mas a própria definição jurídica da conduta corrupta; para tanto, apresenta como exemplo o caso dos Estados Unidos da América, o qual se utilizou dos instrumentos de definição e regulamentação das interações entre privados – principalmente

¹⁵⁶ SALGADO, Eneida Desiree. Os limites explícitos... p. 168.

¹⁵⁷ VALIM, Rafael. **Estado de exceção**... p. 41.

¹⁵⁸ Trata-se da utilização dos instrumentos jurídicos com a finalidade de atingir um determinado grupo. O conceito do termo será abordado com profundidade no tópico 1.3.

empresas – e o Estado como forma de afastar a mácula corruptiva.¹⁵⁹ Nesse sentido, ao invés de flexibilizar as garantias individuais o combate à corrupção deve ocorrer por meio do maior aprimoramento das definições e dos elementos caracterizadores da conduta corrupta.

A imprecisão acerca das delimitações sobre o que é a prática de corrupção reflete em insegurança, principalmente para o agente político, pois em razão da legislação vigente – Lei de Improbidade Administrativa, Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Anticorrupção, entre outras – a depender de como será analisada a conduta, pode-se configurar corrupção ou não. Esse cenário causa instabilidade ao sistema de garantias e, conseqüentemente, atinge o Estado Democrático de Direito e Social.

1.3 AS EXCEÇÕES: ESTADO DE EXCEÇÃO JUDICIAL E *LAWFARE*

A flexibilização das garantias fundamentais em detrimento da moral configura-se como exceção, promovida por instituições consolidadas, no caso pelo Poder Judiciário quando realizada no julgamento de um fato concreto. Emílio Peluso Neder Meyer afirma que em períodos de crise política os juízes se identificam como símbolos da estabilidade, não que essa seja uma competência concedida pela Constituição, mas sim fruto de como essas autoridades se veem dentro do sistema.¹⁶⁰ Logo, diante da crise das demais instituições, o Judiciário assume o papel de garante da estabilidade. Porém, essa ação pode incorrer em exceções e não se configura, necessariamente, uma ditadura.

Em que pese haver semelhanças entre os regimes de exceção e períodos ditatoriais, as duas figuras não são sinônimas. A ditadura pressupõe a inexistência de um ordenamento a ser seguido ou sua subordinação à vontade de um líder. Segundo Carl Schmitt, a exceção está no Direito, ainda que não se encontre nos textos normativos, logo, está para além da questão da legalidade, seria ela o limite entre a política e o Direito.¹⁶¹ Por sua vez, de acordo Walter Benjamin “se a justiça é o critério dos fins, a legalidade é o critério dos meios”.¹⁶² Assim, o Estado de exceção pode ser entendido como algo que não está no ordenamento, não irá integrá-lo, mas que de maneira temporária se torna praticamente componente da ordem jurídica para

¹⁵⁹ WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 91-111.

¹⁶⁰ MEYER, Emilio Peluso Neder. Judges and courts destabilizing constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch's Political and Authoritarian Character. **German Law Journal**, v. 19, n. 4, p. 727-768, 2018. p. 759.

¹⁶¹ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11.

¹⁶² BENJAMIN, Walter. **Para uma crítica de la violencia y otros ensayos**. Tradução: Roberto Blatt. Madri: Taurus, 2001. p. 24.

que a própria ordem seja mantida. Todavia, Rafael Valim, contrariando Carl Schmitt,¹⁶³ afirma que a exceção rompe com o Direito e com a política.¹⁶⁴

Segundo Giorgio Agamben, o Estado de exceção é a força de lei sem lei.¹⁶⁵ A declaração de exceção, é uma decisão e “como é apresentada pelo princípio jurídico normalmente válido, jamais pode compreender uma exceção absoluta e, por isso, também, não pode fundamentar, de forma completa, a decisão de que um caso real, excepcional,”¹⁶⁶ que decorre da insegurança em relação ao futuro, oriunda da condição do momento. Nesse contexto, não se pode afirmar que o Estado de exceção aconteça fora ou rompa com a ideia de democracia, uma vez que em razão da sua excepcionalidade, ele se desenvolve em uma área indeterminada entre democracia e absolutismo, um momento no qual o governo é fortalecido e os três poderes se mesclam.¹⁶⁷

Diante da tentativa de se acabar com ordenamento jurídico vigente, conforme afirma Giorgio Agamben, há o direito de resistência, que deve se utilizar de todos os mecanismos para impedir qualquer violação. Nesse sentido, *necessitas legem non habet* – a necessidade não tem lei – é o conceito no qual se enquadra o Estado de exceção. Nessa compreensão pode-se extrair dois sentidos: o primeiro, a necessidade não reconhece nenhuma lei e o segundo a necessidade cria sua própria lei.¹⁶⁸ Não se trata da abolição da lei ou do Direito, mas de uma momentânea suspensão em razão do contexto.

O Estado de exceção, em sua definição filosófica não advém para romper com a ordem vigente, pelo contrário, trata-se de uma intervenção revolucionária com a finalidade de preservar o ordenamento jurídico vigente. Assim, é um direito de resistência, nem sempre previsto explicitamente nos textos constitucionais. Nas palavras de Giorgio Agamben, a definição de Estado de exceção é “a abertura de um espaço em que a aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza – isto é, aplica desapplicando – uma norma cuja aplicação foi suspensa.”¹⁶⁹ Na concepção de Carl Schmitt, a função do Estado limita-se à produção jurídica, na medida que isso significa que “no Estado moderno, o interesse jurídico é

¹⁶³ Não se pode esquecer que Carl Schmitt utilizou sua teoria para demonstrar a legalidade do Estado nazista.

¹⁶⁴ VALIM, Rafael. **Estado de exceção...** p. 29.

¹⁶⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 61.

¹⁶⁶ SCHMITT, Carl. **Teologia política...** p. 7.

¹⁶⁷ SCHMITT, Carl. **Teologia política...** p. 13.

¹⁶⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção...** p. 40.

¹⁶⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção...** p. 63.

o interesse supremo, o valor jurídico o valor supremo”,¹⁷⁰ e o Estado de exceção é a suspensão desta regra.

Estado de exceção não se confunde com ditadura, são regimes distintos, com pressupostos diferentes, “o estado de exceção moderno é, ao contrário, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem”.¹⁷¹ O totalitarismo moderno pode ser compreendido como a instauração de uma guerra civil, que se utiliza do Estado de exceção, na qual o objetivo é a eliminação – não apenas simbólica, mas até mesmo física – daqueles que não se integram ao sistema político vigente.¹⁷²

No idioma alemão, a palavra *gewalt* pode significar violência ou poder, permitindo a interpretação de que a violência é uma fonte de poder ou uma forma pela qual o poder é exercido. A violência é, por natureza, uma maneira de controle, logo, uma forma de exercício do poder de algo ou alguém sobre outrem. A violência tem o poder de dominar por meio do medo, sendo utilizada de diversos modos, seja para a dominação social, religiosa ou parental. Carl Schmitt, referindo-se às ideias propagadas por Engels, afirmou que “a essência do Estado, assim como da religião, é o medo da humanidade de si mesmo”.¹⁷³ Nesse sentido, o termo *gewalt*, expressa com maior preciosidade o significado ambivalente: violência-poder. Não existe, previamente estabelecido, nem pelo Direito natural nem pelo Direito posto, previsão de violência, contudo, não há como fugir da problemática de se utilizar dela para implementar e manter o Direito.¹⁷⁴

No processo de estabelecimento do Direito a violência atua com dupla função. Primeiro como meio para alcançá-lo, depois como *modus operandi* do próprio Direito, dessa forma, Direito e violência estão vinculados.¹⁷⁵ Segundo Giorgio Agamben, o sistema jurídico ocidental é formado por duas valências: de um lado, é normativo e jurídico – *potestas* – e, de outro, é metajurídico – *auctoritas*. *Potestas* e *auctoritas* compõem o binômio de “poder para” e de “autoridade para”, sem os quais, qualquer decisão não é acolhida. Por seu turno, com a presença desses elementos, ainda que a decisão necessite de violência, ela estará legitimada.¹⁷⁶ Emerson Gabardo destaca que o Estado utilizou de instrumentos simbólicos para se legitimar, sendo a moral, a lei e a eficiência, cada uma a seu tempo.¹⁷⁷

¹⁷⁰ SCHMITT, Carl. **Teologia política...** p. 23.

¹⁷¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção...** p. 42.

¹⁷² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção...** p. 13.

¹⁷³ SCHMITT, Carl. **Teologia política...** p. 47.

¹⁷⁴ BENJAMIN, Walter. **Para una crítica de la violencia y otros ensayos...** p. 38.

¹⁷⁵ BENJAMIN, Walter. **Para una crítica de la violencia y otros ensayos...** p. 40. (tradução própria)

¹⁷⁶ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção...** p. 130.

¹⁷⁷ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado....** p. 56-58.

A convivência em sociedade exige que decisões sejam tomadas. Na realidade, a escolha pode surgir do nada, todavia, o mais relevante, em um Estado de Direito, é a legitimidade que se tem para a proferir. Essa decisão é relativa, ainda que tenha sido proferida por uma instância competente. A incerteza gera instabilidade, a qual gera crises e provoca momentos de tensão, logo, a decisão legítima atua como uma força pacificadora, independentemente do conteúdo que possui. Dessa forma, “a antítese de *autoritas* e *veritas* “é “autoridade, não maioria”.¹⁷⁸ É no monopólio do poder de decidir que reside a natureza da soberania. Não é o poder coercitivo que juridicamente define a soberania, mas sim o poder decisório.

No Estado de exceção se encontra mais marcadamente tal característica decisória, pois ele revela com maior transparência a essência da autoridade estatal, de modo que “a decisão distingue-se da norma jurídica e (para formular paradoxalmente), a autoridade comprova que, para criar Direito, ela não precisa ter razão/direito.”¹⁷⁹ O conteúdo decisório não tem papel relevante, pois é capaz de formar o Direito desde que quem proferiu o conteúdo tenha legitimidade e competência. O “quem” é o principal, e não “o que” foi decidido. Quando se trata de uma decisão judicial, para ser justa necessita ir além do Direito e da lei geral, deve confirmar o valor que lhe foi estabelecido, sendo um ato de “interpretação reinstaurador”.¹⁸⁰

A partir da ideia de que a violência é a origem do poder e que o estado de exceção é diferente de ditadura, uma vez que preza pela suspensão para salvaguardar o ordenamento jurídico, ele apresenta diversas facetas na pós-modernidade. Logo, considerando que “o Estado limita-se, exclusivamente, à produção jurídica”, ao passo que “no Estado moderno, o interesse jurídico é o interesse supremo, o valor jurídico o valor supremo”¹⁸¹ as regras legais desempenham papel fundante e estruturante do Estado. Giorgio Agamben afirma que o estado de exceção é “essencialmente um espaço vazio, onde uma ação humana sem relação com o direito está diante de uma norma sem relação com a vida”.¹⁸²

Assim, a partir da construção teórica, chega-se até a construção do Estado de exceção judicial. O qual pode ser entendido como a concepção de que a ordem jurídica atual encontra-se em perigo, principalmente por questões atreladas aos escândalos de corrupção, de maneira

¹⁷⁸ SCHMITT, Carl. **Teologia política...** p. 31.

¹⁷⁹ SCHMITT, Carl. **Teologia política...** p. 14.

¹⁸⁰ DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o “fundamento místico da autoridade”**. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44.

¹⁸¹ SCHMITT, Carl. **Teologia política...** p. 23.

¹⁸² AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção...** p. 131.

que o Judiciário assume esse papel de protetor do texto constitucional e suspende, ainda que parcialmente, alguns regramentos, para que o *status quo* jurídico seja mantido.

Rafael Valim afirma que os estados de exceção são originados da tensão entre a ordem democrática e o neoliberalismo, cenário no qual o mercado é o soberano que decide sobre a exceção. O autor afirma não ser possível falar em um único estado de exceção, pois existem vários micropoderes que acabam por fugir do controle do Estado, sem contar a própria definição do que seria um estado de exceção depende muito do ponto referencial adotado.¹⁸³ Logo, utilizar o termo estado de exceção judicial não é equivocado, pois se trata de uma das expressões atuais dos estados de exceção.

O processo de implementação de uma sociedade “punitiva” é fruto da tentativa de solidificar o projeto neoliberal. Nas palavras de Vânia Aieta o fascismo hoje é social,¹⁸⁴ implementado em uma sociedade com democracia instável. Para a autora, esse fenômeno se concretiza a partir da criminalização dos políticos, flexibilização e enfraquecimento dos direitos fundamentais, por meio da supressão de direitos políticos e assecuratórios de proteção do cidadão durante uma persecução judicial.¹⁸⁵ Nesse sentido de “caça às bruxas”, em nome da moral social que se pretende, os privilégios são mantidos, notadamente aqueles que pertencem

¹⁸³ VALIM, Rafael. **Estado de exceção...** p. 22 e 33.

¹⁸⁴ A expressão fascismo social foi desenvolvida por Boaventura de Souza Santos. Em entrevista concedida ao Instituto Humanitas Unisinos – IHU, o autor apresentou a definição de fascismo social. “As situações de fascismo social ocorrem sempre que pessoas ou grupos sociais estão à mercê das decisões unilaterais daqueles que têm poder sobre eles sem se poderem defender em termos práticos invocando direitos que efetivamente os defendem. Exemplos de fascismo social: quando uma família tem comida para dar aos filhos hoje mas não sabe se a terá amanhã; quando um trabalhador desempregado se vê na contingência de ter de aceitar as condições ilegais que o patrão lhe impõe para poder matar a fome da família; quando uma mulher é violada a caminho de casa ou é assassinada em casa pelo companheiro; quando os povos indígenas são expulsos das suas terras ou assassinados impunemente por capangas ao serviço dos agronegociantes e latifundiários; quando os jovens negros são vítimas de racismo e de brutalidade policial nas periferias das cidades. Em todos estes casos estou a referir situações em que as vítimas são formalmente cidadãos, mas não têm realisticamente qualquer possibilidade de invocar eficazmente direitos de cidadania a seu favor. A situação agrava-se quando se trata de imigrantes, refugiados etc. Por exemplo, a situação de trabalho escravo de milhares de imigrantes bolivianos nas fábricas de São Paulo. As vítimas de fascismo social não são consideradas plenamente humanas por quem impunemente as pode agredir ou explorar. Mas o fascismo não tem apenas a face violenta. Tem também a face benevolente da filantropia. Na filantropia quem dá não tem dever de dar e quem recebe não tem direito de receber. Em tempos recentes, a classe alta e média alta do Brasil se ressentiu muito porque as empregadas domésticas ou os motoristas já não precisavam dos favores dos patrões para comprar um computador para os filhos ou fazer um curso. Ressentiam-se com o fato de os seus subordinados se terem libertado do fascismo social. Quanto mais vasto é o número dos que vivem em fascismo social, menor é a intensidade da democracia.” MACHADO, Ricardo. A difícil reinvenção da democracia frente ao fascismo social. Entrevista especial com Boaventura de Sousa Santos. **Revista IHU on-line**, São Leopoldo, 08 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/563035-a-dificil-reinvencao-da-democracia-frente-ao-fascismo-social-entrevista-especial-com-boaventura-de-sousa-santos>>.

Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁸⁵ AIETA, Vânia. **Criminalização da política...** p. 16-17.

à classe economicamente dominante, e é legitimada a redução das garantias constitucionais e democráticas.¹⁸⁶

Conforme afirma Rafael Valim, em razão do atual momento que torna o Estado em constante regime de exceção, o Poder Judiciário se converte também em exceção, uma vez que em nome de um suposto bem maior, principalmente o combate à corrupção, princípios estruturantes do ordenamento jurídico brasileiro são flexibilizados, com destaque para as áreas do Direito penal e do Processo Penal.¹⁸⁷ Vânia Aieta fundamenta que o estado de exceção acontece quando o poder institucionalizado aplica o Direito de acordo com o caso, sob a fumaça de uma democracia, direitos e garantias fundamentais não são mais aplicados. A Autora argumenta que nenhuma crise justifica o desrespeito à Constituição.¹⁸⁸ Utilizando a concepção de Giorgio Agamben sobre estado de necessidade, no qual um caso particular não necessita observar a legislação,¹⁸⁹ algumas decisões judiciais, que devem ser consideradas como algo excepcional, não em relação à frequência de seu uso, mas sim em relação à sua adequação com a lei, são utilizadas com o objetivo de combate à corrupção. Conduta instauradora do que pode ser denominado de “estado de exceção judicial”.¹⁹⁰

Porém, não se pode perder de vista que o Estado se traduz pela realização de uma ordem jurídica. A partir do momento em que essa ordem é suspensa, surge uma excepcionalidade, mas, como afirmado, é uma característica circunstancial. Apesar de a teoria tratar de um período restrito, como o faz Giorgio Agamben, o estado de exceção tem se tornado uma forma de exercício do poder, com vistas a eliminar algum grupo divergente.¹⁹¹

Para além da utilização do estado de exceção judicial como forma de poder, há também o fenômeno, alcunhado de *lawfare*, de utilização do sistema legal existente com a finalidade de atingir um determinado grupo, que pode ser entendido como inimigo.¹⁹² O termo foi utilizado pela primeira vez pelo general aposentado Charles Dunlap Jr, em 2001, para nomear o fenômeno de usar as leis com finalidade militar.

A origem do uso do Direito internacional para atacar um inimigo é a característica primária da estratégia do *lawfare*. O exemplo marcante é dos Estados Unidos atacando outros

¹⁸⁶ SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe...** p. 121.

¹⁸⁷ VALIM, Rafael. **Estado de exceção...** passim.

¹⁸⁸ AIETA, Vânia. **Criminalização da política...** p. 107.

¹⁸⁹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção...** p. 41.

¹⁹⁰ VALIM, Rafael. **Estado de exceção...** passim.

¹⁹¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção...** p. 13.

¹⁹² O termo não tem uma tradução condizente em português, há quem tente enquadrar como Estado de exceção judicial, contudo, estudiosos da área e a partir das leituras bibliográficas realizadas, se verifica que os termos têm o mesmo significado.

países e utilizando-se da lei para legitimar a ação. Contudo, conforme destaca José Ramón Subserviola Gilabert, as práticas de uso dos recursos legais como arma bélica são registradas há anos, em diversos governos, como o chinês e o russo, por exemplo.¹⁹³ Justamente em razão deste uso por diferentes correntes políticas, o autor do termo, Charles Dunlap Junior, afirma que o método de *lawfare* é ideologicamente neutro.¹⁹⁴

A exata conceituação sobre o que é *lawfare* tem instigado inúmeras pesquisas, principalmente nos Estados Unidos da América. Assim, dentre as diversas tentativas de delimitação, para David Luban, *lawfare* é uma afronta à legalidade, uma vez que se manifesta como uma espécie de politização do Direito.¹⁹⁵ Para Susan Tiefenbrun, a partir de uma análise semiótica, o termo é um neologismo estadunidense, que reúne em sua grafia *Law* (Direito) e *warfare* (guerra), para expressar o direcionamento do uso do Direito para eliminar um inimigo definido socialmente. A autora destaca que Direito é poder, uma vez que as normas jurídicas controlam diariamente a vida dos indivíduos. Ainda, ressalta que a utilização do *lawfare* no âmbito do Direito internacional.¹⁹⁶ Não há como dissociar Direito e guerra, pois muitos dos conflitos bélicos são iniciados com base em ordenamentos jurídicos, de modo que o agente conhece previamente as possibilidades bem como as consequências dos seus atos.¹⁹⁷

Wouter Werner argumenta que a utilização do termo *lawfare* passou por mudanças. Se em um primeiro momento se referia à utilização do Direito internacional para ataque a outras nações, passou a significar a utilização da relação entre Direito e guerra em uma luta política.¹⁹⁸ Essa mudança de concepção resulta na acepção da estratégia até para finalidades internas de um território. O autor afirma que a utilização de termos ou mecanismos jurídicos para desacreditar um inimigo, geralmente do governo, em suma, é *lawfare*. Desse modo, expressa o significado da onipresença da lei nas guerras do século XX e início do XXI.¹⁹⁹ A prática não é exclusiva de governos, podendo ser realizada por instituições privadas e inclusive por pessoas

¹⁹³ SUBSERVIOLA GILABERT, José Ramón. *Lawfare*. El uso del derecho como arma. **Revista Española de Derecho Militar**, n. 106, p. 189-230, jul./dic. 2016. p. 193-195.

¹⁹⁴ DUNLAP JR, Charles. *Lawfare* 101: A Primer, 97. **Military Review**, p. 8-17, .May/June. 2017. p. 9.

¹⁹⁵ LUBAN, David. Carl Schmitt and the critique of *lawfare*. **Case Western Reserve Journal of International Law**, n. 43, p. 457-471, 2010. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/621>>. Acesso em: 09 set. 2019.

¹⁹⁶ TIEFENBRUN, Susan W. Semiotic Definition of *Lawfare*. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 43, p. 29-59, (2010). Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/3>>. Acesso em: 09 set. de 2019.

¹⁹⁷ SUBSERVIOLA GILABERT, José Ramón. *Lawfare*... p. 189 e 195.

¹⁹⁸ WERNER, Wouter G. The Curious Career of *Lawfare*. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 43, p. 29-59, (2010). Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/4>>. p. 69. Acesso em: 09 set. de 2019.

¹⁹⁹ WERNER, Wouter G. The Curious Career of *Lawfare*... passim.

individualmente, por meio da aplicação da legislação vigente e inclusive a partir da elaboração de leis especificamente para enquadrar determinado grupo como o inimigo.²⁰⁰

A característica do *lawfare* é a utilização de termos e instrumentos jurídicos de maneira estratégica para atacar um inimigo específico, que pode ser um coletivo, um grupo específico. Ou seja, trata-se da manipulação das regras legais com uma finalidade específica, que não objetiva efetivar a lei, mas sim perseguir e eliminar o adversário. Para José Ramón S. Gilabert, para uma conduta se caracterizar como *lawfare* deve possuir duas características: (1) utilização das normas jurídicas para gerar efeitos similares ao que obteria com o força física, tais como habilidades e poder de decisão; e (2) enfraquecer ou mesmo exterminar o alvo colocado como inimigo.²⁰¹ Por sua vez, Cristiano Zanin Martins, Valeska Teieira Zanin Martins e Rafael Valim definem *lawfare* como “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”.²⁰²

Para se colocar em prática o *lawfare* utilizam-se de artifícios relacionados à estratégia de implantação. Cristiano Zanin Martins e Valeska Teixeira Zanin Martins afirmam que a operacionalização do *lawfare* carece de um ambiente favorável, ou seja, que a opinião pública esteja favorável à sua aplicação, o que é possível mediante o uso da mídia.²⁰³ Ademais, a tática de acusar para além do que se tem provas como modo de convencer o acusado a colaborar ou confessar as condutas sob a condição de um abrandamento das sanções, é intitulada de *overcharging*. Próxima a esse mecanismo encontra-se a delação premiada, utilizada como forma de entrega do outro, justamente para se conseguir benefícios em relação à sanção. Esses são elementos internos.²⁰⁴

A prática de *lawfare* tem gerado muitas discussões e a agenda está inserida na pauta de líderes mundiais. O Papa Francisco, em seu discurso realizado na Cúpula Pan-Americana de

²⁰⁰ Para José Ramón Subserviola Gilabert, o uso do termo *lawfare* deve se restringir a disputas que sejam armadas, apesar de não negar que se utiliza o termo para demais situações. Essa defesa do autor é no sentido de que em outras áreas pode ter outros termos, uma vez que já era uma conduta que acontecia, mas que o termo *lawfare*, em razão da sua origem e da relação com o Direito internacional e o Direito humanitário. SUBSERVIOLA GILABERT, José Ramón. *Lawfare...* p. 202-208.

²⁰¹ SUBSERVIOLA GILABERT, José Ramón. *Lawfare...* p. 201.

²⁰² MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 26.

²⁰³ MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin. O *lawfare* militar, político, comercial e geopolítico. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/opinioao-lawfare-militar-politico-comercial-geopolitico>>. Acesso em: 09 set. 2019.

²⁰⁴ MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare...** p. 78-92.

Juízes sobre Direitos Sociais e Doutrina Franciscana, ressaltou que o *lawfare* coloca em risco as democracias e enseja a violação sistemática de direitos sociais.²⁰⁵

As rupturas nos Estados da América Latina tendem a ocorrer de maneira mais sutil, conforme afirma Jorge González Jácome, uma vez que se utilizam dos mecanismos e processos constitucionais para incluir emendas que alteram o sistema, geralmente promovidos por lideranças autocráticas. A sistemática para essa alteração se utiliza primeiramente de mecanismos legais. Quando esses não são possíveis, apela-se para o poder do povo. Esse manejo é possível em razão do alto índice de popularidade ou domínio da maioria do Poder Legislativo. Por vezes, essa estratégia é uma forma de a liderança se manter no poder, burlando a alternância da escolha dos representantes.²⁰⁶

Apesar de ambas serem exceções ao Estado Democrático de Direito, estado de exceção e *lawfare* não se confundem. De fato há pontos em comum entre os dois: a hostilidade e o combate a um inimigo virtual. Esse pode ser redefinido frequentemente, de modo que a característica é a possibilidade de alteração da sua condição de pessoa, tratando-o como um objeto irreal. Apesar das semelhanças entre estado de exceção e *lawfare*, esses fenômenos não se confundem; aquele é uma das táticas desse, no sentido de que se não há uma norma jurídica à disposição para se combater o inimigo instituiu-se uma, mediante a técnica de exceção.²⁰⁷

A ideia de rompimento democrático é algo que permeia a concepção de estado de exceção, causando muitos debates controvertidos sobre a temática. Leonar Morlino traz a ideia de regimes híbridos, denominando estes modelos como formas de governo existentes entre um arranjo não democrático (particularmente no sentido de ser tradicional, autoritário e pós-totalitário) e um democrático.²⁰⁸ Ou seja, na teoria proposta, os Estados modernos estariam conformados simultaneamente como autoritários e democráticos. A persecução à corrupção

²⁰⁵ “Aprovecho esta oportunidad de reunirme con ustedes para manifestarles mi preocupación por una nueva forma de intervención exógena en los escenarios políticos de los países a través del uso indebido de procedimientos legales y tipificaciones judiciales. El *lawfare*, además de poner en serio riesgo la democracia de los países, generalmente es utilizado para minar los procesos políticos emergentes y propender a la violación sistemática de los Derechos sociales. Para garantizar la calidad institucional de los Estados es fundamental detectar y neutralizar este tipo de prácticas que resultan de la impropia actividad judicial en combinación con operaciones multimediáticas paralelas. Sobre esto no me detengo pero el juicio previo mediático lo conocemos todos.” FRANCISCO. discurso del Santo Padre Francisco en la Cumbre de Jueces Panamericanos sobre Derechos Sociales y Doctrina Franciscana. Disponível em: <http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/june/documents/papa-francesco_20190604_giudici-panamericani.html>. Acesso em: 10 jan. 2020.

²⁰⁶ GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. El autoritarismo latinoamericano en la ‘Era Democrática’. **Precedente. Revista Jurídica**, n. 6, p. 9-31, 2015. p. 15.

²⁰⁷ MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare...** p. 30-31.

²⁰⁸ MORLINO, Leonardo. **Hybrid Regimes or Regimes in Transition?** Madrid: FRIDE, 2008.

sem observância às garantias constitucionais demonstra-se como autoritária. Contudo, em segundo plano, mantém-se a ideia de Estado Democrático, tal como previsto na Constituição.

Observando a realidade brasileira, com a ascensão do combate à corrupção ao posto de agenda social prioritária, aquele que direcione seus esforços para extirpar a patologia corruptiva assumirá o posto de confiança. Assim, com o apoio da mídia, o Judiciário tem assumido destaque dentre as instituições, justamente por se colocar nessa posição de combatente. Logo, observa-se dos julgados que ocorrem exceções às garantias fundamentais dos acusados, porém, a opinião pública, veiculada nos canais de comunicação, apoiam esse processo de perseguição. Nesse sentido, um dos elementos aptos ao desenvolvimento do *lawfare* é justamente a manipulação da informação, de modo que se estabelece um cenário propício para o uso do instituto contra um inimigo.²⁰⁹

No Brasil, para se referir a estado de exceção judicial e *lawfare* é indispensável se utilizar como exemplo o caso do *impeachment* da presidenta Dilma,²¹⁰ em 2016.²¹¹ Os fatos que culminaram em sua retirada da presidência, as chamadas “pedaladas fiscais”, quando analisadas posteriormente, para casos de outros chefes do Poder Executivo não foram consideradas atos de responsabilidade fiscal pelo Legislativo. Ainda, ela saiu do julgamento com seus direitos políticos intactos, pois houve a divisão em dois momentos: (1) retirada da presidência, que teve maioria e foi aprovada; e (2) julgamento acerca da suspensão de seus direitos políticos, os quais, por decisão da maioria, foram mantidos. Porém, os depoimentos dos colaboradores da operação “Lava Jato”, uma das mais conhecidas no país, afirmaram que era necessário retirar a presidenta Dilma do poder, caso contrário, as investigações sobre corrupção iriam permanecer.²¹²

Marion Brepohl, Marcos Gonçalves e Emerson Gabardo afirmam que é importante conhecer quem são os realizadores do estado de exceção, sob o risco de eles mesmos não se identificarem enquanto algozes.²¹³ Identificar quais são os agentes da flexibilização das garantias fundamentais em nome da perseguição à corrupção é compreender qual elite está de

²⁰⁹ MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare...** p. 51.

²¹⁰ Nesse caso é possível afirmar a incidência das duas exceções. De um lado a utilização dos instrumentos jurídicos existentes para a retirada de um grupo do poder – *lawfare* – de outro, o estabelecimento de novas regras, como a cisão no julgamento de *impeachment* – estado de exceção judicial.

²¹¹ Saulo Lindorfer Pivetta afirma que o *impeachment* de 2016 deixou claro o caráter político de referido julgamento no Brasil, uma vez que os discursos proferidos na tribuna não se relacionavam com o objeto da denúncia. Cf. PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Legisladores juízes: Impeachment** na Constituição de 1988. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p.

²¹² MEYER, Emilio Peluso Neder. Judges and courts destabilizing constitutionalism... p. 730-737.

²¹³ No caso exposto pelos autores, eles utilizam o exemplo do Eichman, que passou a vida considerando-se inocente sob o fundamento de ter cometido todos os atos em nome do respeito à autoridade. Em que pese os autores mencionarem exemplo de violências físicas, cabe também ponderar que no caso de exceção judicial há quem sejam os autores, e é fundamental que eles se identifiquem enquanto algozes do sistema democrático. BREPOHL, Marion; GONÇALVES, Marcos; GABARDO, Emerson. As violências do estado de exceção... p. 347.

posse dos meios jurídicos com a intenção de alterar o sistema vigente. Jessé Souza afirma que a elite dominante é a do poder aquisitivo, que se apodera das demais elites – intelectual e jurídica – para implementar seu domínio.²¹⁴

A flexibilização das garantias por meio da utilização de recursos jurídicos e legais existentes atinge a seara sancionadora, os julgamentos políticos – como o *impeachment* – e se expressa nos julgados das ações de improbidade. A criminalização da política integra esse processo de flexibilização, afinal, a partir do momento em que se considera que todos são corruptos e indignos, não há motivo para se defender que seus direitos sejam observados. Com vistas a combater a corrupção, diversas previsões legais são inseridas no ordenamento jurídico.

A promulgação da Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, foi também uma resposta aos apelos de combate à corrupção. A lei se direciona aos agentes públicos, prevendo casos de improbidade administrativa decorrentes de lesão ao erário e violação aos princípios da Administração Pública. Já na sua promulgação, ao prever a possibilidade de condenação diante do agente que, de maneira culposa causar lesão ao erário, inicia-se o processo de flexibilização das garantias. Porém, após a pauta de combate à corrupção ganhar volume na sociedade, também as ações de improbidade administrativa passaram a ser alvo de institutos punitivos ainda mais flexibilizadores das garantias fundamentais.

Vulgarmente é consenso que é difícil um agente político, principalmente se for ocupante de cargos do Poder Executivo, não ser réu em alguma ação de improbidade. A lei de improbidade administrativa é repleta de termos abertos, o que possibilita interpretações variadas acerca da conformidade das condutas dos agentes dentre as previsões de ilícitos da lei. Esse é campo fértil para a aplicação jurídica das exceções, seja o estado de exceção judicial ou o *lawfare*. Por mais que se busque analisar esses fenômenos de flexibilização sob o viés jurídico, é a partir da análise externa ao Direito que é possível verificar sua ocorrência.²¹⁵

²¹⁴ SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe...**

²¹⁵ Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins e Rafeal Valim destacam que *lawfare* não deriva automaticamente de efeitos jurídicos, de modo que a realidade é analisada de maneira mais ampla, extrapolando uma área específica do saber, pois internamente o Direito seria incapaz de identificar a manipulação. MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare...** p. 28-29.

2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: MORALIDADE, ILEGALIDADE E CORRUPÇÃO

O impasse acerca da definição sobre corrupção fomenta pesquisas doutrinárias sobre a compatibilidade entre as garantias do Estado de Direito e o anseio popular pela punição das condutas corruptivas.²¹⁶ A questão foi tema amplamente debatido quando da constituinte em 1988. Em 2012, Fábio Medina Osório já afirmou “o discurso de combate à corrupção não é novo e talvez o fenômeno, em si, tenha sido amplificado pela liberdade das instituições fiscalizadoras e da própria mídia.”²¹⁷ Nesse sentido, uma das primeiras formas legais de tentativa de combate à corrupção, no período pós regime militar, foi a edição da lei nº 8.429/1992, logo após a promulgação da Constituição.

A Lei de Improbidade Administrativa – LIA, com caráter moralizador e com a função de regulamentar o § 4º do art. 37 da Constituição, teve como inspiração a Lei Bilac Pinto,²¹⁸ de 1958. Essa, por sua vez, tinha como fonte os Códigos de Conduta muito utilizados nos Estados Unidos da América à época. Mesmo quase 30 anos após sua promulgação, tramitam propostas de alteração legislativa, uma vez que seu papel de combate à corrupção ainda é fortemente destacado.

Após o Brasil firmar acordo com organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), intensificou-se a atividade legislativa de combate à corrupção, isso a partir dos anos 2000.²¹⁹ Antes desse período já existiam legislações que visavam combater referida patologia, mas a intensidade e a variedade de previsões legais foram posteriores a esse compromisso internacional.

De toda sorte, corrupção tem diferentes acepções, de modo que há distinção entre a corrupção do cotidiano e aquela impregnada nas engrenagens estatais, a qual é apontada como

²¹⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 44.

²¹⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa. **JUS**, Belo Horizonte, a. 43, n. 26, p. 23-51, jan./jun. 2012. p. 24.

²¹⁸ Quando da promulgação desta lei a doutrina tentou responder, por meio do senador e jurista Francisco Bilac Moreira Pinto, qual a natureza da sanção da referida lei. À época já se afirmava que a reprimenda legal não era capaz de afastar o cometimento de atos de corrupção. Apenas para evitar maiores discussões, convencionou-se que a sanção teria natureza civil. CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa**: Limites constitucionais à lei de improbidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 198-199.

²¹⁹ FORTINI, Cristina; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018. p.93-97.

um dos entraves para o desenvolvimento.²²⁰ As pequenas corrupções diárias refletem a concepção moral – comum – e ética de uma sociedade, mas é a que acontece no interior da Administração Pública a que gera maiores preocupações legislativas.

Destaque-se que a improbidade administrativa é mais ampla que as questões de corrupção, quando analisada sob a perspectiva da previsão legal. Apesar de ser por meio deste tipo legal que muitas patologias corruptivas são enquadradas na esfera civil. Ainda, improbidade e imoralidade não são sinônimas, aquela é conceito mais amplo que esta, uma vez que o direito a uma boa administração abrange outros princípios para além dos atrelados à esfera moral. Por isso, supera-se o princípio da legalidade, em decorrência da necessária observância a princípios e regras, afirmando que se trata de relação com a juridicidade.²²¹

O tema é recorrente. A cada dia novas notícias são veiculadas trazendo a temática da improbidade. Apesar de popular, pouco se explica a acepção terminológica, de modo que há muitos vínculos com o conceito de corrupção. Em uma rápida busca na internet, sem qualquer metodologia específica, ao termo “improbidade”, são encontrados 175.000 notícias jornalísticas sobre o tema.²²² E, combinando os termos “improbidade” e “corrupção” foram localizados 35.400 resultados em relação a notícias.²²³

Além das notícias jornalísticas, os números das ações judiciais também são expressivos. O Ministério Público Federal disponibiliza esses dados, o Mapa da Improbidade apresenta as ações que abordam a temática da improbidade ajuizadas perante a Justiça Federal nos últimos cinco anos, ou seja, de 2014 a 2019. Segundo dados do sistema, foram ajuizadas 8.771 Ações Cíveis de Improbidade Administrativa e 2.298 Ações Cíveis Públicas.²²⁴ Por seu turno, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, de 2008 a 2019 foram proferidas 1.360

²²⁰ A concepção de desenvolvimento não pode se restringir a uma concepção econômica, assim, para análise de desenvolvimento a partir do desenho constitucional cf. HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

²²¹ GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 185.

²²² Busca realizada no site Google. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=improbidade&rlz=1C1SQJL_pt-BRBR788BR788&sxsrf=ACYBGNT-HKYCqJiIOAdXXRBGq0PEMEm36A:1579996639054&source=lnms&tbm=nws&sa=X&ved=2ahUKEwja46qT-p_nAhUVK7kGHdl6DXUQ_AUoAXoECBMQCQ&biw=1366&bih=657>. Acesso em: 25 jan. 2020.

²²³ Pesquisa realizada no site Google. Disponível em: <https://www.google.com/search?rlz=1C1SQJL_pt-BRBR788BR788&biw=1366&bih=657&tbm=nws&sxsrf=ACYBGNR5m2p_ptLNqIrro57OOBMLa2qAug%3A1579996653155&ei=7dUsXvmUCf2f5OUPybeVgAU&q=improbidade+corrup%C3%A7%C3%A3o&gs_l=psy-ab.3...4212331.4214241.0.4214904.10.10.0.0.0.350.1548.0j8j0j1.9.0...0...1c.1.64.psy-ab..1.2.500...0j33i10k1.0.428Nt_hf0ME>. Acesso em: 25 jan. 2020.

²²⁴ Ministério Público Federal. Dados disponíveis em: <<http://aplicativos.pgr.mpf.br/mapas/mpf/improbidade/>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

condenações por improbidade pela Justiça Federal e 3.582 pelos tribunais estaduais.²²⁵ Esses números demonstram que a persecução aos atos ímprobos tem ganhado destaque, contudo, necessário observar se as garantias fundamentais estão sendo observadas.

2.1 ENTRE MORALIDADE E PROIBIDADE: DIFERENÇAS E APROXIMAÇÕES

A Constituição estabelece a moralidade como princípio da Administração Pública, determinando que aqueles que agem com improbidade estarão sujeitos às sanções de suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e deverão ressarcir ao erário no caso de dano.²²⁶ Se o termo moralidade é genérico na linguagem coloquial, a partir da incorporação no texto constitucional passou a ser um conceito jurídico indeterminado.²²⁷

A relação entre moral e Direito sempre foi estreita, de modo que por vezes não foi possível delimitar as fronteiras entre os dois. Para Emerson Garcia, a moral sempre irá tocar o Direito, seja quando toma a forma de uma regra, seja para conceder à norma os aspectos ligados à realidade social.²²⁸ Apesar do relacionamento, destaca-se que a escolha constitucional foi pela interação, não pela identidade plena, o que poderia culminar em totalitarismo.²²⁹

Nesse sentido, Thiago Marrara aponta a existência de três relações, no mínimo, entre moral e Direito. A primeira estabelece o Direito como um subcampo da moral, logo, a norma jurídica é uma norma moral. A segunda estabelece que a moral é englobada pelo Direito, dessa forma, toda norma moral decorreria de uma norma jurídica, porém o inverso não seria verdadeiro. A terceira relação apontada pelo autor considera que existem normas jurídicas morais e normas jurídicas amorais, nesse sentido, afirma que existem leis que não estão inseridas na moral, em alguns casos seria possível até mesmo rechaçar a moral, e estar no mundo jurídico como uma norma imoral.²³⁰

²²⁵ Dados disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/relatorioQuantitativoCondenacoes.php> Acesso em: 09 dez. 2019.

²²⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

²²⁷ ZANCANER, Weida. Os princípios da moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade e o concurso público. **Revista da PGFN**, Brasília, a. 2, n. 4, p.9-16, jul./dez. 2012. p. 10.

²²⁸ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 39, n. 155, p. 153-173, jul./set. 2002. p. 161.

²²⁹ FREITAS, Juarez. Princípio da moralidade. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 15, n. 170, p. 31-46, abr. 2015. p. 31.

²³⁰ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 104-120, 2016. p. 105.

Assim, as interrelações ocorrem em diferentes ramos. Basta verificar os temas limítrofes como aborto, casamento entre pessoas do mesmo gênero, eutanásia e a própria concepção acerca da corrupção. A presença da moral nem sempre permite uma interpretação mais alinhada à efetivação de direitos ou até mesmo a melhor leitura constitucional.

Ainda que se trate de um conceito jurídico aberto, a doutrina se debruça para estabelecer a delimitação teórica sobre o princípio da moralidade, uma vez que a previsão legal não estabelece contornos definidos. Moral enquanto um conceito amplo, quando é adjetivada como administrativa passa a ter um sentido mais restrito, contudo, não deixa de ser controversa a sua definição. Maurice Hauriou, no início do século XX, é o primeiro a se dedicar ao estudo sobre o que seria moralidade administrativa e desenvolvido ao longo dos anos a compreensão de que não é similar à moral comum, uma vez que seus princípios e regramentos são obtidos a partir da própria Administração.²³¹ Assim, a moralidade pode ser compreendida como pressuposto de validade do ato administrativo, com caráter jurídico e extraída “da disciplina interior da Administração”.²³² Carmén Lúcia Antunes Rocha posiciona o princípio da moralidade como referencial para os demais previstos na Constituição, em razão de ser “a legalidade legítima da conduta administrativa”.²³³ Assim, moralidade e legalidade se relacionam, no sentido de que a moralidade administrativa será a expressão da legalidade da Administração Pública.

As críticas a essa definição decorrem do fato que por vezes a legalidade estará sendo cumprida, mas a finalidade não estará sendo observada, o que acaba por romper com a lógica de moralidade administrativa. Fato é que a acepção acerca do que é moral irá tangenciar a formação cultural de um povo, bem como as relações entre moral e Direito irão sempre depender de um espaço, uma época e um povo, não deixando de ser diferente quando analisado em relação à Administração Pública.²³⁴

Para Thiago Marrara, a moralidade administrativa simboliza o respeito “aos valores, eleitos democraticamente e consagrados no ordenamento jurídico, que justificam a existência e a ação do Poder Público, inclusive de modo a restringir a liberdade e a propriedade privada em algumas situações” (esse seria o conceito subjetivo).²³⁵ Dessa forma, a moralidade é uma

²³¹ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação... p. 162.

²³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 79-80.

²³³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 213-214.

²³⁴ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... p. 106.

²³⁵ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... p. 109.

guardiã do pacto constitucional, pois é a partir da Constituição que a moralidade passa a exercer a função de requisito da validade e legitimidade dos atos administrativos.²³⁶ Logo, é a conformação do Estado que irá determinar como a moralidade administrativa será compreendida.²³⁷

Em contraposição à superação entre espaço público e privado, para Emerson Garcia não há uma dicotomia entre a moral comum e a moral administrativa. Em que pese para ele a orientação não poder ser apenas subjetiva ou ideológica, ressaltando que ao interpretar a norma é fundamental que os valores direcionadores do sistema sejam considerados, ou seja, os princípios da Administração Pública, de modo que é eminente o caráter teleológico da moralidade administrativa.²³⁸ Porém, os próprios princípios possuem conteúdo aberto, de modo que apenas uma leitura sistêmica da Constituição é apta a demonstrar o conteúdo teleológico da moralidade. Diferentemente do que afirma o autor, pautar-se na moral comum é estar sujeito a instabilidades, de modo que para assegurar a segurança, deve-se pautar na Constituição.

Para Rogério Gesta Leal, a lógica de moralidade está intimamente relacionada à boa Administração Pública.²³⁹ Todavia, o conceito de boa Administração Pública, conforme afirma Jaime Rodriguez-Arana Muñoz, não se trata de um conceito fechado, uma vez que deve estar vinculado às mudanças sociais e, prioritariamente, pautar suas ações no interesse comum, trazendo para a centralidade do regime jurídico da Administração Pública a pessoa.²⁴⁰ Mais uma vez a definição está atrelada a outro conceito indefinido.

No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto fundamenta que a moralidade administrativa está adstrita à finalidade da conduta, observando-se para além da legalidade, sendo necessário verificar se o interesse público está contemplado e se o dever da boa Administração Pública está sendo cumprido.²⁴¹ Nessa perspectiva, a moralidade atua como limitadora e direcionadora da atividade administrativa, obrigando que “os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluam dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana.”²⁴²

²³⁶ JURUENA, Cynthia Gruendling; LEAL, Rogério Gesta. Interlocuções necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, n.42, p. 268-287, jul./dez. 2014. p. 279

²³⁷ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... p. 106.

²³⁸ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação... p. 163-164.

²³⁹ LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa e o dever de correspondência dos agentes públicos em face das responsabilidades jurídicas consectárias. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 53, p. 75-103, jul. / set. 2013. p. 79.

²⁴⁰ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 190, p. 1-44, out./dez. 1992. p. 7-10 e 29.

²⁴² GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação... p. 164.

Para além da aproximação da moralidade com a ideia de boa Administração Pública, a moral administrativa está ligada necessariamente com a legalidade. Partindo-se da noção de que a moralidade é que expressa a ética e a legalidade administrativa, é inconcebível dissociar a moralidade do princípio legal.

Ademais, se a moralidade está vinculada à intenção do agente, para fins objetivos de sua análise, estará ausente a moral administrativa caso o ato esteja fundado em motivo: inexistente, insuficiente, inadequado, incompatível e desproporcional; bem como, nos casos nos quais o objeto for impossível, desconforme ou ineficiente.²⁴³ Assim, atuando como baliza da conduta do agente público, a moralidade também está sujeita ao controle do cidadão, uma vez que será a moralidade que informará e ratificará a legitimidade das decisões tomadas.²⁴⁴

Esse limite demonstra-se como substancial, uma vez que à Administração Pública cabe agir de acordo com a lealdade e boa-fé, de modo que é proibida a prática de condutas maliciosas ou dissimuladas.²⁴⁵ A moralidade atua como garantidora da boa-fé e da lealdade da Administração Pública, afetando o desejo de certeza e a segurança jurídica.²⁴⁶ Considerando essas conceituações, a moral administrativa existe para impedir que agentes públicos desviem-se das finalidades do Estado de Direito, inserindo o caráter finalístico da ação, atrelado à necessidade de observância à legalidade.²⁴⁷ A condução da Administração Pública deve estar adstrita à legalidade, de forma a estar adequada procedimentalmente, amoldando motivos, meios e objetivos às normas, sem que afete direitos individuais e sociais qualquer dissonância nessa regra está sob a análise da moralidade.²⁴⁸

Vinculado ao conceito de moralidade administrativa, encontra-se a probidade. Probidade é uma palavra com origem no latim – *probitas* – com radical *probus*, significando “aquilo que brota do bem”, utilizada costumeiramente para adjetivar algo com boa qualidade, sua conotação deontológica remete à caracterização do sujeito “honrado, íntegro, possuidor de bons costumes”.²⁴⁹

²⁴³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação... p. 11-13.

²⁴⁴ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... p. 108.

²⁴⁵ CABRAL, Dafne Reichel. **O controle externo como instrumento para a concretização do direito fundamental à boa administração pública**. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2017. p. 22.

²⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010. p. 298.

²⁴⁷ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... p. 107.

²⁴⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Genesis, 1993, p. 25.

²⁴⁹ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 54.

A probidade administrativa, segundo José Afonso da Silva, é o dever de o agente público atuar com honestidade e desenvolver as obrigações inerentes a sua função sem se aproveitar dos próprios poderes, sejam proveitos pessoais ou a terceiros.²⁵⁰ Wallace Paiva Martins Junior afirma que probidade é um subprincípio da moralidade, de maneira que aquela “assume paralelamente o contorno de um direito subjetivo público a uma Administração Pública proba e honesta, influenciada pela conversão instrumentalizada de outros princípios da Administração Pública”.²⁵¹ No mesmo sentido, Rogério Gesta Leal e Marcelo Figueiredo sustentam que probidade é uma espécie do gênero da moralidade administrativa, em razão de que o núcleo da probidade está associado ao princípio da moralidade administrativa,²⁵² porém não se confundem.²⁵³ Para o autor, a probidade se configura como uma espécie de moralidade, de modo que a improbidade é uma imoralidade qualificada.²⁵⁴

Considerando que a probidade é uma das formas pelas quais a moralidade se concretiza, para Thiago Marrara, “moralidade como probidade exige do administrador a boa-fé na prática de suas condutas”.²⁵⁵ Há ainda a definição de probidade enquanto o cumprimento dos deveres dos serviços públicos, de modo a se evitar desvios e com o objetivo de efetivar os fins sociais.²⁵⁶ Emerson Gabardo e Ana Cláudia Finger apontam que a probidade – entendida como honestidade – e a lealdade – enquanto boa-fé e confiança – são os componentes fundamentais da moralidade.²⁵⁷

Juarez Freitas, por sua vez, define o princípio da probidade como a “proibição de atos inequivocamente desonestos ou desleais para com o Poder Público, praticados por agentes seus ou terceiros”. Segundo ele, a tipificação e os modos de persecução estão inseridos na lei nº 8.429/1992, os quais necessitam ser aplicados com cautela, para que os próprios limites não sejam extrapolados. Não obstante, para além de tentar evitar qualquer dano material, pretende-se evitar o rompimento com o princípio da moralidade.²⁵⁸

²⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 650.

²⁵¹ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 111.

²⁵² LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa... p. 83.

²⁵³ FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999. p.

38

²⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação... p. 7-10 e

29.

²⁵⁵ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... p. 110.

²⁵⁶ ORELLANA VARGAS, Patricio. Participación, transparencia y probidad. **Estado, Gobierno, Gestion Publica**, n. 5, p. 49-58, 2003-2004. p. 55.

²⁵⁷ GABARDO, Emerson; FINGER, Ana Cláudia. Ética na Administração Pública e o Código de Ética do Superior Tribunal Militar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 119-133, jan./mar. 2011. p. 130.

²⁵⁸ FREITAS, Juarez. Princípio da moralidade... p. 36.

O princípio da probidade administrativa está intrínseco ao texto constitucional, manifestando-se em diversos dispositivos, não somente no art. 37, como por exemplo o capítulo dos direitos políticos. Os direitos políticos, objetos de cuidado e tão preservados dentro do sistema democrático, são passíveis de suspensão diante da comprovação de improbidade administrativa, segundo previsão constitucional. De modo que romper com a probidade administrativa se apresenta como uma forma de rompimento com o próprio Estado democrático.

A moralidade administrativa é mais ampla, pelo viés doutrinário, que a probidade. De maneira objetiva, a moralidade está também vinculada aos princípios, finalidades e objetivos, constitucionais e infraconstitucionais, que balizam a Administração Pública.²⁵⁹ João Guilherme Giacomuzzi afirma que a moralidade possui duas facetas, de um lado o elemento objetivo, que seria a boa-fé objetiva e do outro o elemento subjetivo, traduzido pelo dever de probidade. Dessa forma, a boa-fé objetiva afasta a necessária análise acerca da vontade do sujeito.²⁶⁰ A boa-fé, enquanto qualidade da conduta humana, deve ser presumida, ao passo que seu inverso, a má-fé, deve ser comprovada.²⁶¹

A probidade administrativa expressa, por seu turno, o bem jurídico difuso e universal que representa os valores e normas fundamentais da Administração Pública, de modo que o combate à improbidade administrativa é uma defesa dos direitos fundamentais e direitos humanos que são diretamente atingidos pela conduta ímproba, segundo defendido por Fabio Medina Osório.²⁶² Porém não há definição legal expressa sobre o conceito, de modo que a legislação menciona o que se enquadra na sua antítese: a improbidade. Apesar de a própria lei de improbidade não estabelecer contornos definidos sobre as condutas ímprobas.

Assim, considerando que a probidade não é definida na legislação, mas sim a sua violação, Mauro Roberto Gomes de Mattos define improbidade como o ato “em que o agente público pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), por meio de uma conduta consciente e dolosa, visando à prática de ato lesivo ao erário, ou que demonstre uma imoralidade qualificada manifestada em grave desonestidade funcional”.²⁶³ Ainda que a lei não

²⁵⁹ LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, p. 87-107, jan. / mar. 2014.

²⁶⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 202.

²⁶¹ STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

²⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 306 e 311.

²⁶³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade administrativa limites à sua instauração**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 297.

forneça o conteúdo positivo, é a partir da ideia sobre o que não é probidade que se constrói a sua delimitação terminológica.

Em razão da gravidade que simboliza um ato de improbidade, quando da constituinte, no final dos anos 1980, houve a apresentação de proposta de enquadrar a conduta enquanto crime, com a finalidade de se aplicar sanções mais gravosas. Após debates sobre a caracterização destes atos, por meio de proposta apresentada pelo “centrão”, chegou-se à redação final, tal como está prevista na Constituição de 1988. Destarte, de modo que a improbidade administrativa não se caracteriza como crime, mas adquire uma personalidade de meio termo entre um ilícito penal e um ilícito civil,²⁶⁴ sem se proibir as demais persecuções nas quais o ato pode estar tipificado

Rogério Gesta Leal, em conceito ainda mais amplo sobre improbidade, afirma que também atos despreparados do governante devem ser considerados atos ímprobos,²⁶⁵ uma vez que a inabilidade do gestor deve ser tipificada como improbidade administrativa, reconhecendo que esse entendimento é minoritário na jurisprudência e na doutrina.²⁶⁶ Essa consideração é bastante controvertida, afinal, pode-se afirmar que, em um sistema democrático que prevê alternância sazonal de governo, as avaliações acerca da organização e efetividade ocorrem por meio do escrutínio popular e não por meio de uma análise do Judiciário. A utilização de uma medida judicial, no caso persecução por improbidade administrativa, com a finalidade sancionar o mau gestor, é medida desarrazoada e desvirtuada da origem do tipo legal. A seleção de quem permanece no poder deve ser realizada pelo eleitorado, por meio de escrutínios periódicos. Criar barreiras de formação técnica para a ascensão ao cargo político é tornar a política elitista, a ausência de preparação técnica é suprida pela possibilidade de assessores, esses devem ser técnicos.

Nesse cenário constitucional de valoração da moralidade e da probidade, a Lei de Improbidade Administrativa, lei nº 8.429/1992, promulgada pelo presidente Fernando Collor de Mello, curiosamente o primeiro presidente a sofrer *impeachment* no Brasil, estabelece na ementa a aplicação das sanções aos agentes públicos nos casos em que incorrerem em enriquecimento ilícito. A lei determina, ao longo de seus dispositivos, diversos termos abertos, passíveis de interpretações distintas conforme o caso concreto. A Lei de Improbidade

²⁶⁴ BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Brasília, Ano II, n. 203, 11.03.1988. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/203anc11mar1988.pdf#page=>>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

²⁶⁵ LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa...

²⁶⁶ JURUENA, Cynthia Gruendling; LEAL, Rogério Gesta. Interloquções necessárias entre moralidade... p. 284.

Administrativa traz exemplos de atos ímprobos, sem, contudo, delimitar qual a concepção jurídica de improbidade administrativa.²⁶⁷ Uma das possibilidades dessa conformação, apontada por Rogério Gesta Leal, pode ser a intenção de ampliar os poderes daqueles que podem investigar as condutas ímprobas,²⁶⁸ uma vez que um rol taxativo limitaria a ação de quem julga, bem como poderia estar desatualizada diante das transformações sociais.

Emerson Garcia afirma que a Lei de Improbidade Administrativa não traz a questão da violação da probidade, mas já estabelece os casos que serão considerados improbidade, de maneira que a referida violação estaria presumida diante do conteúdo legal.²⁶⁹ A partir das sanções relacionados ao cometimento de improbidade administrativa estabelecidas na Constituição, pode-se afirmar que somente se concretiza diante de grave abuso de direito ou de desvio de finalidade, sendo demonstrado, necessariamente, o elemento subjetivo por parte do agente público.²⁷⁰

Especificamente em relação à importância do princípio da moralidade na seara da improbidade administrativa, Mauro Roberto Gomes de Mattos destaca que antes mesmo de se verificar a legalidade ou ilegalidade do ato praticado, é necessário analisar a presença do elemento subjetivo, ou seja, má-fé ou dolo, “o elemento de culpabilidade, no interior do ato de improbidade administrativa, terá que demonstrar um ato devasso e imoral, aquele que visa um fim proibido no ordenamento jurídico de forma desonesta e imoral”.²⁷¹

A Lei de Improbidade Administrativa tem como bem jurídico a ser protegido a probidade, conforme abordado no item anterior.²⁷² Fernando Capez destaca que a improbidade administrativa é uma conduta extremamente gravosa, uma vez que o bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa é até mesmo de difícil dimensão, por ser universal.²⁷³

²⁶⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 290.

²⁶⁸ LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa... p. 84.

²⁶⁹ GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa...** p. 185.

²⁷⁰ CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ – o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa do art. 10. **Interesse Público**, Belo Horizonte, a. 16, n. 83, p. 27-38, jan. /fev. 2014. p. 33.

²⁷¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 211.

²⁷² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 323.

²⁷³ Nas palavras do autor: “Nesse prisma, é possível detectar a existência de bens jurídicos identicamente de grande importância para a preservação do corpo social em diplomas oficialmente não penais. É o que ocorre, por exemplo, com a Lei n. 8.429/92, pois a improbidade administrativa é tão nefasta para as finanças públicas a ponto de impedir que os recursos provenientes da arrecadação de tributos sejam destinados às áreas sociais mais carentes. Sob esse aspecto, um desvio de verba pública pode implicar um dano potencialmente maior até mesmo do que um homicídio, na medida em que, a curto e médio prazos, condena milhares de cidadãos inocentes a se submeter a condições subumanas decorrentes da ausência de um poder público minimamente eficaz, de onde resulta a magnitude do bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade Administrativa.” CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa...** p. 184.

Em razão desses conceitos abertos e do caráter moralizador, não apenas no sentido de moralidade administrativa, mas sim da moral social, pode-se considerar que a ação de improbidade administrativa, prevista no art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, seria destinada ao inimigo – aquele que não obedece nem à moralidade nem à probidade –²⁷⁴ transparecendo que o que se busca sancionar é a personalidade daquele que age dessa forma, pois é o modo de ser que configura a improbidade.²⁷⁵ Isso contribuiu para a “crença velada, porém bastante forte, de que todos os funcionários públicos são corruptos ou ladrões”.²⁷⁶ A concepção de corrupção, também na ordem jurídica, envolve necessariamente o agente público, de modo que modalidades que não se relacionam com esses sujeitos não são consideradas relevantes para efeitos da legislação.²⁷⁷

Dentro da conceituação de improbidade, para Fábio Medina Osório, a corrupção é uma espécie do gênero improbidade, e a improbidade uma espécie do gênero má gestão pública, ambas se relacionam com o conceito de ineficiência funcional e grave desonestidade,²⁷⁸ situações não previstas na lei. Para o autor, a corrupção é uma das desonestidades mais graves.²⁷⁹

Sobre o conceito de corrupção, segundo Fernando Gaspar Neisser, é importante entender os contornos da corrupção política, com o intuito de delimitar quais condutas estão inseridas dentro do seu arcabouço. Ainda, uma vez que a improbidade é a negação da probidade, compreensão que se refere ao sentido jurídico desse termo, considerando que a adjetivação “administrativa” remete à questão de exercício do poder político.²⁸⁰ Emerson Garcia afirma que

²⁷⁴ O termo tem sua origem na teoria do Direito Penal do Inimigo, teoria desenvolvida por Günther Jakobs. Segundo a teoria do penalista, os sujeitos da sociedade se dividem em cidadão (condutas pautadas na racionalidade) e os perigosos (inimigos). Para os inimigos, em razão da necessidade de combate e do fato de não mais cometer ilícitos pautados na racionalidade, deve-se deixar o sistema persecutório mais rígido, de modo que eventualmente alguma garantia possa ser violada. Usa-se analogicamente o termo para a esfera do direito público, principalmente para retratar como inimigo aquele que se relaciona com a administração pública, como se sempre houvesse o objetivo de obter vantagem. LOUREIRO, Caio de Souza. O direito administrativo do inimigo. **Migalhas**, 06 jun. 2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202207,31047-O+direito+administrativo+do+inimigo>>. Acesso em: 10 out. 2019.

²⁷⁵ SOBREIRA, Renan Guedes; VARGAS, Tuany Baron de. Improbidade administrativa e novos inimigos: o direito administrativo frente à 5ª medida contra a corrupção. In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (Coord.). **Eficiência e ética no direito administrativo**: Livro do II seminário eficiência e ética na administração pública. Curitiba: Íthala, 2017. p. 184.

²⁷⁶ HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa na modalidade culposa. **Interesse Público**. Belo Horizonte, Fórum, n. 58. a. 11, p.165-182, nov./dez. 2009. p. 165

²⁷⁷ FORTINI, Cristina; SHERMAM, Ariane. Corrupção... p.93-94.

²⁷⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa... p. 24 e 48.

²⁷⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa... p. 48.

²⁸⁰ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**... p. 35-36.

improbidade e corrupção se relacionam, de modo que essa é absorvida por aquela, sendo corrupção gênero da espécie improbidade administrativa.²⁸¹

Relacionando probidade e corrupção, Patricio Orellana Vargas afirma que uma possível definição para probidade seja a ausência ou níveis mínimos de corrupção.²⁸² Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior consideram a improbidade administrativa o nome técnico da corrupção administrativa, a qual se expressa de diferentes formas, por meio do desvirtuamento das finalidades da Administração Pública e afronta aos princípios da ordem jurídica.²⁸³

A relação entre moralidade e improbidade deve ser observada com cautela. A imoralidade não é necessariamente uma improbidade, a moralidade pode ser identificada como um dever de observância, mas a improbidade está relacionada com o elemento subjetivo, ou seja, a vontade do agente. Ainda, essa definição de improbidade como corrupção não é uníssona, principalmente considerando-se o caráter mais amplo da improbidade administrativa. Destaca-se que a corrupção pode estar contida em uma conduta de improbidade, porém nem toda improbidade representa corrupção. De fato, a corrupção é uma das formas pela qual a improbidade irá se concretizar, mas essa figura não se resume a condutas corruptas.

2.2 OS ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Improbidade não se confunde com contrariedade à lei. Nem toda ilegalidade é desonesta. Para configurar uma conduta como ímproba é necessário verificar a intenção do agente, a desonestidade do ato e a finalidade de se obter vantagem, caso contrário, a configuração de uma ação como improbidade administrativa resta comprometida.²⁸⁴ As condutas ímprobas podem ser classificadas em três modalidades: atos de agentes públicos que resultem em enriquecimento ilícito, atos de agentes públicos que causem dano ao erário e atos dos agentes públicos que violem os princípios da Administração Pública.²⁸⁵ Todas estas

²⁸¹ GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**... p. 51.

²⁸² ORELLANA VARGAS, Patricio. Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre. **Polis Revista Latinoamericana**, n. 8, p. 1-39, 2004. p. 2.

²⁸³ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. São Paulo: Atlas, 1996. p. 35.

²⁸⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/1992**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 373.

²⁸⁵ CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa**... p. 195.

previsões estão contidas nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

286

O artigo 9º da referida lei prevê a configuração como improbidade dos atos que importem em enriquecimento ilícito. Destaca-se que o enriquecimento ilícito decorre de um ato inválido, ilegal, diferenciando-se do enriquecimento sem causa.²⁸⁷ Complementarmente ao enunciado no *caput*, traz-se de maneira exemplificativa condutas que podem se enquadrar como enriquecimento ilícito dentre seus incisos.²⁸⁸ A concepção de enriquecimento trazida pela lei não se refere apenas a valores pecuniários, incluindo dentre as possibilidades qualquer aumento patrimonial do agente ou de terceiro que tenha se concretizado por meios escusos e em razão da função, atividade, mandato ou cargo público ocupado. A ilegalidade da conduta deve ser previamente conhecida pelos envolvidos; ainda, é necessária a demonstração da desproporção

²⁸⁶ Conforme destaca José Roberto Pimenta Oliveira, “a legislação tipificou os atos de improbidade a partir de uma divisão tricolor: atos de enriquecimento ilícito (art. 9º), atos de lesão ao erário público (art. 10) e atos atentatórios aos princípios ético-jurídicos, identificados no art. 11”. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A tipificação e sancionamento de ilícitos de agentes públicos e terceiros na Lei de Acesso à Informação Pública e na Lei de Improbidade Administrativa. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública** – RBEFP, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 69-116, maio/ago. 2014. p. 85.

²⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de improbidade administrativa direito material e processual**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017, p. 80.

²⁸⁸ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei; VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.

entre o patrimônio e os recursos aferidos, de modo a demonstrar que o patrimônio decorre de atividade ilícita contra a Administração Pública.²⁸⁹

Por sua vez, o art. 10 dispõe configurar improbidade administrativa lesão ao erário, decorrente de ação ou omissão, elencando nas disposições rol exemplificativo de situações.²⁹⁰ Nesse artigo é prevista a possibilidade da improbidade mediante a modalidade culposa. Em

²⁸⁹ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa...** p. 103-105.

²⁹⁰ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Inciso com redação dada pela Lei nº 13.019, de 31/7/2014, publicada no DOU de 1/8/2014, em vigor 540 dias após a publicação) IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Inciso acrescido pela Lei nº 11.107, de 6/4/2005) XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Inciso acrescido pela Lei nº 11.107, de 6/4/2005) XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Inciso acrescido pela Lei nº 13.019, de 31/7/2014, publicada no DOU de 1/8/2014, em vigor 540 dias após a publicação) XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Inciso acrescido pela Lei nº 13.019, de 31/7/2014, publicada no DOU de 1/8/2014, em vigor 540 dias após a publicação) XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Inciso acrescido pela Lei nº 13.019, de 31/7/2014, publicada no DOU de 1/8/2014, em vigor 540 dias após a publicação) XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Inciso acrescido pela Lei nº 13.019, de 31/7/2014, publicada no DOU de 1/8/2014, em vigor 540 dias após a publicação, com redação dada pela Lei nº 13.204, de 14/12/2015) XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Inciso acrescido pela Lei nº 13.019, de 31/7/2014, publicada no DOU de 1/8/2014, em vigor 540 dias após a publicação, com redação dada pela Lei nº 13.204, de 14/12/2015) XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Inciso acrescido pela Lei nº 13.019, de 31/7/2014, publicada no DOU de 1/8/2014, em vigor 540 dias após a publicação)

relação à culpa, para além da vontade do agente, considera-se a responsabilidade também em razão da imprudência ou negligência com o erário.²⁹¹ A possibilidade de culpa para configuração da conduta ímproba, ainda que prevista legalmente, é motivo para questionamentos, justamente por ser elemento definidor da improbidade a vontade do agente.

O elemento subjetivo é que realizará a distinção entre romper com o dever de honestidade e lealdade para com a Administração Pública, dos atos administrativos ilegais ou que decorram da inaptidão do agente.²⁹² O grande engodo se encontra na compatibilização da má-fé do agente e a alegação de incompetência por parte do agente.²⁹³ Emerson Garcia afirma que os artigos 9º e 11 não admitem o elemento culpa como elemento subjetivo em razão do grau de reprovabilidade das condutas, que apenas admitem a configuração das previsões legais quando demonstrada a vontade do agente. Ademais, o autor destaca que ao prever no art. 10 a possibilidade de responsabilização mediante comprovação de culpa, a redação legal deixa explícito que para as demais configurações é imprescindível a demonstração de dolo, caso contrário não traria previsão distinta.²⁹⁴ A partir das leituras mais amplas sobre a configuração da vontade do agente, advêm concepções mais abrangentes, de modo a ampliar as possibilidades de enquadramento de ações dos agentes como condutas ímprobas.

Acerca da flexibilidade do elemento subjetivo com a possibilidade de configuração do tipo legal em virtude de culpa, a jurisprudência pacificou entendimento que não se trata de qualquer culpa, mas sim da culpa grave, destacando que a escolha do legislador foi nesse sentido com a finalidade de conceder maior efetividade aos princípios da Administração Pública.²⁹⁵ Esse entendimento torna-se ainda mais sólido a partir da edição da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a qual estabelece que o sujeito somente será responsabilizado por condutas dolosas ou em razão do erro grosseiro. A lógica de culpa grave se enquadra nessa concepção de erro grosseiro.

A culpa grave, aquela inescusável, é decomposta então em pressupostos positivos e negativos. Aqueles são formado pela gravidade e gravidade excepcional, de modo a ultrapassar o que comumente ocorre, mesmo no âmbito das falhas, a consciência do perigo; e o caráter

²⁹¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa...** p. 264.

²⁹² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 331.

²⁹³ GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa...** p. 438.

²⁹⁴ GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa...** p. 435-436.

²⁹⁵ Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade 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 a 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. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, Dje 28 nov. 11.

voluntário do ato ou da omissão, que não pode ser fruto de simples inadvertência. Ao passo que os pressupostos negativos seriam a falta de intenção de provocar o dano (se há intenção o caso é de dolo e não de culpa grave) e a ausência de toda e qualquer causa justificadora.

A culpa é definida por Emerson Garcia como a prática voluntária de um ato sem desprender atenção ou cuidado com o intuito de se evitar um ilícito. É justamente essa ausência de previsibilidade acerca do resultado final que contraria a norma o elemento que distingue dolo e culpa.²⁹⁶ Waldo Fazzio Junior afirma que considerar improbidade administrativa na modalidade culposa decorre de uma ficção jurídica, uma vez que a conduta em sua origem é perpassada pela má-fé, elemento subjetivo que não coaduna com categoria culposa. O autor também fundamenta que só seria possível dispensar a configuração do elemento subjetivo se dentre as sanções estivesse prevista alguma especificidade para a condenação sem a demonstração de dolo.²⁹⁷

Ainda, o art. 10 prevê o cometimento de dano ao erário, sendo que esse deve ser originado de uma ilicitude,²⁹⁸ caso contrário não configura a previsão legal incriminadora. Mas, de todo modo, não basta a mera ilegalidade, o dano deve ser demonstrado, bem como o elemento subjetivo. Destaca-se que a lei menciona erário, ou seja, valores dos cofres públicos, diferente de patrimônio público, termo mais amplo que abarca também bens imateriais.²⁹⁹ Essa distinção é relevante pois eventuais danos ao patrimônio público, como meio ambiente, patrimônio artístico e cultural, bem como demais que não seja afeito aos cofres públicos, não se enquadram nesse dispositivo. Isso não significa que não possa incorrer em improbidade, mas no caso será mediante enquadramento nas demais previsões, enriquecimento ilícito ou violação a princípio da Administração Pública – afastando-se a figura do elemento subjetivo de culpa e exigindo-se o dolo.

Ainda que pacificada jurisprudencialmente, parte da doutrina, como Mauro Roberto Gomes de Mattos e Marcio Cammarosano, ressaltam a inconstitucionalidade da modalidade culposa na configuração da improbidade administrativa. Essa defesa decorre da impossível compatibilidade entre a configuração do elemento subjetivo, imprescindível à configuração de

²⁹⁶ GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**... p. 433.

²⁹⁷ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 496-498.

²⁹⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**... p. 439.

²⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de improbidade administrativa direito material**... p. 89.

improbidade administrativa, e configurado pela vontade de praticar a conduta prevista em lei, com a figura da culpa.³⁰⁰

Contrariando a possibilidade de culpa como elemento subjetivo apto a configurar improbidade administrativa, Mauro Roberto Gomes de Mattos se manifesta no sentido de que o ordenador de despesas, por apenas ter assinado um documento, no caso homologação de uma contratação, não incorre em improbidade administrativa, uma vez que falta a configuração do elemento subjetivo, pois o agente político confiou na instrução técnica do processo.³⁰¹ Todavia, a jurisprudência tem se manifestado no sentido de compreender o agente político – ordenador de despesas – como um garantidor, de modo a presumir que o agente deveria se atentar para qualquer irregularidade, ilegalidade ou desonestidade no processo, assim, o dano é presumido. Inclusive, aplica-se as sanções de improbidade administrativa às hipóteses nas quais a licitação deveria ter sido realizada e não foi, ainda que não haja demonstração de dano.³⁰²

Em 2016 foi incluído à LIA o artigo 10-A, o qual estabelece que “constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”. Nesse sentido, em caso de não observância à determinação sobre a alíquota mínima ou isenção do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, ainda que não implique em dano ao erário, será considerada improbidade administrativa. O objetivo do legislador foi evitar a guerra fiscal entre os municípios, os quais reduziam os valores do mencionado imposto com a finalidade de atrair contribuintes.³⁰³ Dessa forma, todos os municípios deverão observar a alíquota mínima de 2%, pairando o questionamento de que essa regra rompe com a autonomia dos municípios.³⁰⁴

A posição organizacional do artigo dentro das previsões da lei também repercutiu em questionamentos, uma vez que seria perfeitamente cabível referida previsão dentre os demais enunciados do art. 10; inobstante, a previsão legal não faz menção ao elemento subjetivo,

³⁰⁰ CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa... passim.

³⁰¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 446.

³⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo no Recurso especial nº 419.769/SC, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18 out. 2016, DJe 25 out. 2016.

³⁰³ SCHRAMM, Fernanda. Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar nº 157/2016 - Espécie de "Improbidade Legislativa" Restrita ao Imposto sobre Serviços (ISS). **Direito do Estado**, 24 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernanda-schramm/mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-pela-lei-complementar-n-1572016-especie-de-improbidade-legislativa-restrita-ao-imposto-sobre-servicos-iss>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³⁰⁴ GRUNPENMACHER, Betina. Lei complementar 157/2016 limita autonomia de municípios. **Consultor Jurídico**, 16 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-16/betina-gruppenmacher-lc-1572016-limita-autonomia-municipios>> Acesso em: 20 nov. 2019.

diferentemente do que acontece com o art. 10 da referida lei.³⁰⁵ A alteração legal inclusive trouxe sanção específica para a referida conduta, elencada no inciso IV do art. 12.³⁰⁶ Essa previsão na lei afasta a necessidade de comprovação de elemento subjetivo para a configuração da conduta como ímproba.

O art. 11, por seu turno, estabelece como improbidade administrativa atos ou omissões que atentem contra os princípios da Administração Pública e os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições.³⁰⁷ Todos os conceitos que qualificam a conduta são abertos, passíveis de análise profunda e de conceituação doutrinária aberta. Isso torna referido artigo a disposição mais aberta da lei. Justamente em razão do conceito indefinido, Mauro Roberto Gomes de Mattos destaca que a análise do cometimento do previsto no artigo 11 deve ser entendida a partir da conjugação com as demais hipóteses de improbidade administrativa, como o enriquecimento ilícito e o dano ao erário, invocando a devida razoabilidade quando do julgamento.³⁰⁸ Por outro lado, Emerson Garcia ressalta que o dispositivo é conhecido como “norma de reserva”, justamente por ser uma conduta que ainda que não tenha gerado dano ao erário ou enriquecimento ilícito, pode ser configurada diante da inobservância dos princípios da Administração Pública.³⁰⁹

A previsão legal não estabelece explicitamente o elemento subjetivo nos casos dos artigos 9º e 11, o que gerou discussão se seria apenas uma omissão da lei, uma vez que o artigo 10 prevê explicitamente que o ato ímprobo se concretiza com base no dolo ou na culpa. Waldo Fazzo Junior afirma que a possibilidade da modalidade culposa da improbidade, sem detalhar os limites, equipara negligência à má-fé, remetendo-se à previsão contida no artigo 10.³¹⁰ Por

³⁰⁵ SAIKALI, Lucas Bossoni. A lei complementar 157/2016 e suas consequências na esfera da improbidade administrativa. In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson. (Coord.) **Eficiência e ética no direito administrativo**. Curitiba: Íthala, 2017. p. 233.

³⁰⁶ IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido.

³⁰⁷ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço; VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Inciso acrescido pela Lei nº 13.019, de 31/7/2014, publicada no DOU de 1/8/2014, em vigor 540 dias após a publicação) IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação. (Inciso acrescido pela Lei nº 13.146, de 6/7/2015, publicada no DOU de 7/7/2015, em vigor 180 dias após sua publicação).

³⁰⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa...** p. 368.

³⁰⁹ GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa...** p. 423.

³¹⁰ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa...** p. 499.

sua vez, Fábio Medina Osório destaca que a necessidade de comprovação de dolo desempenha função garantista no papel de limitação do poder punitivo do Estado.³¹¹

Em que pese toda a discussão travada, apenas em 2006 a necessidade de demonstração do elemento subjetivo foi analisada pelo Poder Judiciário, determinando que nos casos de enriquecimento ilícito e violação aos princípios da Administração Pública deve-se demonstrar o dolo, expressando teoricamente que o entendimento de que em matéria de improbidade administrativa não se trata de responsabilidade objetiva.³¹² Contudo, com vistas a afastar qualquer argumentação que pudesse afirmar o esvaziamento da Lei de Improbidade Administrativa, em 2010, o Superior Tribunal de Justiça ampliou a concepção de dolo, podendo ser considerado o genérico, direto ou ainda eventual.³¹³ Não obstante a discussão jurisprudencial tenha se iniciado há anos, o assunto acerca do elemento subjetivo ainda é discutido na jurisprudência. Em julgado de 2016, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou acerca da necessidade de demonstração do elemento subjetivo para configuração do ato de improbidade administrativa, destacando que “a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé”.³¹⁴

Dessa forma, existia – e em certa medida ainda se mantém – a controversa sobre como comprovar o elemento subjetivo, uma vez que há inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de como se concretiza. Para Mauro Roberto Gomes de Mattos, a vontade de infringir a norma deve ser demonstrada para a configuração da conduta do sujeito, logo, imprescindível um ato consciente.³¹⁵ Esse conhecimento não se refere apenas a um saber normativo, mas sim de entender a circunstância concreta e assimilar que realizar a conduta, ou permanecer omissos, incorre na configuração de uma improbidade administrativa.³¹⁶

Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo afirma que para se concretizar a improbidade administrativa é necessário que haja um ato antijurídico, o qual se ocorre mediante enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios da Administração Pública; que esse ato seja cometido com dolo ou culpa, a depender de como a lei prevê; bem como, haja nexo de causalidade entre o ato e o tipo a ser investigado. E por fim, que seja determinada a

³¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 382.

³¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 626.034, Segunda Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 28 mar. 2006.

³¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 765.212, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 02 mar. 2010, DJe 23 jun. 2010.

³¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1508169/PR, Segunda Turma, rel. Min. Herman Benjamin, data de julgamento 12 dez. 2016, DJe 19 dez. 2016.

³¹⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 314.

³¹⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política...** p. 245.

autoria da conduta.³¹⁷ Logo, a conformação do tipo legal necessita de tipicidade e antijuridicidade, como elementos aptos a demonstrar a materialidade da conduta.

A comprovação do elemento subjetivo não ocorre somente por meio da ilegalidade, mas sim pela demonstração de má-fé do agente. Segundo o Ministro Luiz Fux “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 coadjuvado pela má-intenção do administrador”.³¹⁸ A própria lei não admite a mera ilegalidade como suficiente para a configuração da conduta ímproba, de modo que o elemento subjetivo, dolo e má-fé, devem estar demonstrados.³¹⁹ Na modalidade culposa, o requisito é a culpa grave, expressa por meio do erro grosseiro, de modo que a “gravidade da intolerável ineficiência funcional é outra espécie de patologia, mas igualmente implicada na improbidade.”³²⁰ Thiago Marrara, ao considerar o rol incerto de atos que podem configurar improbidade administrativa, destaca que deve ser analisado o caráter volitivo da conduta.³²¹

O dolo, segundo Mauro Roberto Gomes de Mattos, pode ser direto, quando o resultado corresponde à intenção, ou indireto, quando há mais de uma direção na intenção do agente. O indireto se divide, ainda, em eventual e alternativo. Por dolo eventual entende-se que, mesmo ciente da possibilidade de infração a lei, ainda que não seja a intenção, o agente assume o risco. Sabia-se de antemão que o resultado era uma possibilidade, ainda que a finalidade fosse outra. De certa forma, guardando muita proximidade com a culpa consciente.³²² O dolo eventual tem sido aceito como elemento subjetivo apto a realizar o tipo legal, o que destaca a preocupação em relação à possibilidade de flexibilização da configuração do elemento subjetivo nas condenações, assunto que será abordado em tópico específico.

De todo modo, Fernando Gaspar Neisser não insere o dolo como elemento subjetivo, definindo-o como “a prática voluntária de uma conduta que preenche todos os requisitos do tipo, com o pleno conhecimento de que o faz”. O autor destaca que essa leitura que insere o dolo dentro do elemento subjetivo possibilita o entendimento jurisprudencial acerca do dolo

³¹⁷ POZZO, Antonio Aroldo Ferraz Dal. Reflexões sobre a defesa antecipada na lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.) **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94.

³¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Luiz Fux, REsp 939118 SP 2007/0071082-0, Primeira Turma, DJe 01/03/2011.

³¹⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 312.

³²⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa... p. 46.

³²¹ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... p. 111.

³²² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 315-322.

genérico e fomenta inclusive a construção da figura do dano *in re ipsa*.³²³ Assim, para o autor, o dolo da improbidade administrativa configura-se como má-fé ou desonestidade no agir, destacando que apesar destas confusões terminológicas, decorrentes da própria lei, doutrina e legislação concordam que é indispensável a demonstração do estado mental do agente.³²⁴ Contrariando a afirmação anterior, Fábio Osório Medina entende que o dolo a ser aplicado na área do Direito administrativo sancionador é mais abrangente, para ele, a concepção mais ampla, já aplicada no direito penal, é a mais adequada, uma vez que “se o agente descumpre abertamente normas legais, pouco importa o interesse perseguido, pode haver uma infração dolosa”.³²⁵

Devido ao rol das improbidades ser exemplificativo, embora haja previsão legal, o próprio tipo administrativo é aberto, possibilitando o encaixe de outras ações dentro das condutas elencadas, o que gera muita controvérsia sobre quais seriam os atos de improbidade e quais seriam apenas atos de inabilidade do gestor. Não obstante, há quem defenda na doutrina que inclusive o agente político inábil deve ser punido, conforme já mencionado. Porém, essa concepção deve ser rechaçada, uma vez que improbidade administrativa não é um modo de penalidade àquele que não possui as habilidades para estar em um cargo político.

Os fatos que se caracterizam como ímprobos estão passíveis de sanções em outras esferas. A própria Constituição faz essa permissão. Nesse sentido, existem diversos instrumentos legais que visam perseguir e punir os atos corruptos, podendo mencionar, além das sanções penais, as que decorrem da Lei de Improbidade Administrativa e também a Lei Anticorrupção – lei nº 12.846/2013 – e demais processos administrativos. Ademais, uma conduta considerada ímproba pode ser penalizada na esfera cível, penal e pelo Tribunal de Contas. Ocorre que de fato o sujeito pode estar submetido a diferentes formas de investigação acerca de um mesmo ato, de modo que as condenações não se comunicam, à exceção do ressarcimento ao erário, justamente por se entender o caráter ressarcitório e não sancionatório dessa medida.

O texto constitucional não prevê expressamente a proibição de *bis in idem*, contudo, após o Brasil ser signatário do Pacto de São José de Costa Rica, que prevê expressamente que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fato”, bem como do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos que garante que “ninguém poderá ser processado ou punido por delito pelo qual já foi absolvido

³²³ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política...** p. 240.

³²⁴ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política...** p. 273.

³²⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador...** p. 379-390.

ou condenado por sentença passa em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”, esse direito foi incorporado ao ordenamento pátrio. Todavia, questiona-se a independência das instâncias, de modo que não haveria afronta ao *bis in idem* tramitar conjuntamente uma ação penal e uma de improbidade administrativa pelo mesmo motivo. De todo modo, Felipe Klein Gussoli defende que em observância à convencionalidade, a partir da redação do Pacto de São José da Costa Rica, apresenta-se subsídio para se refutar o acúmulo de demandas em diferentes instâncias acerca do mesmo fato. Alternativamente, o autor apresenta a obrigatoriedade de vinculação entre os resultados, caso ainda se mantenha a possibilidade de persecução em diferentes áreas.³²⁶ Nesse sentido, ainda sem solução determinada, pairam questionamento acerca da ocorrência de *bis in idem* nas apurações das condutas ímprobas, uma vez que estão sujeitas ao controle do Poder Judiciário – cível e penal – e dos órgãos de controle, como os Tribunais de Contas.

É o Ministério Público quem ocupa, majoritariamente, o polo ativo nas ações judiciais de improbidade administrativa, uma vez que a maioria dos casos é apurada por meio de ação civil pública. Comparando os anos de 2013 e de 2019 verifica-se o dobro do número de condenações.³²⁷ Cabe ao cidadão, identificando uma conduta ímproba apresentar denúncia junto ao Ministério Público. A legislação não prevê a possibilidade de ajuizamento de demanda pelo indivíduo, diferentemente do que fez em relação às questões de afronta à moralidade, prevendo o ajuizamento da Ação Popular. A atuação do Ministério Público deve ser no sentido de defesa dos direitos da coletividade, considerando que a improbidade simboliza o rompimento com o Estado Democrático de Direito.

Os tipos sancionadores previstos na Lei de Improbidade Administrativa são abertos, bem como a própria legislação permite que sejam perquiridas ações culposas e dolosas, sem desconsiderar que seu regime jurídico transita entre o cível – por se tratar de ação ordinária – e criminal – em razão da natureza das penalidades. Essa característica revela a preferência pela eficiência punitiva e não pela segurança jurídica.³²⁸

³²⁶ GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Direito Administrativo brasileiro**. 329 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná, Curitiba, 2018. p. 302.

³²⁷ Em consulta aos dados do Conselho Nacional de Justiça obteve-se o resultado de que em 2013 foram condenados por ação de improbidade administrativa em 2013: 690 casos pela Justiça Federal e 1.305 pelos Tribunais de Justiça. Analisando dados de 2019, os números são mais elevados, 1022 casos de condenação proferidas pela Justiça Federal e 3.354 casos pelos tribunais dos estados. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/relatorioQuantitativoCondenacoes.php > Acesso em: 30 out. 2019.

³²⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa... p. 29-30.

As sanções a serem aplicadas dependem do ato de improbidade cometido, conforme expressa a Lei de Improbidade Administrativa. Caso o ato acarrete enriquecimento ilícito, o sujeito estará sujeito a: perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao seu patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil (podendo alcançar o valor de até três vezes o valor enriquecido ilicitamente), proibição de contratar com o poder público. No caso prejuízo ao erário, as sanções são ressarcimento ao erário, perda dos bens acrescidos em decorrência de ato ilícito, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o poder público. Por sua vez, quando há violação de princípio da Administração Pública, as sanções que podem ser aplicadas ao agente são: ressarcimento integral ao erário em caso de dano, perda da função pública, suspensão dos direitos político, multa civil em até cem vezes o valor da remuneração do agente e proibição de contratar com o poder público. Destaca-se que a proibição de contratação com o poder público estende-se à empresa na qual o ímprobo faz parte da composição como sócio.

Nesse sentido, o ressarcimento ao erário é colocado na redação da Lei de Improbidade Administrativa como uma possível sanção. Porém, cabe reflexão acerca dessa afirmação, não sendo uma compreensão direta. Ressarcir é reintegrar, a partir do momento em que se entende que essa recomposição é uma sanção, ela deixa de ser ressarcimento. Esse dano a ser ressarcido deve ser certo e líquido, bem como decorrente das funções do agente que o cometeu.³²⁹ No julgamento do Agravo de Instrumento no Recurso Especial nº 1570402 / SE, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que o ressarcimento ao erário não é sanção, sendo consequência em razão do prejuízo causado.³³⁰ Esse entendimento jurisprudencial se alinha à própria ideia de ressarcimento.

³²⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 426.

³³⁰ ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE DEMONSTRA A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 7/STJ. DANO AO ERÁRIO. NÃO CONSTITUIÇÃO DE PENA. CONSEQUENCIA NECESSÁRIA DO PREJUÍZO CAUSADO. 1. O entendimento do STJ é que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 2. Na hipótese dos autos, o Tribunal a quo expressamente afirmou (e-STJ fl. 319) a atuação dolosa do agravante. Rever tal premissa, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3. O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. A propósito: REsp 1.302.405/RR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/05/2017. 4. Agravo interno não provido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Interno no Recurso Especial nº 1570402 / SE, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Brasília, julg. 03 abr. 2018, DJe 23 abr. 2018

Thiago Marrara aponta que a alteração ocorrida na lei em 2009, por meio da lei nº 12.120, possibilitou ao julgador realizar a dosimetria das sanções,³³¹ uma vez que a redação original da lei deixava dúvida o entendimento acerca da possibilidade de aplica-las isoladamente. A relevância acerca da possibilidade de razoabilidade na aplicação das sanções reflete a proporcionalidade exigida quando da análise do caso concreto. Pode-se afirmar que essa ponderação decorre da própria lei que prevê sanções distintas e com gradação.

Considerando que a definição do conteúdo material é o que possibilita o controle jurisdicional do caso concreto, Fernando Capez sintetiza o conteúdo do ato de improbidade da seguinte forma “Inadequação social da conduta + ofensividade da lesão + significância da lesão + alteridade + proporcionalidade + necessidade e idoneidade + ofensividade + quebra do princípio da confiança = conduta materialmente ímproba criadora de risco proibido.”³³² Esses são os elementos a serem considerados quando do julgamento da situação.

Já no art. 2º a Lei de Improbidade Administrativa é delimitado quem são os que estão sujeitos à lei: agentes públicos. Esses podem ser eleitos, nomeados, designados, contratados ou qualquer outra forma de investidura, uma vez que o vínculo pode ocorrer mediante mandato, cargo, emprego ou função da Administração Pública, direta ou indireta. De todo modo, o art. 3º ressalta que as sanções também são aplicáveis àquele que colaborar para a conduta, mesmo que seja um terceiro não vinculado à Administração Pública. Nesse sentido, qualquer demanda judicial necessariamente terá em seu polo passivo um agente público, de modo que é impossível se imputar o cometimento de improbidade administrativa apenas ao particular.³³³

Apesar de geralmente os chefes do Poder Executivo, principalmente municipais, ocuparem o polo passivo das demandas, a Lei de Improbidade Administrativa determina que podem compor o polo passivo todos que exerçam função nas entidades elencadas no art. 1º, quais sejam, “administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”. Desta forma, esses sujeitos são os atores do ato de improbidade, ao passo que estarão no polo passivo de uma eventual demanda judicial.

Marino Pazzaglini Filho destaca que, conforme redação da lei, havendo dinheiro público envolvido, ainda que na instituição se exerça uma atividade privada, a Lei de

³³¹ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... p. 113.

³³² CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa**... p. 320.

³³³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade**... p. 298.

Improbidade Administrativa terá incidência.³³⁴ Desta forma, a legislação prevê que até mesmo o terceiro, não ocupante de cargo ou função pública, mas que induza ou concorra para a conduta ou ainda se beneficie dela, estará sujeito às sanções legais, naquelas medidas que couber, ou seja, a penalidade de perda do cargo não é aplicável a ele.

Dentre os agentes públicos enquadram-se agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o poder público. Por agentes políticos entendem-se os cargos estruturais da organização política,³³⁵ tratam-se dos chefes do Poder Executivo e seus auxiliares imediatos, como Secretário e Ministros, bem como magistrados, uma vez que a característica é a capacidade de poder decisório autônomo.³³⁶ Acerca especificamente dos agentes políticos, com prerrogativa de foro privilegiado, pairaram dúvidas acerca da aplicabilidade da lei nº 8.429/1992, porém o Supremo Tribunal de Federal já se manifestou no sentido de pacificar o assunto e determinou pela aplicabilidade.³³⁷ Em relação aos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e o chefe da Advocacia-Geral da União, Marino Pazzaglini Filho enquadra-os como agentes autônomos, pois são “regidos por legislação própria, exercem funções superiores e essenciais, mas não participam diretamente de decisões políticas.”³³⁸ Por sua vez, os servidores públicos são aqueles que possuem vínculo estatutário ou empregatício com a Administração Pública direta ou indireta, prestando serviço mediante remuneração paga pelo erário.

Para além da redação da Lei de Improbidade Administrativa, ao longo dos anos, a previsão sobre o cometimento de improbidade foi sendo incluída a outros textos legais. Assim, é possível apontar art. 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal, lei complementar nº 101/2000,³³⁹ e artigo 29, §2º do Estatuto das Empresas Estatais, lei nº 13.303/2016.³⁴⁰ Ademais, o Estatuto da Cidade também prevê determinadas condutas nas quais o prefeito poderá incorrer em

³³⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018, p. 8.

³³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 251-252.

³³⁶ AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa...** p. 54.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em Ação Cautelar nº 3585, Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 02 jun. 2006, Dje 07. Out. 2014.

³³⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada...** p. 11.

³³⁹ Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente

³⁴⁰ § 2º A contratação direta com base no inciso XV do caput não dispensará a responsabilização de quem, por ação ou omissão, tenha dado causa ao motivo ali descrito, inclusive no tocante ao disposto na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

improbidade administrativa; porém, não são estabelecidas as sanções, de modo que o Estatuto deve ser entendido em conjunto com a lei nº 8.429/1992.³⁴¹

O controle patrimonial do agente público é uma forma de investigação de possíveis condutas desvinculadas da probidade, por meio comparação entre os rendimentos mensais e patrimônio do agente, para averiguar se houve enriquecimento ilícito. O artigo 13 da Lei de Improbidade Administrativa prevê que anualmente será fornecida pelos servidores públicos a declaração patrimonial, estabelecendo a multa de demissão àquele que se recusar a entregar a documentação ou falsificá-la.

Sob o fundamento de proteção do patrimônio público e como forma de combate à dilapidação dos bens dos investigados, há possibilidade de concessão de medidas liminares. As medidas acautelatórias, arguidas quando do ajuizamento das demandas de improbidade administrativa, são formas de precaução ao suposto dano. As medidas se expressam de três formas diferentes: indisponibilidade patrimonial (art. 7º), sequestro de bens (art. 16) e o afastamento do agente público do cargo.

De todo modo, para que haja decretação de indisponibilidade, conforme entendimento jurisprudencial, não é necessário que o autor da ação demonstre que o requerido está dilapidando o próprio patrimônio. Porém, não é todo o valor requerido na inicial que é apto a ensejar o bloqueio dos bens. Sobre o assunto o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que em relação ao valor indisponível não cabe a inclusão do pedido de dano moral coletivo.³⁴²

³⁴¹ O art. 52 afirma que o prefeito incorre em improbidade administrativa no caso de não observância às condutas ali elencadas, de todo modo, o art. 51 afirma que os efeitos da lei se aplicam ao governador do Distrito Federal também.

³⁴² O Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão acerca da indisponibilidade de bens para salvar eventual condenação em dano moral coletivo, oportunidade que se posicionou contrária a possibilidade, ratificando a decisão que cabe apenas para a alegação de dano, estando presente os elementos essenciais de *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, conforme julgado do Recurso Especial: “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. INDISPONIBILIDADE DE BENS A FIM DE ASSEGURAR O RESSARCIMENTO DO DANO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CONSTRIÇÃO LIMITADA AO VALOR SUFICIENTE PARA RECOMPOR O ERÁRIO. “QUANTUM” A SER DETERMINADO PELO JUIZ. PEDIDO DE BLOQUEIO PARA GARANTIR O PAGAMENTO DE CONDENAÇÃO EM MULTA CIVIL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COLETIVOS. INAPLICABILIDADE DO JULGADO NO RESP N. 1.366.721/BA. TUTELA DE URGÊNCIA. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO “FUMUS BONI IURIS” E DO “PERICULUM IN MORA”. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - Havendo solidariedade entre os corréus da ação até a instrução final do processo, o valor a ser indisponibilizado para assegurar o ressarcimento ao erário deve ser garantido por qualquer um deles, limitando-se a medida constritiva ao “quantum” determinado pelo juiz, sendo defeso que o bloqueio corresponda ao débito total em relação a cada um. Precedentes. III - A ausência de insurgência, no momento oportuno, quanto à indisponibilidade de bens a fim de garantir o pagamento da sanção de multa civil impede à parte recorrente suscitá-la por meio de recurso especial, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa. IV - Não se aplica o entendimento firmado

A construção desse entendimento acerca da indisponibilidade de bens, sendo dispensável a comprovação de *periculum in mora* e verossimilhança, elementos característicos e imprescindíveis para a concessão de medidas acautelatórias, demonstra o caráter persecutório e flexibilizador atribuído às ações de improbidade em relação às garantias fundamentais, como a presunção de inocência e o devido processo legal.³⁴³ Enquanto nas demais demandas judiciais é necessário, previamente à decretação do bloqueio de bens, que se demonstre que o sujeito está dilapidando o patrimônio, com a intenção de não arcar com os custos de uma possível condenação. Nas ações de improbidade, impera-se a exceção a essa regra.

Assim, em relação especificamente à previsão da indisponibilidade de bens trata-se de uma medida conservativa; segundo a doutrina, é medida cabível somente nos casos que se vislumbra dano ao erário.³⁴⁴ De toda sorte, parece desarrazoada a decretação de indisponibilidade sem demonstração de dilapidação de patrimônio e sem a oitiva prévia do acusado, uma vez que antes da recepção da inicial há a possibilidade de manifestação do acusado por meio da defesa preliminar. A análise do pedido de bloqueio deveria ser realizada quando da decisão prévia, momento em que o juiz decide se a ação judicial se encerrará ou seguirá a instrução.

Em que pese muito se discutir acerca das mudanças de entendimento sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, principalmente em relação ao conflito entre preservação do bem público e garantias individuais, essas questões tangenciam o modo como a sanção relacionada à lei nº 8.429/1992 se encontra dentro do Direito sancionatório. Fábio Medina Osório defende que a natureza das sanções da improbidade é de Direito administrativo sancionatório, não se confundindo com o Direito cível ou o Direito penal, uma vez que a própria Constituição previu a possibilidade de persecução penal concomitante, nem tampouco se trata de uma sanção indenizatória – típica da esfera civil.³⁴⁵

Assim, a depender da seara jurídica na qual se definirá a persecução da improbidade refletirá em como seus conceitos serão entendidos. Fernando Gaspar Neisser destaca que a

no REsp 1.366.721/BA para a indisponibilidade de bens a fim de assegurar o pagamento de indenização por danos morais coletivos, sendo necessário o preenchimento dos requisitos da tutela de urgência para a sua concessão. V - Recurso Especial parcialmente conhecido e improvido”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1728661/MS, Primeira Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, Brasília, Dje 11 dez. 2018.

³⁴³ GUSSOLI, Felipe Klein. Presunção do *periculum in mora* na decretação de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: para o início de uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, a. 15, n. 176, p. 54-62, out. 2015. p. 60.

³⁴⁴ GUSSOLI, Felipe Klein. Presunção do *periculum in mora* na decretação de indisponibilidade de bens... p. 55.

³⁴⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Corrupción y mala gestión de la “res publica”: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño. **Revista de Administración Pública**, v. 149, p. 487-522, 1999.

tentativa de configuração da improbidade como dentro do espectro do Direito administrativo sancionatório resulta na flexibilização das garantias fundamentais, o que não poderia ser admitido, uma vez que uma das sanções possíveis é uma das mais graves ao sistema democrático: suspensão dos direitos políticos.³⁴⁶ Contudo, nesse ponto o argumento do autor encontra uma lacuna, uma vez que foi justamente na seara do Direito penal que institutos punitivos flexibilizadores do elemento subjetivo foram utilizados com a finalidade de condenação dos investigados.³⁴⁷

A discordância de Fernando Gaspar Neisser, para não inserir a disciplina de improbidade administrativa no Direito administrativo sancionador, se fundamenta em três pontos. Primeiramente, em relação ao órgão que investiga os atos. Para o autor, para se tratar de Direito administrativo sancionatório seria necessário que a ação tramitasse na esfera administrativa, e a redação legal já deixa explícita a necessidade de tramitação na esfera judicial. Em segundo lugar, a sanção administrativa pressupõe que a penalidade seja aplicada pela própria Administração Pública, o que não ocorre em questão de improbidade. E o terceiro motivo seria a tutela de bens jurídicos penais tutelados pela ação de improbidade.³⁴⁸ De outra sorte, quando da manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a natureza da ação de improbidade, a Corte afirmou se tratar de natureza cível.³⁴⁹

Em razão das semelhanças entre sancionar improbidade e um crime, principalmente em razão da intenção de se punir àquele que agiu em desconformidade com o Direito, bem como a necessária observância às garantias individuais, seria adequada uma aproximação com o Direito Penal. De todo modo, Fernando Gaspar Neisser também refuta a origem no Direito Civil, uma vez que o *ius puniendi* do Estado é composto pelo Direito Penal, Direito Administrativo sancionador e Direito disciplinar.³⁵⁰ Para Fernando Capez, apesar da natureza de interesse público do bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade Administrativa, trata-se de um diploma extrapenal, com isso, o autor afirma que esses diplomas de natureza extrapenal são os mais suscetíveis da configuração antidemocrática, justamente por extrapolarem os limites punitivos do Estado.³⁵¹

³⁴⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política...** p. 119.

³⁴⁷ “Ante o espírito punitivista que se alastra nos últimos anos e décadas, banalizando-se direitos e garantias fundamentais mesmo em processos criminais típicos, o mais provável – se não o óbvio – é que a segunda velocidade invadissem, paulatinamente, espaços restritos a primeira, o que não se pode admitir sob nenhuma hipótese.” NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política...** p. 187.

³⁴⁸ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política...** p. 116-119.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.792-2 e nº 2.860, Tribunal Pleno, relator Sepúlveda Pertence, julgamento em 15.09.2005.

³⁵⁰ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política...** p. 230-231.

³⁵¹ CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa...** p. 184-185.

Relacionar improbidade diretamente ao Direito penal é transportar uma figura própria do Direito administrativo, colocando-a em uma área estranha a seus conceitos, de modo a desconfigurar o conceito trazido na Constituição. Em que pese o ordenamento jurídico ser único, a acepção dos termos e dos modos de investigação diferem de acordo com a área em que se está aplicando. Assim, deve-se priorizar a maior observância às garantias constitucionais, uma vez essas não são específicas apenas do Direito penal.

Nesse sentido, conforme fundamentam Luiz Alberto Blanchet e Emerson Gabardo, a aplicação dos princípios do Direito penal – garantias – não se restringe à área específica, afinal, quando a Constituição estabelece os critérios inerentes à condenação, o dispositivo não estabelece qualquer restrição de que referida norma se aplicaria exclusivamente a um ramo do Direito. Os autores afirmam que para além dos princípios do devido processo legal, deve ser aplicado ao Direito sancionador o princípio da tipicidade – formal e material.³⁵²

Ademais, Mauro Roberto Gomes de Mattos destaca que o Direito Administrativo sancionador incorporou os princípios constitucionais, inclusive as garantias penais, o que afasta o outrora caráter autoritário.³⁵³ Em observância aos princípios formadores do Estado democrático de Direito, Fábio Medina Osório defende que a construção da culpabilidade é matéria constitucional e limita o poder punitivo do Estado, rechaçando e evitando o exercício autoritário dessa faculdade, de modo que estabelece garantias individuais calcadas em direitos fundamentais da pessoa humana.³⁵⁴ Assim, a improbidade se enquadra dentro do espectro do Direito administrativo sancionador, uma vez que, de acordo com a própria Constituição, a improbidade é autônoma da responsabilidade penal.

A responsabilidade do agente público, para Waldo Fazzio Junior, nos casos de improbidade administrativa não é apenas civil, incluindo o caráter político-administrativo, o que ele intitula de ilícito civil de responsabilidade, deste modo, as sanções também são híbridas.³⁵⁵ Para Fernando Gaspar Neisser a forma como a jurisprudência construiu o entendimento acerca do elemento subjetivo nos julgamentos das ações de improbidade administrativa desloca o agente público para uma situação de garante absoluto, retirando o caráter volitivo em detrimento da primazia pelo elemento cognitivo.³⁵⁶ A responsabilização

³⁵² BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012. p. 134.

³⁵³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 226.

³⁵⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**... p. 368.

³⁵⁵ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**.... p. 487.

³⁵⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**... p. 87.

objetiva do agente não coaduna com o ordenamento jurídico. A improbidade é a ilegalidade qualificada, de modo que a intenção do agente é fundamental para a configuração do tipo legal. A responsabilidade objetiva velada – uma vez que ocorre mediante a utilização de institutos que flexibilizam a necessária demonstração da vontade – impõe ônus exacerbado ao agente político, como se ele fosse diretamente responsável por todos os acontecimentos, desconsiderando as estruturas da Administração Pública e a descentralização das decisões.

Para além das instabilidades acerca do elemento subjetivo, outra discussão foi qual seria o lapso temporal adequado para que os legitimados buscassem a condenação dos agentes em ação de ressarcimento ao erário, decorrente de ato de improbidade administrativa. O art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa prevê os prazos prescricionais para aplicação das sanções,³⁵⁷ porém, considera-se que o ressarcimento ao erário é uma medida compensatória, por isso não estaria incluso no referido dispositivo. Acerca da prescrição, a doutrina se dividia: parte entendia que a redação constitucional deixou implícito a imprescritibilidade, como é o posicionamento de Juarez Freitas.³⁵⁸ De outro lado, destaca-se Emerson Gabardo como defensor da prescritibilidade. O referido autor, em conjunto com Lucas Bossoni Saikali, defende a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, em observância ao princípio da segurança jurídica.³⁵⁹ No mesmo sentido, Romeu Felipe Bacellar e Daniel Wunder Hachem também têm posicionamento no sentido da prescrição, destacando a necessidade de análise sistemática dos direitos fundamentais, principalmente segurança jurídica e ampla defesa.³⁶⁰ Afinal, a possibilidade de perseguição por tempo indefinido limita a própria defesa, uma vez que o agente público pode nem mais estar desempenhando as funções e os documentos comprobatórios podem estar indisponíveis.

Em 2018 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP,³⁶¹ decidiu acerca do prazo de prescrição das ações que visam o ressarcimento ao

³⁵⁷ Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

³⁵⁸ FREITAS, Juarez. Princípio da moralidade... passim.

³⁵⁹ GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 50, p. 514-543, 2018. p. 516-520.

³⁶⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei da Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=66526>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

³⁶¹ Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 897 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso para afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e determinar o retorno dos autos ao tribunal

erário em decorrência do cometimento de atos de improbidade administrativa. Já havia sido consolidado o entendimento da Corte Superior no sentido de que são prescritíveis as ações que sancionam improbidade administrativa, uma vez que a imprescritibilidade geraria insegurança. Contudo, a decisão de 2018 estabeleceu uma exceção, as ações com a intenção de perquirir e restituir o dano ao erário são imprescritíveis. Assim, ajuíza-se demanda específica para se conseguir a declaração de dano ao erário e esse será o único efeito a se conseguir para aquelas demandas judiciais ajuizadas cinco anos após o agente ter encerrado o exercício do cargo ocupado à época dos fatos, ou conforme os prazos prescricionais dispostos no art. 23. A ação de improbidade continua sendo prescritível, mas o ressarcimento ao erário é imprescritível.

Destacando-se que deve ser demonstrada a conduta dolosa de improbidade administrativa de quem tenha cometido dano ao erário. Ou seja, prescrevem apenas as situações nas quais haja conduta culposa de improbidade administrativa. De forma crítica à decisão proferida pela Corte Superior, Emerson Gabardo fundamenta que ao decidir no sentido de imprescritibilidade, o Supremo Tribunal Federal não se utiliza de fundamentação no Direito e demonstra que a decisão é de cunho moral, inovando na ordem jurídica. Tendente a atender aos apelos das ruas que de fato zelar pela Constituição.³⁶²

Pairam inúmeras controvérsias acerca da configuração de um ato de improbidade administrativa, de modo que se discute a conformação do elemento subjetivo e inclusive quais atos são considerados ímprobos. A única unanimidade é que o agente público é o realizador da conduta. Considerando o fenômeno de criminalização da política e politização do Poder Judiciário, conforme anteriormente mencionado, é de conhecimento comum que dificilmente alguém que exerça um cargo político, principalmente de gestão, não terá contra si alguma demanda de improbidade administrativa.³⁶³ Por consequência, em nome dessa perseguição, com vistas a conseguir enquadrar o agente político na conduta ímproba, o elemento subjetivo é

recorrido para que, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. Vencidos os Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Edson Fachin, os Ministros Luiz Fux e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 8.8.2018. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 851475/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 08 ago. 2018.

³⁶² GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. Crítica à decisão do STF sobre a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário por atos dolosos de improbidade administrativa. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 19, n. 223, p. 55-74, set. 2019.

³⁶³ COELHO, Gabriela. Pesquisa mostra que sanções por improbidade são muito amplas e geram insegurança. **Consultor Jurídico**, 20 mai. 2019. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas> > Acesso em: 30 set. 2019.

flexibilizado. Assim, é imputada responsabilidade sem que haja provas do cometimento ou da participação direta do requerido. Essa concepção coloca o agente político na função de um garantidor universal.³⁶⁴

2.3 EM BUSCA DA PUNIÇÃO: INSTITUTOS PUNITIVOS APLICÁVEIS NO COMBATE À IMPROBIDADE

Por vezes as garantias individuais dos acusados são desprezadas, justamente em razão da tentativa ferrenha de combate à improbidade e em virtude de a redação legal conter vários termos com conceitos abertos. Decorrente da noção comum de que os agentes públicos sempre agem com intenção de obtenção de proveito pessoal e ignorando o dever de conduta proba, a inocência deixa de ser presumida, vigendo “no imaginário de alguns operadores do direito a ideia de que não haveria servidores públicos interessados no atendimento das necessidades da coletividade, mas sim uma verdadeira quadrilha.”³⁶⁵

Ademais, a incerteza e constante discussão acerca do caráter punitivo das sanções (penal, civil ou administrativo sancionador) provocam instabilidade ao agente que está sendo perquirido, de modo que inúmeras garantias são violadas, uma vez que estão sujeitos à interpretação dos julgadores, que ora aplicam as garantias próprias do Direito penal, ora presumem inclusive a culpa.³⁶⁶ Fernando Capez afirma que o principal elemento de caracterização da improbidade que é violado, devido a consideração cível das sanções, é o nexo causal.³⁶⁷ Assim, inexistindo prova inequívoca da inocência, é suficiente para se considerar a culpabilidade a existência do fato ímprobo.³⁶⁸ Inegavelmente, a persecução a atos de improbidade administrativa é uma das formas do *ius puniendi* do Estado, nesse diapasão, necessariamente deve-se observar os princípios próprios do Direito sancionador, como por exemplo, tipicidade, individualização pena e da culpabilidade.³⁶⁹

³⁶⁴ Tramitam no Congresso Nacional duas propostas de alteração da Lei de Improbidade Administrativa, uma na Câmara Federal, Projeto de Lei nº 10887/18, e outra no Senado Federal, sob nº 3.359/2019. A proposta que tramita na Câmara Federal encontra-se na mesa diretiva em 03 de dezembro de 2019, já sendo realizadas audiências públicas sobre a temática, em diferentes estados. Ao passo que o projeto que tramita perante o Senado Federal recebeu parecer da Comissão de Constituição e Justiça favorável ao texto.

³⁶⁵ HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa na modalidade culposa... p. 165

³⁶⁶ CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa**... p. 219.

³⁶⁷ CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa**... p. 297.

³⁶⁸ FARIA, Luzardo, BIANCHI, Bruno Guimarães. Improbidade administrativa e dano ao Erário presumido por dispensa indevida de licitação: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 18, n. 73, p. 163-187, jul./set. 2018. p. 170.

³⁶⁹ GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM,

Dentre as figuras de flexibilização da configuração do elemento subjetivo, principalmente desconsiderando a imprescindibilidade de provas que demonstrem o dolo – ou a culpa, no caso do art. 10 –, alguns institutos são utilizados na jurisprudência, aventados na doutrina ou ainda apresentados como modificação legislativa, de modo a tornar a culpabilização do agente político mais objetiva, descaracterizando a necessidade de subjetividade da responsabilidade. Assim, serão abordados alguns institutos utilizados.

Não se nega da exigência do elemento subjetivo para fins de configuração de conduta ímproba, afinal, não se trata de responsabilização objetiva, caso contrário o constituinte teria realizado essa previsão. Contudo, é justamente acerca de como se compreende esse elemento que pairam dúvidas e flexibilizações. Márcio Cammarosano e Flávio Henrique Unes Pereira afirmam que considerar a possibilidade de dolo genérico permite que o julgador não motive sua decisão a partir do contexto fático, ou seja, qualquer violação à norma – em relação à qual não se pode alegar desconhecimento – comprovaria a conduta ímproba.³⁷⁰

A concepção de dolo, conforme anteriormente abordado, está relacionada com a vontade do sujeito em obter determinado fim com sua conduta. Ou seja, vinculada ao caráter volitivo da conduta. Assim, mesmo considerando a possível reprovabilidade da conduta, o agente assume as consequências e concretiza a ação.

As correntes que defendem a aplicação do dolo genérico à caracterização da improbidade administrativa nos casos do art. 11, pautam seus argumentos na possibilidade de o agente poder imaginar que o resultado seria irregular. Assim, nas circunstâncias em que o agente público sabe que o resultado poderá ser lesivo e mesmo assim ele age, aceitando as consequências, ele assume o risco. Ou seja, independente de visualizar a possibilidade da ocorrência do ato ilícito, não interrompe a sua ação, admitindo, anuindo, aceitando e concordando com o resultado.

É possível haver situações nas quais o agente público que comete violação a princípio da Administração Pública não tenha desde o início de sua ação a vontade dirigida à obtenção do resultado violador e ilícito; o que ele quer como resultado é algo diverso. Mas, prevendo que o evento possa ocorrer, inexoravelmente assume assim mesmo o risco de causá-lo.³⁷¹ Logo, diante dessa tomada de decisão, uma vez que é possível o dano futuro, deve responder pela escolha, ainda que a vontade não seja o resultado final esperado. Configurando assim a

Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.) **Eficiência e ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015, p. 249.

³⁷⁰ CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa... p. 29.

³⁷¹ LEAL, Rogério Gesta. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa... p. 99.

possibilidade de dolo genérico. Ou seja, a presunção da ciência e da tomada de decisão no sentido de assumir as consequências. Os defensores do dolo genérico confirmam essa premissa, acreditando que o resultado poderá responder no lugar do dolo específico de cometer a conduta delituosa.

Há que se compreender que a noção de dolo em improbidade administrativa dialoga diretamente com a noção de presunção de inocência.³⁷² Compreendendo esse elemento como a vontade de realizar o fato descrito na norma incriminadora, aceitar a modalidade genérica deturpa essa compreensão. Afinal, a simples violação da regra, partindo-se da ideia de que não é possível alegar desconhecimento, seria elemento apto a demonstrar o cometimento da improbidade administrativa.³⁷³

Incluídos na noção de dolo genérico encontram-se as espécies de “dolo direto (representação e vontade de produção do resultado querido)” e dolo eventual “(aceitação do risco de produção do resultado)”.³⁷⁴ O dolo eventual é a situação na qual o sujeito não deseja o resultado obtido, pois caso o resultado final fosse o desejado, seria a modalidade direta. Todavia, assume-se o risco. Logo, em matéria de improbidade, compreende-se previamente que é possível a violação do tipo legal e mesmo assim insiste-se na realização da conduta.³⁷⁵

Nesse sentido, restou pacificado na jurisprudência, por meio da decisão no Recurso Especial – Resp nº 765.212/AC que o dolo necessário à configuração da improbidade administrativa é o genérico. No julgamento da referida demanda os julgadores aproximaram o dolo do caráter volitivo da conduta. Assim, a má-fé torna-se elemento fundamental para a demonstração do dolo, em que pese não se confundam.

Ao se refutar a necessidade de dolo específico os julgadores pacificaram o entendimento de que não é necessária a intenção de se burlar a norma descrita, desde que o resultado da conduta seja a violação. Nesse cenário, estabelece-se uma figura de ainda maior

³⁷² NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política...** p. 237.

³⁷³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e o dolo genérico: o risco de ser gestor público. **Jota**, 20 ago. 2015. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-administrativa-e-o-dolo-generico-10082015>> Acesso em: 10 jan. 2020.

³⁷⁴ BORBA, Mauro Evelyn Vieira. O dolo como elemento subjetivo no ato de improbidade administrativa e a necessidade de sua constatação através de uma congruente e sofisticada prova do fato. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOUT, Caroline Müller (Org.). **Temas da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: dos crimes aos ilícitos de natureza incondicionada**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2015. p. 134. Disponível em: <https://go.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/ebooks/Temas-Polemicos-Vol-1.pdf#page=133> Acesso em: 10 jan. 2020.

³⁷⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 459.

indeterminação: a necessidade de demonstrar o estado mental de desonestidade.³⁷⁶ Assim, verifica-se que a demonstração da responsabilidade para aplicação da sanção resta flexibilizada. Nesse sentido, aponta-se a possibilidade de o julgador se eximir do dever de fundamentar sua decisão, afinal, a partir da demonstração de que é possível vislumbrar o cometimento do dolo genérico, a fidedigna demonstração do elemento subjetivo é desnecessária.

Dessa forma, ao se implementar a viabilidade de configuração de dolo genérico, confunde-se duas figuras do Direito penal: dolo eventual e culpa consciente. As definições sobre esses dois institutos são bem próximas, de modo que se pode confundir um com o outro. Uma vez que a culpa consciente se caracteriza pela crença de que o resultado obtido será exatamente o pretendido, pois há valoração das próprias habilidades. Quando da aplicação do dolo genérico em matéria de improbidade administrativa, corre-se o risco de “punir o agente público a título de culpa nos casos de violação ao que vem estabelecido no art. 11 da Lei n.º 8.429/1992.”³⁷⁷ Ou seja, utilizar o elemento subjetivo culpa para a disposição legislativa nas quais o dolo é imprescindível para sua configuração.

Considerar o dolo genérico ignora que “o elemento subjetivo não é o fator de definição da improbidade, mas, sim, a própria norma”.³⁷⁸ Compreender que a simples realização da previsão legal é apta a demonstrar a improbidade é confundir improbidade com ilegalidade. Destaca-se que a improbidade não é a mera ilegalidade, seu diferencial reside justamente na ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo do agente.

Mauro Roberto Gomes Mattos exemplifica que aquele que exerce um cargo eletivo dificilmente se preparou para administrar, por vezes pratica condutas que não são devassas nem imorais, porém, a partir da utilização do dolo genérico podem ser consideradas ímprias, de forma a poder cometer injustiças contra esse sujeito que não foi desonesto.³⁷⁹ Ademais, outro óbice para a aplicação do dolo genérico como elemento subjetivo refere-se à responsabilização do terceiro. Nesse ponto, Cynara Monteiro Mariano destaca que nem sempre quando da responsabilização do particular há cuidado para se demonstrar a participação do terceiro envolvido, “no sentido de concorrer ou induzir para a prática dos atos e com isso procuram

³⁷⁶ FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 1-31, set./dez. 2019.

³⁷⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 319.

³⁷⁸ BORBA, Mauro Evelyn Vieira. O dolo como elemento subjetivo no ato de improbidade administrativa... p. 139

³⁷⁹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 320.

responsabilizar o cidadão pelas condutas ímprobas por uma presunção legal de responsabilização objetiva.”³⁸⁰

Não obstante, na prática existem diversas situações nas quais, apesar de se ter ciência da irregularidade da conduta, diante da realidade posta, o gestor encontra a necessidade de agir de determinada forma para que o interesse público seja atendido. Nesse caso, cabe o exemplo da necessidade de contratação temporária de servidores, mesmo após a determinação do Tribunal de Contas impor a exoneração dos servidores comissionados. O administrador tem ciência da irregularidade, contudo, não se pode afirmar que cometeu improbidade administrativa justamente em razão de ter agido para que a máquina pública não se paralisasse diante da ausência de servidores.³⁸¹

A construção do dolo genérico esvazia o conteúdo jurídico do dolo enquanto elemento subjetivo e estabelece, por meio de decisão judicial, a responsabilidade objetiva.³⁸² Verifica-se que o principal problema da aplicação do dolo genérico em questões de improbidade administrativa encontra-se em relação ao art. 11, por se tratar da violação aos princípios da Administração Pública. Nesse ponto, torna-se temerária a possibilidade de que um princípio seja violado sem a necessidade de demonstração da vontade de realizar referida conduta. O conteúdo jurídico dos princípios é aberto, cabendo a cada situação verificar a possível violação, uma vez que outros elementos podem interferir nessa concretização, como o conflito com outro princípio e a escassez de recursos. Denise Bittencourt Friedrich e Márcia Silveira Moreira, em análise dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul, apontam que os julgados sobre o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa não se aprofundam nas temáticas sobre a violação aos princípios da Administração Pública, citando a previsão legal de maneira mais genérica ou então colocam o referido dispositivo conjuntamente com os artigos 9º e 10.³⁸³ Por seu turno, em relação ao art. 9º, por se tratar de enriquecimento ilícito, a própria

³⁸⁰ MARIANO, Cynara Monteiro. Reflexões sobre a responsabilidade do terceiro para caracterização da improbidade administrativa. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 36, n. 2, p. 12-22, jul./dez. 2018. p. 15.

³⁸¹ Esse exemplo é trazido por Vivian Maria Pereira Ferreira, para exemplificar que o dolo genérico não é capaz de abarcar as situações de improbidade. FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa... p. 21.

³⁸² BORBA, Mauro Evelyn Vieira. O dolo como elemento subjetivo no ato de improbidade administrativa... p. 141.

³⁸³ FRIEDRICH, Denise Bittencourt; MOREIRA, Márcia Silveira. O silêncio da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul frente aos princípios consagrados no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller. **Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: matéria de corrupção e improbidade administrativa – estudo de casos**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016. p. 335. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/ebooks/Temas_Polemico_s_da_Jurisdicao_do_TJRS_Vol_II.pdf> Acesso em: 20 jan. 2020.

demonstração da vontade adquire contornos mais concretos, de modo que o elemento subjetivo deverá ser demonstrado para a configuração desse enriquecimento.

Derivado do conceito de dolo genérico, o dano *in re ipsa* pode ser entendido como o dano presumido. Foi a jurisprudência que construiu essa possibilidade.³⁸⁴ O posicionamento que a não realização de processo licitatório ou a frustração dele implica necessariamente em dano ao erário é uma das construções jurisprudenciais no sentido de flexibilizar a demonstração do nexo causal. Assim, ainda que reste demonstrado que não houve dano, há a presunção, por meio da figura do *dano in re ipsa*. Ou seja, de fato pode haver a ilegalidade decorrente da não observância aos deveres de licitar, contudo, a partir dessa construção jurisprudencial, ainda que se demonstre que o serviço foi prestado ou que o valor gasto era equivalente caso fosse realizado o processo licitatório, haveria a responsabilização do agente público. Nesse sentido, a Administração Pública além de já ter incluído a seu patrimônio o bem ou ter gozado da prestação de serviço, vislumbrará o direito de ressarcimento, às expensas do gestor condenado.³⁸⁵

O Superior Tribunal de Justiça, em 2011, quando da análise do Recurso Especial nº 951.389/SC afirmou a construção de possibilidade de dolo genérico como elemento subjetivo da improbidade administrativa e apresenta a lógica de dolo *in re ipsa*.³⁸⁶ O entendimento do dano *in re ipsa* é uma forma de presumir o dano, condenando o agente à devolução de todo o valor do suposto dano. Esse entendimento tem se demonstrado prevalente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Destaca-se que esse posicionamento sobre a possibilidade de dano

³⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo no Recurso especial nº 419.769/SC, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18 out. 2016, DJe 25 out. 2016.

³⁸⁵ FARIA, Luzardo, BIANCHI, Bruno Guimarães. Improbidade administrativa... p. 172.

³⁸⁶ ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES. [...] 2. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico. 3. Para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário. 4. In casu, a conduta dolosa é patente, *in re ipsa*. A leitura do acórdão recorrido evidencia que os recorrentes participaram deliberadamente de contratação de serviço de transporte prestado ao ente municipal à margem do devido procedimento licitatório. O Tribunal a quo entendeu comprovado o conluio entre o ex-prefeito municipal e os prestadores de serviço contratados, tendo consignado que, em razão dos mesmos fatos, eles foram criminalmente condenados pela prática do ato doloso de fraude à licitação, tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993, com decisão já transitada em julgado. 5. O acórdão bem aplicou o art. 11 da Lei de Improbidade, porquanto a conduta ofende os princípios da moralidade administrativa, da legalidade e da impessoalidade, todos informadores da regra da obrigatoriedade da licitação para o fornecimento de bens e serviços à Administração. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 951389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09 jun. 2010, DJe 04 mai. 2011

presumido contraria a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, que entende o ressarcimento ao erário como decorrência do prejuízo, e não como sanção, conforme restou pacificado o entendimento no acórdão do Agravo Interno ao Recurso Especial nº 1570402 / SE.

Determinar que seja ressarcido valor oriundo de dano que nem mesmo ocorreu ou foi demonstrado é violar os direitos do acusado, de modo que se rompe com o nexo de causalidade. Não se pode olvidar que o “ressarcimento pressupõe reembolso, reparação, e não uma indenização estratosférica, sob pena de enriquecimento ilícito do ente público”.³⁸⁷

Se inicialmente apresentaram-se institutos flexibilizados conhecidos da seara administrativa, outros que eram comumente utilizados apenas na seara penal passam a ser cogitados também nas condenações por improbidade administrativa.

O instituto da cegueira deliberada é oriundo dos Estados Unidos e inicialmente aplicado no Direito Penal. Parte da doutrina tem se manifestado pela possibilidade de aplicação também às demandas de improbidade administrativa, podendo mencionar Márcio Fernando Elias Rosa e Wallace Paiva Martins Júnior,³⁸⁸ bem como por operadores do Direito, como os promotores Edson Azambuja e Rogério Rodrigo Ferreira Mota.³⁸⁹ Os elementos psicológicos configuradores dos delitos no Direito estadunidense não são especificados com exatidão, de modo que sua interpretação dependeu da construção dos julgados. Por se tratar do sistema da *common law*, esta construção lá, para além do texto legal, não entra em conflito com a forma como o ordenamento jurídico está organizado. Em que pese parecerem a mesma teoria quando aplicada nos Estados Unidos (*willful blindness*) e no Brasil (cegueira deliberada), em razão da realidade na qual são aplicadas, elas se tornam diferentes, isso decorre dos contextos sociais, políticos e fáticos que diferem os dois países. Quando se está diante de cenários com idiomas distintos, a tradução equivocada pode culminar em interpretações e aplicação errada de institutos.³⁹⁰

O julgamento considerado base para a construção da teoria da cegueira deliberada, exarado pelo judiciário estadunidense, foi o caso *Spurr v. United States*, no qual a questão

³⁸⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade...** p. 406.

³⁸⁸ ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell. (Coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 225-239.

³⁸⁹ AZAMBUJA, Edson; MOTA, Rogério Rodrigo Ferreira. Aplicação da teoria da cegueira deliberada na análise da ocorrência de atos de improbidade administrativa. **Revista o Ministério Público na defesa da probidade administrativa**, Brasília, 2019. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/250-revistas/11866-o-ministerio-publico-na-defesa-da-probidade-administrativa> > Acesso em: 02 out. 2019.

³⁹⁰ SANTOS, Fábio de Sousa. **Análise comparada da competição na contratação pública brasileira e estadunidense**. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018. p. 17-18.

central foi o repasse de cheques que sabidamente são sem fundos.³⁹¹ Ou seja, havia a noção prévia de que os cheques não tinham fundos, contudo, mesmo assim persistiu-se que eles continuassem a circular. Assim, a Corte estadunidense decidiu no sentido de que a manutenção da circulação dos cheques, sem a conferência se existiam recursos para compensá-los, foi uma atitude que tentou ludibriar o sistema na tentativa de fingir não haver a ciência acerca da ausência de dinheiro em conta para compensação.

Outro julgamento, também apontado como precursor à teoria do avestruz,³⁹² é conhecido como Campbell.³⁹³ Neste julgado, a Corte dos Estados Unidos da América analisou um caso de lavagem de dinheiro, no qual se condenou o réu em razão de que ele deveria ter ciência de que o valor envolvido em uma transação mercantil tinha origem ilícita, impondo à parte uma ciência sobre as fontes dos recursos. Os julgadores apontaram como elementos configuradores do elemento subjetivo a forma como se deu o pagamento. Diante da maneira como a transação se desenvolveu o recebedor deveria perceber que não se tratava de uma fonte lícita. Nesta situação a ignorância em relação à fonte dos valores foi apenas uma maneira de sustentar a inocência com base na ignorância. Estes podem ser determinados como os casos que originaram a teoria da cegueira deliberada. A teoria não tem a fonte exata, uma vez que sua construção decorreu de uma série de julgados.

Os precedentes mencionados até o momento são tidos como precursores da teoria. O julgado *United States v. Jewell* é considerado como a origem mais consistente acerca da aplicabilidade da teoria, principalmente em razão de suas particularidades.³⁹⁴ O caso foi o primeiro a ser o julgado com a formação completa da Corte e faz diversas referências aos julgados anteriores, de modo que pode ser considerada a primeira análise mais detalhada da teoria.³⁹⁵ Neste julgamento a Corte Federal analisou todo o histórico de decisões, vasculhando os precedentes e verificando detalhadamente quais haviam sido os posicionamentos até então. O caso *United States v. Jewell* trata-se do julgamento do Sr. Jeweel por ter conduzido um veículo, com drogas escondidas, desde o México até os Estados Unidos da América. O réu argumentou que não sabia que estava transportando material ilegal. Contudo, a Corte entendeu

³⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Spurr v. United States*. United States Reports, Washington, v.174, p.728, 1899.

³⁹² Outra nomenclatura utilizada para caracterizar a *willful blindness*.

³⁹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Fourth Circuit. *United States v. Campbell*. **Federal Reporter, Second Series**, St. Paul, v.977, p.854, 1992.

³⁹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *United States v. Jewell*. **Federal Reporter, Second Series**, St. Paul, v.532, p.697, 1976.

³⁹⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada “cegueira deliberada”**. 368 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 134.

que existiam indícios suficientes para o réu perceber que a conduta era ilegal, uma vez que o valor oferecido para somente cruzar a fronteira entre México e Estados Unidos era elemento suficiente para demonstrar a ilegalidade e aceitar as consequências. Ainda, outro elemento apontado é que o mesmo sujeito que o contratou para conduzir o veículo anteriormente havia oferecido drogas a ele.

Até mesmo no julgamento tido como paradigma para aplicação da teoria, não houve consenso acerca dos elementos configuradores da cegueira deliberada. Ademais, no julgado não se estabeleceu em qual medida a cegueira deliberada não se confunde com imprudência, concretizada por meio do ato de o agente não querer conhecer a verdade dos fatos. Nessa seara, características como a consideração sobre o homem médio e a relevância do elemento subjetivo também são pontos controvertidos.³⁹⁶ De todo modo, no caso concreto, existiam elementos que, segundo a análise da Corte estadunidense, demonstram a suposta ilegalidade da conduta, como: (a) o oferecimento das drogas ao sr. Jewell pelo mesmo sujeito que o contratou para levar o carro e (b) o sr. Jewell fez uma vistoria superficial para verificar se não existiriam drogas ocultas no veículo, averiguando somente as regiões do porta-luvas e embaixo dos bancos.

Esses elementos estavam presentes no julgamento que se tornou paradigma, elementos concretos que, segundo o posicionamento majoritário, demonstraram que a ilegalidade era visível, sendo que o réu fez uma escolha por não a enxergar. De análise do caso concreto pode-se afirmar que o réu tinha ciência da elevada probabilidade de que a conduta praticada estivesse em desacordo com o regramento legal. Ao desconsiderar a provável ilicitude de seus atos, o agente assumiu a responsabilidade e apenas buscou não ter ciência da ilegalidade para eventualmente utilizar esta ignorância como elemento de defesa.

A *willful blindness* teve a construção a partir de precedentes e com elevada interferência da situação fática para sua aplicação. Em razão desta origem mais fática que conceitual, a própria decisão paradigma não foi unânime. Existe uma linha tênue entre o dolo eventual – quando o agente assume as consequências da conduta – e a cegueira deliberada –

³⁹⁶ “Finally, the wilful blindness doctrine is uncertain in scope. There is disagreement as to whether reckless disregard for the existence of a fact constitutes wilful blindness or some lesser degree of culpability. Some cases have held that a statute’s scienter requirement is satisfied by the constructive knowledge imputed to one who simply fails to discharge a duty to inform himself. There is also the question of whether to use an ‘objective’ test based on the reasonable man, or to consider the defendant’s subjective belief as dispositive.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. United States v. Jewell. Federal Reporter, Second Series, St. Paul, v.532, p.697, 1976). Tradução livre: “Por fim, a doutrina da cegueira voluntária é incerta no que se refere a seu escopo. Há um desacordo sobre se a negligência imprudente, pela existência de um fato, constitui cegueira intencional ou algum grau menor de culpabilidade. Alguns casos sustentam que a exigência de ciência do estatuto é satisfeita pelo conhecimento construtivo imputado a alguém que simplesmente não cumpre o dever de se informar. Há também a questão de se usar um teste “objetivo” baseado no homem médio, ou considerar a crença subjetiva do réu como dispositivo.”

quando o sujeito estabelece suas próprias barreiras para não saber, mas as circunstâncias demonstram a alta probabilidade de ciência da ilicitude.

Na legislação brasileira existe o instituto do dolo eventual, que seria a assunção pelo sujeito das consequências do possível resultado ilícito, figura aceita para configurar ato de improbidade administrativa. Nesse ponto, caso seja demonstrado que o sujeito tinha conhecimento sobre os elementos do tipo praticado, tolerando as consequências, é hipótese de incidência de dolo eventual, rechaçando-se a aplicação da teoria da cegueira deliberada.³⁹⁷ Desta forma, existe uma possível tensão entre o dolo eventual e a cegueira deliberada, uma vez que a concepção de cada um dos institutos é bastante similar. Edson Azambuja e Rogério Rodrigo Ferreira Mota afirmam que a cegueira deliberada se configura quando o sujeito escolhe permanecer alheio aos fatos, fundamentando que a aplicabilidade na persecução à improbidade decorre justamente do fato de que não é possível se proteger sob a alegação de desconhecimento, considerando que o dolo na referida disciplina se aproxima do elemento subjetivo da ação penal.³⁹⁸

Apesar de esta trajetória de incidência da teoria no Direito brasileiro ser conturbada, a primeira vez na qual a cegueira deliberada foi mencionada pelo Poder Judiciário foi em um caso de acusação por lavagem de dinheiro. Quando do julgamento do crime de lavagem de dinheiro decorrente do assalto ao Banco Central do Brasil, os julgadores suscitaram a teoria, uma vez que não havia elementos para demonstrar que os réus tinham ciência da ilegalidade, contudo, diante do contexto fático era perceptível que eles tinham ciência do alto grau de probabilidade de ilicitude. Na ocasião os assaltantes do Banco Central do Brasil compraram veículos automotores à vista, em dinheiro, com notas de R\$ 50,00, ademais, o valor pago por eles estava acima do valor de mercado. Na ação judicial apresentada pelo Ministério Público, os proprietários do estabelecimento comercial que realizou a venda integraram o polo passivo da demanda, como supostamente colaboradores, pois a circunstância anunciava que se tratava de uma ilegalidade.

Pela narrativa apresentada na petição inicial que buscou investigar o caso do assalto ao Banco Central do Brasil, os proprietários da loja tinham elementos fáticos suficientes para se perceber que a conduta dos compradores era ilícita. Em que pese a fundamentação inicial, a decisão foi pela improcedência, mas foi a primeira vez que a teoria foi analisada por um tribunal

³⁹⁷ BURGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 129/2017, p. 479 – 505, Mar/2017.

³⁹⁸ AZAMBUJA, Edson; MOTA, Rogério Rodrigo Ferreira. Aplicação da teoria da cegueira deliberada... passim.

brasileiro, sendo que à época suscitou alguns questionamentos sobre sua delimitação e quais elementos devem ser considerados como comprovadores do alto índice de ilicitude.³⁹⁹ Todavia, em que pese a negativa de aplicação naquele momento, após aquele julgado, outros tantos, principalmente na área penal, passaram a aplicar a teoria da cegueira deliberada.

Em 2015, a aplicação da teoria da cegueira deliberada ganhou maior amplitude e foi utilizada para condenação de um agente público em uma ação de improbidade, ampliando as hipóteses de aplicação da teoria.⁴⁰⁰ O primeiro tribunal a importar da esfera penal a teoria foi o Tribunal de Justiça de São Paulo. Conforme os fundamentos da decisão, os elementos fáticos demonstraram que era flagrante que estavam sendo violados os princípios da Administração Pública, de modo que os servidores públicos resolveram fingir não perceber a violação como forma de afastar eventual responsabilização. Estes elementos são subjetivos e de difícil mensuração, restando ao julgador esta ponderação a partir dos elementos fáticos. Em um sistema calcado nos precedentes, há uma determinada previsibilidade e segurança jurídica, contudo, no sistema brasileiro, a lógica é distinta e existem leis específicas sobre o caso de modo que se aumenta a possibilidade de ativismo judicial.

A partir da análise realizada pela doutrina brasileira, pode-se estabelecer a concretização da cegueira deliberada quando, no caso concreto, a probabilidade do conhecimento sobre a ilicitude dos bens, condutas e direitos é elevada.⁴⁰¹ A doutrina também é imprecisa, pois não há como quantificar e dimensionar o que é elevado. Isso vai depender da análise casuística. Inobstante, a doutrina equipara a cegueira deliberada ao dolo eventual, no sentido de que o agente estabelece barreiras, voluntária e conscientemente, para que de fato não tenha conhecimento sobre a conduta delituosa, assim, para se esquivar de eventual condenação ou perseguição, contudo, tem-se ciência da elevada e concreta probabilidade de ilicitude.⁴⁰²

Spencer Toth Sydow afirma que existe uma diferença entre ignorância deliberada e cegueira deliberada. Para o autor, o estágio de ignorância se efetiva quando o agente tem dúvidas sobre a retidão da conduta, preferindo se manter no desconhecimento em razão dos benefícios que isso trará a ele. Por sua vez, a cegueira deliberada é uma estratégia do agente que cria barreiras e situações para que se mantenha o desconhecimento, bem como é necessário

³⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª região. Ação penal: 2005.81.00.014586-0, da Segunda Turma, Recife, PE.

⁴⁰⁰ O julgado é do Tribunal de Justiça de São Paulo e entendeu que haviam indícios que demonstravam que os requeridos fingiram não perceber a violação aos princípios da Administração Pública. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação 0009252-56.2010.8.26.0073, da 9ª Câmara de Direito Público, São Paulo, SP.

⁴⁰¹ MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66

⁴⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro**: aspectos penais e processuais penais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 144-145.

que existam sinais deste seu não conhecimento sobre o fato, ou seja, o sujeito se coloca na situação de não conhecer que sua conduta não é reta.⁴⁰³

No judiciário estadunidense a aplicação da teoria ocorreu na esfera penal. Como o Judiciário tem tentado importar teorias utilizadas em outros países, principalmente aquelas originadas nos países tidos como mais desenvolvidos, a aplicação da cegueira deliberada também ganhou espaço nas decisões judiciais. Inicialmente o Brasil também passou a utilizar a teoria da cegueira deliberada para casos de lavagem de dinheiro. Contudo, recentemente, mais precisamente a partir de 2015, tem-se tentado aplicar a teoria da cegueira deliberada também às ações de improbidade administrativa, como forma de tornar mais rigorosa a sanção aplicada a casos de corrupção ou de dano ao erário.

Guilherme Brenner Luchessi traz, em sua tese de doutorado, um quadro sobre as utilizações da teoria da cegueira deliberada pelos tribunais federais. Neste material é possível verificar que, dentre as condenações, constam várias ações de improbidade, nas quais se utilizam a teoria para flexibilizar o dolo ou até mesmo o conjunto probatório.⁴⁰⁴ Todavia, se a aplicação na seara penal é questionada, principalmente em relação à imprecisão legal aplicada ao elemento subjetivo, na esfera administrativa este questionamento é ainda mais latente, pois a lei determina as hipóteses nas quais se considerará o dolo e em quais pode-se considerar a culpa. Especificamente em relação aos casos nos quais a culpa é admitida, a aplicabilidade da cegueira deliberada entra em conflito, afinal, como algo culposos pode ser considerado ao mesmo tempo como um elemento que o sujeito tinha conhecimento, mas que displicentemente ignorou para se eximir das responsabilidades futuras?

Por se tratar de um conceito aberto e impreciso, pode-se afirmar, principalmente no caso do Brasil, no qual a lei desempenha um papel de regulador das relações, que a aplicação pelo Judiciário brasileiro é uma flexibilização da necessária observância à previsão legal. É exatamente neste cenário excepcional, que o Poder Judiciário nacional, a partir de uma releitura do sistema estadunidense encaixa a utilização da teoria da cegueira deliberada. Afinal, o mero indício de que o agente público deveria saber da reprovabilidade constitui prova suficiente para se julgar procedente uma ação de improbidade administrativa.⁴⁰⁵

A teoria da cegueira deliberada, seja na seara penal ou sua aplicação nos julgamentos de Direito Público, passa por uma construção à brasileira quando da utilização pelo Poder Judiciário. A análise prévia ao transplante, que deveria ponderar as características locais e as

⁴⁰³ SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D'Placido, 2017, p. 60-63.

⁴⁰⁴ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo...** p. 303-368.

⁴⁰⁵ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo...** passim.

conformações de onde a teoria foi originada, acabam sendo realizadas após a aplicação da teoria no caso concreto, quando os efeitos já foram sentidos. No julgamento da Ação Penal nº 470,⁴⁰⁶ uma das primeiras aplicações da teoria da cegueira deliberada no Brasil, o Supremo Tribunal Federal se utiliza do Direito comparado. Contudo equipara a cegueira deliberada ao dolo eventual, trazendo para o voto os elementos utilizados pela Corte estadunidense, sem, contudo, cotejar as realidades de cada um dos países. No julgado o Supremo Tribunal Federal realiza discussões sobre a extensão da consciência do agente, pontuando que em casos nos quais não há como ter ciência da tipificação, não haveria como aplicar a teoria. O acórdão se utiliza do método comparado, mas de modo a tentar equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual.

Ainda em relação a figuras flexibilizadoras, a primeira utilização da expressão domínio do fato remonta 1915, manejada como requisito material de culpabilidade, por Die Merkmale des Verbrechens Hegler, sem contudo ter os mesmos contornos que possui agora.⁴⁰⁷ De origem germânica, a teoria é composta por três perspectivas distintas, quais sejam: o domínio da ação, o domínio da vontade e o domínio funcional do fato. O domínio da ação se configura por aquele que realiza a conduta; no exemplo utilizado por Luis Greco e Alaor Leite, o que aperta o gatilho.⁴⁰⁸ O domínio da vontade, por sua vez, é mais complexo, pois trata-se daquele que por meio de outrem realiza a conduta delituosa, nesse caso, presente o elemento subjetivo. Essa vontade pode decorrer de diversas origens. O sujeito que está no comando pode coagir aquele que efetiva a conduta; pode também se utilizar da superioridade intelectual para manipular a conduta do que age; ainda, é possível se utilizar de inimputáveis, com a finalidade de se esquivar da sanção; e, a mais relevante à temática da improbidade administrativa, a utilização de estruturas de poder para realizar a conduta por meio de outro sujeito.⁴⁰⁹

A teoria de domínio da vontade em virtude de estruturas organizadas de poder foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal alemão, em 1994, para condenar um membro do antigo governo alemão oriental que ordenou soldados a atirarem em quem ultrapasse a fronteira. O

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PRELIMINARES REJEITADAS, SALVO A DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO INTIMAÇÃO DE ADVOGADO CONSTITUÍDO. ANULAÇÃO DO PROCESSO EM RELAÇÃO AO RÉU CARLOS ALBERTO QUAGLIA, A PARTIR DA DEFESA PRÉVIA. CONSEQUENTE PREJUDICIALIDADE DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS ARROLADAS PELA DEFESA. Ação Penal nº 470. Autos: Ministério Público Federal, réu: José Dirceu de Oliveira e Silva e outros. Relator: Joaquim Barbosa. 17/12/2012. Dje 074, divulgado em 19/04/2013 e publicado em 22/04/2012.

⁴⁰⁷ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 933, p. 61-92, jul. 2013.

⁴⁰⁸ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato...

⁴⁰⁹ SOUZA, Maria Augusta Oliveira de. **Autoria nos delitos especiais: uma leitura a partir dos crimes contra a Administração Pública**. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná, Curitiba, 2018. p. 72-75.

superior hierárquico foi condenado pela autoria mediata de homicídio doloso. Logo, para essa configuração é imprescindível a presença do poder de mando, a ordem deve ser ilícita, o indivíduo executor deve ser alguém que exerça um cargo comum, possível de troca por outro sujeito, a vontade do executor deve ter sido moldada por quem ordena.⁴¹⁰

A terceira perspectiva, de domínio funcional do fato, configura-se por uma atuação coordenada, na qual os agentes partiram de decisão comum para realizar a conduta delituosa, de modo que há contribuição de todos os envolvidos.⁴¹¹ A denominação “funcional” é justamente em relação à imprescindibilidade da função do coautor, de modo que a compatibilidade dos atos se concretize na execução do delito, os atos preparatórios não configuram o domínio do fato. Logo, para essa perspectiva é fundamental conhecer quais os acordos celebrados entre os partícipes e a divisão de tarefas – tanto da fase preparatória quanto executória.⁴¹²

Referida teoria é demasiadamente complexa, compreendendo situações de autoria mediata e coautoria. Claus Roxin, um dos divulgadores da teoria, alerta que ela não se aplica a todos os delitos, de modo que delitos enquadrados como especiais não estão sujeitos a essa teoria. A construção teórica se propõe a indicar autor e partícipe da conduta, identificando quem foi aquele que agiu sem que o interesse da ação lhe fosse proveitoso, conjugando a teoria do domínio do fato ao elemento subjetivo.⁴¹³ Porém, diferentemente da forma punitivista que vem sendo aplicada pelo Supremo Tribunal Federal,⁴¹⁴ os garantistas asseveram que a teoria não dispensa a apresentação de provas acerca da realização da conduta. A aderência à lógica do domínio do fato se deve a sua possibilidade de delimitar autoria e coautoria. Rebatendo as críticas de que a teoria não deixará ninguém sem punição, Luis Greco e Alaor Leite argumentam que a responsabilização está diretamente vinculada ao tipo penal específico, de modo que não pode ser interpretado longe do já estabelecido.⁴¹⁵ Na literatura penalista, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli explicam que para a configuração do domínio do fato não basta que o tipo legal seja integralmente realizado, é imprescindível que o aspecto subjetivo também se concretize, sendo necessário que o sujeito realize o dispositivo penal, de forma que

⁴¹⁰ SOUZA, Maria Augusta Oliveira de. **Autoria nos delitos especiais...** p. 76.

⁴¹¹ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato... passim.

⁴¹² SOUZA, Maria Augusta Oliveira de. **Autoria nos delitos especiais...** p. 77-78.

⁴¹³ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato... passim.

⁴¹⁴ Considera-se como momento inaugural de aplicação de teorias mais punitivistas o julgamento do caso Mensalão. A ação penal de n. 470, movida pelo Ministério Público Federal em face de agentes políticos e empresários, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal e que nas condenações flexibilizou a obrigatoriedade de demonstração de dolo pelas condutas, trazendo para o ordenamento brasileiro as figuras da cegueira deliberada e do domínio do fato, sob o fundamento de combate à corrupção.

⁴¹⁵ GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato...

pode se valer do outro apenas como um instrumento.⁴¹⁶ De todo modo, considerar a aplicabilidade do domínio do fato é capaz de gerar insegurança jurídica, uma vez que a expansão da responsabilidade, sem que o sujeito tenha ciência que está violando uma regra, pode ser considerada com contribuição delitiva.⁴¹⁷ A doutrina administrativista ainda não se debruçou sobre a aplicabilidade do instituto nas ações de improbidade administrativa, parte em razão do grande questionamento acerca da utilização da teoria na própria esfera penal.

A aplicação desses institutos punitivos, alguns apenas ventilados pela doutrina, representa a busca por punir os agentes públicos independentemente da prática de uma conduta ímproba. A flexibilização do elemento subjetivo, principal nexo de comunicação entre todos os institutos, promove uma releitura da Lei de Improbidade Administrativa, a qual não foi realizada pela legislação. Assim, demonstra-se a busca pela persecução e condenação, sem que haja preocupação com o sistema vigente.

Dentre os artifícios que podem ser usados com o intuito de se configurar o dolo, é por meio de provas indiciárias que se estabelece um cenário propício à flexibilização. As chamadas provas: indireta, mediata ou indiciária. As quais “são aquelas que exigem do seu intérprete uma cadeia de ideias lógicas, utilizando-se de métodos indutivos para se chegar a um resultado prático que permite provar a existência do fato típico”.⁴¹⁸ Porém, os indícios devem ser comprovados mediante confirmação diretas, recaindo sobre elas uma análise crítica acerca da sua veracidade e compatibilidade com a realidade.⁴¹⁹ De outro lado, verifica-se a possibilidade de entendimento flexível acerca do elemento subjetivo, de forma que os indícios adquirem contornos efetivos.

Diante desse cenário, a presunção de inocência e a segurança jurídica restam atingidas. Essa flexibilização dos direitos e garantias individuais, ao invés de significar uma conduta vanguardista do país, pelo contrário, coloca-o nas posições mais baixas em relação à proteção do cidadão e respeito à ordem jurídica.⁴²⁰ A partir da perspectiva instrumentalista do processo, nas palavras de Roberta Maia Gresta, esse “se torna tão mais funcional quanto mais permita ao juiz reproduzir no caso concreto, de forma rápida e simplificada, a noção de bem-estar coletivo

⁴¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 598-599.

⁴¹⁷ SOUZA, Maria Augusta Oliveira de. **Autoria nos delitos especiais...** p. 125.

⁴¹⁸ LINHARES, Sólon Cícero. O branqueamento de capitais, a prova indiciária e os princípios da legalidade e ampla defesa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 65-80, jan./jun. 2010. p. 69.

⁴¹⁹ LINHARES, Sólon Cícero. O branqueamento de capitais... p. 72.

⁴²⁰ GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos... p. 247.

projetada pelo Estado Social”.⁴²¹ Sem a observância das garantias, não há como conceber o Estado Social. Se a finalidade do processo é instruir o julgador para que não reste dúvidas acerca da autoria do fato, os institutos que flexibilizam a configuração do elemento subjetivo afastam o dever do julgador de embasar sua decisão com a máxima certeza. Substitui-se o *in dubio pro reo* pelo *in dubio pro societate*.

Neste contexto, como forma de refutar um Poder Judiciário moralizador, devem ser observadas as garantias constitucionais típicas do devido processo legal, tais como: o contraditório, a ampla defesa, a anterioridade da lei, a segurança jurídica, a boa-fé e a presunção de inocência quando da realização do poder punitivo do Estado. Daniel Ferreira destaca que existe uma teoria geral da infração, para que se aplique no Direito Administrativo sancionador os princípios – e garantias – do Direito Penal e demais previsões constitucionais.⁴²² No mesmo sentido, Rafael Munhoz de Mello afirma que as garantias do regime jurídico punitivo decorrem justamente da opção pelo Estado de Direito.⁴²³

Uma vez observada a tipicidade, a segurança jurídica será levada a efeito, pois conhecer as “regras do jogo” é imprescindível para se evitar surpresa. Essa incerteza acerca das condutas que serão consideradas ímprobas e em razão do desconhecimento sobre quais as sanções podem ser aplicadas, em virtude da ausência de tipicidade, geram instabilidade. Afinal, em razão da vasta gama de possibilidades, o agente público e, mais precisamente, o agente político, estão em cenários instáveis e inseguros no comando do bem público. Essa volubilidade afasta os indivíduos da vida pública.⁴²⁴ Assim, a regra que deveria primar pela preservação do patrimônio público acaba por restringir a atuação de quem está no comando, podendo impactar nos avanços e nas inovações na administração pública.

⁴²¹ GRETA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 139.

⁴²² FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa**: a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72

⁴²³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 104.

⁴²⁴ GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos... p. 251 e 265.

3. A REALIDADE: OS JULGADOS E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS QUE ENVOLVEM A IMPROBIDADE

Se de um lado as discussões doutrinárias apresentam caminhos a se trilhar, ou solidificam as alternativas presentes, é por meio das decisões judiciais que as interpretações acerca da configuração dos institutos punitivos em improbidade administrativa concretizam os efeitos na vida dos indivíduos. A legislação acerca da matéria é repleta de conteúdos abertos, de modo que as decisões judiciais estabelecem os contornos interpretativos, os quais nem sempre observam a sistemática estabelecida pela Constituição. Nesse sentido, cabe aos tribunais superiores uniformizar o entendimento e verificar a conformação constitucional. Contudo, em razão do modo como o Poder Judiciário se organiza, nem sempre a análise uniformizadora ocorrerá de modo a verificar as provas constantes nos autos, em particular devido à existência de súmulas próprias dos tribunais superiores que impedem a reanálise probatória naquelas instâncias.

Outro fator a ser observado são as alterações na legislação que afetam as interpretações atinentes à matéria de improbidade administrativa. Dentre as alterações mais relevantes está a lei nº 13.655/2018, promulgada para alterar a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com o intuito de assegurar maior segurança jurídica às decisões judiciais e administrativas.

Independentemente de reforma legislativa, a jurisprudência pode ainda modificar seu posicionamento, seja em razão da alteração na composição dos membros ou da construção de novos conceitos interpretativos. De todo modo, as cortes superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça atuam como balizadores dos entendimentos judiciais.

3.1 O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: A IMPROBIDADE NO BANCO DOS RÉUS.

A pesquisa jurisprudencial tem a finalidade de averiguar como o Poder Judiciário está interpretando as normas e assimilando as construções doutrinárias. Por vezes, matérias suscitadas nas instâncias primárias ainda não passaram pelo crivo desses tribunais, de modo que se destinam a demonstrar como determinada região profere as decisões. Não obstante, para entender de que modo tem sido a posição do Judiciário em relação ao elemento subjetivo da ação de improbidade administrativa e estabelecido como marco inicial o julgamento da ação do

Mensalão, momento no qual os institutos punitivos passaram a ser inseridos com maior intensidade no sistema jurídico brasileiro e as pesquisas no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça se demonstram mais amplas. De fato a construção da possibilidade de dolo genérico como elemento subjetivo apto a configurar uma conduta como improbidade administrativa ocorre desde 2011. Contudo, o processo de inserção de institutos punitivos nas ações de persecução à corrupção, incluindo a improbidade administrativa, foi posterior.

Em que pese a doutrina apresentar como modalidades aplicadas à improbidade administrativa a cegueira deliberada e o domínio do fato, pesquisando pelos termos nos tribunais superiores não foram encontrados julgados sobre os temas. As pesquisas que trouxeram alguns acórdãos representam resultados falsos, uma vez que quando da análise do conteúdo do acórdão e da ementa os institutos não eram abordados.

A pesquisa jurisprudencial nos tribunais de segunda instância ainda não é tão precisa em relação aos resultados quanto à busca pelos julgados nos tribunais superiores. Por exemplo, a seleção a partir de termos como “improbidade” e “administrativa”, utilizando como filtro as apelações, no Tribunal de Justiça do Paraná, não localiza todos os julgados que se enquadram nessas características, em razão da não indexação de alguns termos dos processos judiciais. Ademais, buscar o posicionamento nacional possibilita analisar amplamente a matéria, bem como verificar de que modo o Poder Judiciário se posiciona diante dessas questões. Assim, a pesquisa jurisprudencial se realizou perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Logo, com a finalidade de verificar o posicionamento jurisprudencial acerca da utilização dos institutos punitivos em matéria de improbidade administrativa, realizando-se a busca a partir dos termos “improbidade” “administrativa” “dolo” e “genérico”, de modo a restringir a pesquisa aos acórdãos e com a especificação de julgados relacionados à Lei de Improbidade Administrativa, obtém-se o resultado de 396 acórdão perante o Superior Tribunal de Justiça. Para a pesquisa, estabeleceu-se como lapso temporal o período compreendido entre: 01 de janeiro de 2013 e 31 de dezembro de 2019.⁴²⁵

A partir dos mesmos termos de pesquisa: improbidade, administrativa e dolo, são encontrados 18 acórdãos e 394 decisões monocráticas perante o Supremo Tribunal Federal.⁴²⁶

⁴²⁵ Link da pesquisa: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Campos específicos preenchidos: “Pesquisa livre” - “improbidade” “administrativa” “dolo” e “genérico”. “Data” – 01/01/2013 a 31/12/2019. “Legislação”: “Lei de Improbidade Administrativa – LIA 92”. “Acórdãos”.

⁴²⁶ Link da pesquisa: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> Campos específicos preenchidos: “Pesquisa livre” - “improbidade” “administrativa” “dolo” e “genérico”. “Data” – 01/01/2013 a 31/12/2019.

Para se investigar a concepção colegiada, analisam-se os acórdãos proferidos pelo tribunal, afastando-se decisões monocráticas da pesquisa. Tal como ocorre com as decisões do Superior Tribunal de Justiça, os julgados não adentram ao mérito, uma vez que, com o fundamento na súmula nº 279 do STF, há impossibilidade de reanálise de provas.⁴²⁷

A jurisprudência demonstra que a configuração do dolo, na modalidade genérica, também decorre do fato de se esperar uma conduta do agente e esse decidir de maneiras distintas da que se projeta para quem ocupa referida posição. A concepção de dolo genérico se relaciona com a ideia de dolo eventual, no sentido de que, apesar de a intenção do agente não ser de cometer algum ato improprio, ele tem ciência do risco ou se omitiu, por isso deve ser responsabilizado. Assim, para o dolo, na modalidade genérica, não é relevante a vontade do sujeito em obter o resultado alcançado, mas sim sua intenção quando da tomada de decisões.

Apesar de recorrentemente se utilizar da ilegalidade para configurar a improbidade, o Superior Tribunal de Justiça já exarou o entendimento de que as duas modalidades não se confundem. O julgamento do agravo de instrumento em Recurso Especial, de origem do estado do Sergipe, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, reforça a concepção de que improbidade não se confunde com ilegalidade, de modo que a improbidade é qualificada pela vontade do agente, ainda que essa vontade seja demonstrada por meio do dolo genérico.⁴²⁸

A construção do elemento volitivo das partes requeridas necessita da análise probatória, o que por vezes encontra óbice no julgamento pelos tribunais superiores, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, em razão da mencionada Súmula nº 7 não pode reanalisar provas, nem tampouco o Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 279). Assim, dentre os julgados encontrados na pesquisa, alguns se restringem a manter a decisão dos tribunais de origem.⁴²⁹

No caso julgado no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1526589, de origem do Espírito Santo, a configuração do dolo decorre do fato de o agente, em que pese estar ciente da irregularidade da conduta, deixou de impedir a continuidade da situação.⁴³⁰ Ou seja, ele se omitiu diante de uma conduta que seria esperada dele, qual seja, suspender a continuidade. Esse entendimento amplia a concepção de dolo, uma vez que se projeta sobre o sujeito um padrão de conduta que extrapola o que está previsto na lei. No caso em questão, não há como manejar

⁴²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Súmula 279 - Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário. Aprovada na sessão do dia 13 dez. 1963.

⁴²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1500812/SE, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21 mai. 2015, DJe 28 out. 2016.

⁴²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Súmula 7. A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL.

⁴³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1526589 / ES, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 30 nov. 2017, DJe 27 fev. 2018.

defesa apta a afastar o dolo, uma vez que a percepção acerca da adequação da conduta à previsão legal será dependente de uma análise subjetiva.

Por sua vez, em relação à utilização da máquina pública para promoção pessoal, ainda que seja utilizada para beneficiar algum parente do agente político, entende-se que a qualificadora da ilegalidade está presente, de modo que o dolo, genérico, é consumado pela própria conduta. Para a configuração do dolo genérico é prescindível a demonstração de má-fé.⁴³¹ Nessa situação, pressupõe-se que a conduta demonstra a intenção do sujeito em violar os princípios da Administração Pública. Nesse caso, exige-se do agente a ciência acerca das regras específicas em relação aos limites a sua conduta, de modo a deixar claro que se exige daquele que ocupa o cargo político conduta que supere a do homem médio.⁴³² Por homem médio compreende-se aquele que apresenta uma conduta adequada e age de maneira diligente. Essa compreensão de homem médio é compartilhada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Contas da União.

Não obstante, em relação à obediência às regras, o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que nomeação de parente para cargo público, ainda que antes da veiculação da Súmula nº 13 do Supremo Tribunal Federal, que estabeleceu os delineamentos do nepotismo, enseja a configuração do dolo. Nesse sentido, a configuração do dolo, na modalidade genérica, se consuma com a simples nomeação. Logo, nesses casos, presume-se que o agente público terá a intenção de burlar a regra.⁴³³ Acredita-se que, antes mesmo do estabelecimento do entendimento, deveria o agente perceber a irregularidade da conduta. Nessas situações, presume-se o dolo pois se esperava do agente público uma conduta diferente, no sentido de reforçar a concepção de um sujeito que poderá antever as possíveis irregularidades e possuir uma moral extremamente solidificada. A capacidade do nomeado não é relevante, nem tampouco é elemento apto a afastar a configuração da improbidade. Ademais, o fato de que a delimitação do entendimento acerca do conceito de nepotismo adveio posteriormente também não afasta a incidência da regra.

⁴³¹ “O dolo genérico é verificado quando a parte acusada, tendo pleno conhecimento das normas, pratica o núcleo do tipo legal, mesmo que ausente uma finalidade especial de agir. Trata-se de interpretação que confere ao instituto caráter distinto, uma vez que sua configuração não está relacionada somente com a constatação de má-fé do agente quando da prática de determinada conduta.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Especial nº 793579 / SP, rel. min. Sergio Kukina, Primeira Turma, julgado em 12 jun. 2018, DJe 19 jun. 2018.

⁴³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1817348 / CE, rel. min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03 out. 2019, DJe 08 out. 2019.

⁴³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1535600/RN, rel. min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 03 set. 2015, DJe 17 set. 2015.

Verifica-se que em se tratando da possibilidade de configuração de dolo genérico, a uniformização do entendimento irá depender da análise e como o tribunal de origem transcreveu o exame acerca das provas. Nesse sentido, no caso de um tribunal de justiça reconhecer a configuração de dolo, ainda que na modalidade genérica, torna-se a regra geral sua manutenção, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça não poderá reanalisar as provas e verificar se pode ser considerada como dolo genérico a concatenação dos atos. Em alguns casos isolados, o Superior Tribunal de Justiça afirma que referida conduta é considerada dolo genérico, a partir da narrativa já apresentada no acórdão do tribunal de origem.

Logo, considerando a impossibilidade de análise probatória, caso o julgamento de segunda instância considere que uma conduta é dolosa, mesmo que genericamente, o entendimento será mantido em terceira instância. O que se depreende dos julgados, de todo modo, é que a concepção do dolo genérico, em diversas vezes, decorre da demonstração de reiterada prática de conduta que poderia ser considerada meramente ilegal.⁴³⁴ Ainda que os julgados façam a ressalva em praticamente todas as manifestações acerca da diferença entre improbidade e ilegalidade, bem como afirmem que a finalidade é a punição do agente público improbo, uma vez que a Lei de Improbidade Administrativa não se direciona para o agente inábil. Na redação dos julgados há muitos elementos que consideram apenas a ilegalidade da conduta praticada, desprezando a necessária qualificação dessa ilegalidade para ser apta a configurar a improbidade administrativa.

Assim, reiteradamente a jurisprudência afirma a imprescindibilidade de comprovação da vontade do sujeito em desvirtuar o cumprimento das regras, ao passo que em alguns julgamentos resta demonstrado que a violação aos princípios da Administração Pública é elemento apto a demonstrar o dolo genérico, justamente em razão da finalidade de se condenar a torpeza. No acórdão do agravo interno de agravo em recurso especial nº 873914, de origem do Rio Grande do Norte, o relator, Ministro Francisco Falcão, em que pese confirmar que não há demonstração de má-fé dos requeridos, afirmou haver incontestável violação dos princípios da Administração Pública, o que configura o dolo genérico, elemento fundamental para configuração da improbidade administrativa. Ainda, segundo o relator, a apropriação dos valores, relacionados a diárias de deslocamento, em que pese ter sido devolvido o montante posteriormente ao erário, e antes do ajuizamento da ação de improbidade administrativa,

⁴³⁴ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso especial nº 1536573 / RS, rel. min. Napoleão Maia Nunes Filho, Primeira Turma, julgado em 19 mar. 2019, DJe 28 mar. 2019.

demonstra culpa, bem como a violação aos princípios da Administração Pública, sendo eles elementos aptos para configurar o dolo, ainda que genérico.⁴³⁵

O entendimento acerca de ser indiferente o ressarcimento prévio está relacionado ao ato que cumpra com a previsão legal. Assim, a consideração sobre o dolo está vinculada à vontade, o *animus*, do sujeito. Os julgados reiteram essa afirmação. Porém, todos encontram nos elementos presentes nas provas a demonstração dessa vontade. Assim, ainda que mesmo antes do ajuizamento da demanda judicial haja o ressarcimento do suposto dano ao erário, essa prática não afasta a configuração da improbidade administrativa; mas apenas pode se prestar como elemento relevante na dosimetria das sanções.⁴³⁶ Esse entendimento decorre do fato de que o bem jurídico tutelado é a probidade. O ressarcimento de dano apenas repõe o valor que foi retirado irregularmente do erário, mas o bem jurídico permanece atingido. Logo, a sanção se mantém, pois o bem jurídico tutelado não é o erário, a proteção é consequência, e a probidade o elemento central.

Apesar de a jurisprudência rechaçar a responsabilidade objetiva do agente público para a configuração da improbidade administrativa, os julgados destacam a configuração de dolo genérico a partir de uma não observância à obrigatoriedade legal. Nesse sentido, analisando os julgados, depreende-se que essa forma de responsabilização não integra explicitamente o posicionamento do Judiciário, contudo, as construções realizadas nos julgados tendem a ampliar a concepção de dolo e consequentemente responsabilizar independentemente da vontade. No caso do Recurso Especial nº 1512654, de São Paulo, a conformação da conduta em improbidade decorreu do simples fato de autorizar um vendedor ambulante a venda de produtos em espaço público sem a prévia realização de processo licitatório de seleção.⁴³⁷ No caso concreto, exigiu do agente público conduta superior a do indivíduo mediano. Por consequência, o desvio desse parâmetro ensejou a sanção.⁴³⁸

⁴³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 873914 / RN, rel. min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11 set. 2019, DJe 17 set. 2019.

⁴³⁶ “O ressarcimento, embora deva ser considerado na dosimetria da pena, não implica anistia e/ou exclusão do ato de improbidade”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1450113/RN, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05 mar. 2015, DJe 31 mar. 2015.

⁴³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1512654 / SP, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 30 nov. 2017, DJe 27 fev. 2018.

⁴³⁸ “III - Alegação de violação do art. 11, caput e VI, da Lei n. 8.249/92 que merece acolhida. Em que pese o entendimento exarado pelo Tribunal a quo, a conduta praticada pelo réu afrontou os princípios que regem a probidade administrativa, violando, notadamente, os deveres honestidade e legalidade, expressos no art. 11 da Lei n. 8.429/92. Do agente público exige-se grau de diligência superior ao do homem médio. Não pode ele dispor da coisa pública como bem lhe aprouver. Ao contrário, deve empregar na proteção da res publica zelo maior que aquele com o qual trata dos seus interesses privados. Por essa razão, comportamentos que revelem uma atuação despreocupada e descompromissada do agente público não podem ser tolerados. IV - Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido, a fim de condenar o recorrido às sanções do art. 12, III, da Lei n.

Apesar de as Cortes Superiores não adentrarem ao mérito, os julgados demonstram a construção jurisprudencial acerca da concepção de como o dolo se delimita. No julgamento do Recurso Especial nº 1536895, do Rio de Janeiro, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a utilização de recursos públicos para construção de igreja, de denominação Católica Apostólica Romana, não configura o elemento subjetivo apto a configurar conduta de improbidade administrativa. A sentença considerou que a violação ao princípio da laicidade do Estado era circunstância apta a demonstrar a conduta improba. Porém, a Corte decidiu pelo provimento da insurgência recursal, afastando a condenação.⁴³⁹ Ou seja, em uma decisão é considerada dolosa autorização de venda ambulante; em outro julgado, na utilização de recurso público para construção de templo religioso não foi considerada dolosa nem configurou-se improbidade.

De tal modo, independentemente de os acórdãos apresentarem o argumento de que a vontade consciente do agente é que realiza o elemento subjetivo da improbidade administrativa,⁴⁴⁰ os julgados demonstram a construção da jurisprudência a partir da lógica de que a conduta reiterada pressupõe a improbidade, admitindo-se que a repetição é uma forma consciente de reiterar a conduta. A ampliação para a concepção de dolo genérico torna a responsabilidade do agente público praticamente objetiva, de modo que aproxima improbidade de ilegalidade.⁴⁴¹ Porém, improbidade não se confunde com ilegalidade, bem como não há como aceitar a responsabilidade objetiva em matéria de improbidade.

A partir da compreensão de que o elemento subjetivo é amplo, a mera violação ao texto legal passa a ser considerada improbidade. Contudo, a finalidade da lei nº 8.429/1992 não é a de punir os agentes que atuem apenas em contrariedade com a lei; já que para isso é possível se ajuizar outras demandas, que não sejam relacionadas à improbidade. Ampliar a concepção

8.429/92, remetendo os autos à origem para a fixação das correspondentes sanções.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1828356/BA, rel. min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05 nov. 2019, DJe 18 nov. 2019.

⁴³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1536895 / RJ, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 12 dez. 2015, DJe 08 mar. 2016.

⁴⁴⁰ “(...) o elemento subjetivo, para fins de caracterização de ato de improbidade administrativa, reside na vontade consciente e dirigida ao fim de vulnerar as regras da boa gestão e aos predicados éticos de responsabilidade que orientam a Administração Pública. E isto, não há dúvidas, está devidamente comprovado nos autos” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 595208 / PR, rel. min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 21 set. 2017, DJe 28 set. 2017.

⁴⁴¹ “2. O dolo genérico é verificado quando a parte implicada, tendo pleno conhecimento das normas, pratica o núcleo do tipo legal, mesmo que ausente uma finalidade especial de agir. Trata-se de interpretação que confere ao instituto caráter distinto, uma vez que, ao contrário do que sustentam os agravantes, sua configuração não decorre apenas da má-fé do envolvido. Ou seja, a existência de dolo genérico prescinde da comprovação de que o imputado tenha agido deliberadamente no sentido de causar prejuízo à Administração Pública, sendo suficiente a demonstração da vontade de descumprir determinado preceito legal.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1510571 / SE, rel. min. Sergio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15 mai. 2018, DJe 11 jun. 2018.

do elemento subjetivo, para além da amplitude que a própria lei prevê, uma vez que é prevista a possibilidade de culpa para configurar a previsão do art. 10, é tornar a improbidade uma ilegalidade, sendo que é uníssona a interpretação no sentido de que a improbidade é uma ilegalidade qualificada, nesse ponto, justamente pelo elemento subjetivo.

Os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça apresentam as ressalvas, principalmente no sentido de conceber a presença do dolo nas condutas reiteradas, porém, ainda assim, é explícita a proximidade na interpretação entre ilegalidade e improbidade. Em relação à configuração da violação aos princípios da Administração Pública, ainda que reste demonstrada a ausência de proveito ou enriquecimento pessoal, a omissão de uma conduta ou a prática de alguma ilegalidade somente afasta o dolo objetivo, mantendo-se a modalidade genérica.⁴⁴² Ou seja, na prática, a responsabilidade do sujeito em matéria de improbidade administrativa é objetiva. Possibilitar que o dolo genérico seja elemento subjetivo apto a configurar a previsão legal é alterar o sentido de que a improbidade é a ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo.

A omissão de um dever também pode pressupor a conduta dolosa de improbidade. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a ausência de prestação de contas, sem justo motivo para a omissão, faz presumir o dolo genérico. No caso do recurso Especial nº 1822891, do Rio Grande Norte, a justificativa de que o prazo para prestação de contas se esgotava na gestão do sucessor não foi considerada justo motivo, de modo que, essa é mais uma hipótese na qual se presume o dolo genérico, ao passo que o cometimento da conduta já caracteriza o elemento subjetivo.⁴⁴³

Cabe às instâncias primárias, primeiro e segundo grau, a análise probatória. Assim, a configuração do elemento subjetivo, o dolo, ainda que na modalidade genérica, deve estar explícita no julgamento. Caso contrário, não há como manter decisão que reconhece o cometimento de improbidade administrativa, porém em sua análise probatória deixa de explicitar a configuração do dolo.⁴⁴⁴ Nessas situações, nas quais o acórdão do tribunal de origem

⁴⁴² “3. A mera constatação existente no acórdão recorrido, no sentido de que o desvio da verba não tinha por finalidade proveito próprio dos réus somente tem o condão de afastar um eventual dolo específico, e não o dolo genérico, que resultou da conduta livre e consciente de não repassar ao Fundo Previdenciário dos Servidores Públicos do Município de Caxambu de verba a este pertencente por determinação legal, tanto aquela alusiva aos valores efetivamente descontados dos vencimentos dos servidores como as decorrentes da contribuição devida pela Prefeitura Municipal (correspondente a 10% do valor da folha de pagamento total dos servidores).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1238301 / MG, rel. min. Sergio Kukina, Primeira Turma, julgado em 05 jun. 2018, DJe 13 jun. 2018.

⁴⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1822891 / RN, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03 out. 2019, DJe 18 out. 2019.

⁴⁴⁴ “RECURSO ESPECIAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, CAPUT, DA LEI Nº 8.429, DE 1992. INEXISTÊNCIA DE DOLO. Espécie em que, nada obstante tenha o tribunal a quo

é omissa, a posição do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de determinar o retorno dos autos para que haja manifestação expressa acerca do dolo. Afinal, em razão da proibição de reanálise probatória, a análise da Corte Superior depende dos elementos já apresentados pelos desembargadores.

Quando da análise do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 979.587, origem Paraíba, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, o relator deixou de analisar o mérito, que justamente abordava a questão da ausência de motivação para descumprir a regra, ou seja, a concepção de dolo genérico. A decisão proferida fundamentou que para a análise da questão posta em sede recursal seria necessário reanalisar as provas bem como analisar a Lei de Improbidade Administrativa, algo incabível em sede de Recurso Extraordinário.⁴⁴⁵ Ou seja, nesse caso, para além da impossibilidade de reanálise probatória, o próprio relator suscita uma possível alegação de inconstitucionalidade, mas deixa de analisar em razão da impossibilidade de verificação das provas.

Por seu turno, a construção do dolo genérico se apresenta como fundamento para a elaboração da teoria do dano *in re ipsa*, uma vez que acaso presumida a vontade do sujeito, o próprio dano também pode ser presumido. Diversos julgados demonstram que a flexibilização da demonstração do dolo é uma forma de construir o próprio dano *in re ipsa*.⁴⁴⁶ Consultando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com os parâmetros de pesquisa os termos “improbidade” e “administrativa” e “*ipsa*”, apresenta-se o resultado de 66 julgados, considerando o lapso temporal de 01 de janeiro de 2013 a 31 de dezembro de 2019.

Para os casos nos quais há frustração do processo licitatório, ou seja, configuração do inciso VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de que o dano é presumido.⁴⁴⁷ Da mesma

afirmado que a recorrente agiu em desconformidade com o art. 11, caput, da Lei nº 8.429, de 1992, não há no julgado uma única linha a respeito da existência do dolo, ainda que genérico, circunstância por si só suficiente para descaracterizar o indigitado ato de improbidade administrativa. Recurso especial provido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1410336 / SP, rel. min. Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 17 dez. 2013, DJe 04 fev. 2014.

⁴⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 979587/PB, rel. min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 16 dez. 2016, DJe 10 fev. 2017.

⁴⁴⁶ Nesse sentido, Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1205949 / RJ, rel. min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 26 mar. 2019, DJe 01 abr. 2019. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1621107 / AL, rel. min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 14 ago. 2018, DJe 17 ago. 2018.

⁴⁴⁷ “IV - A jurisprudência desta Corte considera indispensável, para a caracterização dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, a comprovação da lesão ao erário, exceto para as hipóteses específicas do inciso VIII do referido dispositivo, em que o prejuízo é presumido (*in re ipsa*), e exige, como elemento subjetivo, a culpa do agente, reservando-se o dolo para as hipóteses dos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992. Precedentes: REsp n. 1.718.916/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2019, DJe 11/10/2019; e AIA n. 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em

forma, o dolo é configurado mediante a demonstração de frustração do processo licitatório, caracterizada, por exemplo, por meio da dispensa ou inexigibilidade considerada irregular, fracionamento do objeto ou mesmo conluio.⁴⁴⁸ Ou seja, demonstrado que o processo licitatório não seguiu as exigências legais, presume-se o dano.⁴⁴⁹ A presunção do dano é fruto da configuração de dolo genérico a partir da conduta ilegal do agente. Presume-se que em razão da frustração ou dispensa do processo licitatório, a Administração Pública não escolheu a melhor opção.

No caso específico do inciso VIII, do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, no entendimento acerca do que seria frustrar a licitação, inclui a escolha errada de modalidade, de modo que também incide o cometimento de conduta impropria, na modalidade culposa. E, conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, presume-se o dano ao erário.⁴⁵⁰ De todo modo, caso o tribunal de segunda instância afirme que não houve dano ao erário, mantém-se nos tribunais superiores esse entendimento, justamente em razão da

21/9/2011, DJe 28/9/2011.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo em Recurso Especial nº 1461963 / SP, rel. min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 17 set. 2019, DJe 25 set. 2019.

⁴⁴⁸ “1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado segundo o qual a dispensa indevida de licitação configura dano in re ipsa, permitindo a configuração do ato de improbidade que causa prejuízo ao erário. Precedentes: AgInt no REsp 1.604.421/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26/6/2018, DJe 2/8/2018; AgInt no REsp 1.584.362/PB, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/6/2018, DJe 22/6/2018; AgInt nos EREsp 1.512.393/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 17/12/2018.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1537057 / RN, rel. min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 09 abr. 2019, DJe 20 mai. 2019. “2. No que concerne à comprovação de lesão ao patrimônio público, o entendimento adotado por esta Corte é o de que a dispensa indevida do procedimento licitatório ou, ainda, a prática de licitação comprovadamente fraudulenta, ocasiona o chamado dano in re ipsa, decorrente da própria ilegalidade do ato. Isso porque, se a licitação houvesse sido regularmente instaurada, o Poder Público teria condições de selecionar proposta mais vantajosa, garantindo o respeito aos princípios da legalidade, da moralidade e da igualdade. Precedentes: AgInt no REsp 1.671.366/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 01/12/2017; REsp 1.685.214/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/12/2017.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 716758 / CE, rel. min. Segio Kukina, Primeira Turma, julgado em 01 mar. 2018, DJe 14 mar. 2018.

⁴⁴⁹ “IV - Agentes públicos que converteram a tomada de preços em convites com o claro intuito de permitir o acesso à licitação de empresas envolvidas em fraudes realizadas em âmbito nacional, limitando, inclusive, a participação de outras empresas do próprio Estado da Paraíba, o que gerou prejuízo à competitividade do certame e, portanto, dano in re ipsa ao erário. Presentes, desse modo, o dolo ainda que genérico e também o prejuízo mesmo que presumido ao erário. Precedentes: REsp 1685214/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017 e REsp 1624224/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 1/3/2018, DJe 6/3/2018 V - Indevida improcedência dos pedidos contidos na ação civil pública por improbidade administrativa na sentença e no acórdão recorrido, por violação ao art. 10, VIII, e 11 da Lei 8.429/92.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1584362 / PB, rel. min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19 jun. 2018, DJe 22 jun. 2018.

⁴⁵⁰ “II - O critério de técnica e preço é previsto exclusivamente para as licitações de natureza predominantemente intelectual. Ao adotar referido critério, houve afronta ao art. 46, caput, da Lei 8.666/93, pois o serviço licitado é preponderantemente manual. III - Segundo entendimento consolidado nesta Corte de Justiça, para a caracterização de improbidade administrativa, por frustração da licitude do processo de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano in re ipsa.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1624224 / RS, rel. min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 01 mar. 2018, DJe 06 mar. 2018.

impossibilidade de revolvimento probatório nessa instância.⁴⁵¹ O entendimento acerca do dano deve estar expresso no julgamento do tribunal de origem, uma vez que ainda que haja prestação do serviço, há a possibilidade de configuração do dano *in re ipsa*. Nesse caso, protege-se a lisura do processo licitatório e a escolha da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

A demonstração do elemento subjetivo é imprescindível quando da análise acerca da conformação da conduta com a previsão legal. Assim, julgados de segunda instância pautados em entendimentos antigos da Corte Superior, no sentido de que é dispensável a presença do dolo, sofrem interferência no julgamento, para a finalidade de que retornem aos tribunais para que haja demonstração explícita do entendimento dos desembargadores acerca da configuração do elemento subjetivo.⁴⁵² Esse posicionamento decorre da impossibilidade de reanálise probatória, bem como o entendimento solidificado de imprescindibilidade de presença de dolo, ainda que genérico, para configurar as condutas previstas nos artigos 9º e 11, e de culpa, na modalidade grave, para demonstração do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa.

Em 2018 a decisão pela imprescritibilidade das ações do ressarcimento ao erário decorrentes de conduta dolosa de improbidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, acarretou uma ação declaratória de improbidade, uma vez que todas as sanções não podem ser aplicadas, restando somente o ressarcimento ao erário imprescritível. Para além da decisão relevante acerca da prescrição, o Recurso Extraordinário nº 852475 trouxe diversas discussões acerca do entendimento dos ministros do STF sobre improbidade administrativa. O Ministro Alexandre de Moraes, relator da demanda, mas voto vencido, afirma que “a improbidade não é uma mera ilegalidade, mas uma ilegalidade dolosa e, excepcionalmente, em um único tipo, culposa, qualificada pela ideia de corrupção, da prática de corrupção.”⁴⁵³ Ou seja, ao abordar a culpa, modalidade possível para hipóteses de dano ao erário, inclui como característica indispensável à configuração do elemento subjetivo da corrupção. O dispositivo legal não apresenta a corrupção como imprescindível para a conformação da conduta à previsão da lei,

⁴⁵¹ “3. O Tribunal a quo deu parcial provimento à Apelação dos réus. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO 4. Quanto ao dano ao Erário, o Tribunal de origem afirmou, categoricamente, que este não ocorreu: ‘A segunda omissão, igualmente, não se mostra presente. O julgado foi contundente afastando a hipótese de dano ao erário municipal. E não custa repetir: (...) Não há falar em dano ao Erário ou em enriquecimento ilícito, mas apenas em frustração a princípios, ensejando a aplicação das penas do art. 12, III, da LIA’ (fls. 324-325, grifo em itálico acrescentado). 5. Portanto, *in casu*, não há falar em dano *in re ipsa*, pois o Tribunal a quo afirmou que não houve dano ao Erário.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1543711 / SC, rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04 mai. 2017, DJe 17 mai. 2017.

⁴⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1107666 / SP, rel. min. Sergio Kukina, Primeira Turma, julgado em 26 mar. 2019, DJe 01 abr. 2019.

⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 852475 / SP, rel. min. Alexandre de Moraes, Rel. para voto min. Edson Fachin, Pleno, julgado em 08 ago. 2018, DJe 25 mar. 2019.

uma vez que dentre os incisos há previsão de mero descumprimento das regras, sem necessariamente demonstração de conduta corrupta.

Para além das análises dos institutos punitivos, o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça acerca de determinada flexibilização de garantias ressalta ainda o caráter punitivista da jurisprudência. A regra para a decretação da indisponibilidade dos bens é a demonstração do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Ou seja, a comprovação de que caso a indisponibilidade não seja determinada, o resultado final da demanda judicial restará prejudicado. Porém, o Superior Tribunal de Justiça definiu a possibilidade excepcional de presunção desse elemento, de modo que basta para a decretação da indisponibilidade de bens a presença de indícios do cometimento dos atos de improbidade.⁴⁵⁴

Ademais, em relação ao procedimento a ser seguido, a lei nº 8.429/1992 estabelece que antes do recebimento da demanda, deve-se oportunizar ao requerido a defesa prévia, como medida de tutela, momento no qual o acusado deve demonstrar que os atos suscitados na petição inicial não configuram improbidade administrativa ou mesmo afastar a autoria do fato. Nesse caso, o juízo não recebe o pleito e encerra a demanda sem a necessidade de instrução. Porém, na hipótese de falha nessa notificação, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que apenas há nulidade se demonstrado o prejuízo ao sujeito.⁴⁵⁵

Destaca-se que alguns recursos não são conhecidos nas instâncias superiores em razão de problemas processuais, como ausência de prequestionamento ou justamente o desejo de reanálise probatória. A alteração do Código de Processo Civil, em 2015, também estabeleceu algumas questões acerca da admissibilidade recursal, de modo que o Superior Tribunal de

⁴⁵⁴ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. PERICULUM IN MORA. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. FUMUS BONI IURIS. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE ATOS ÍMPROBOS. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 568/STJ. “(...)no sentido de que a decretação de indisponibilidade de bens em improbidade administrativa dispensa a demonstração de periculum in mora, o qual estaria implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92, bastando a demonstração do fumus boni iuris que consiste em indícios de atos ímprobos (...)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1570585 / MG, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20 out. 2010, DJe 27 out. 2016.

⁴⁵⁵ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO OU NÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. NULIDADE NÃO DECLARADA. “(...) IV – Não merece prosperar a alegação de nulidade do feito, em razão da ausência de notificação do réu para apresentar defesa prévia (art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92), na medida em que não foi identificada qualquer situação de prejuízo concreto. Nesse sentido: REsp n. 1.101.585/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 21/11/2013, DJe 25/4/2014 e AgRg no REsp n. 1.467.175/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 3/3/2016,” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1251535 / SP, rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 12 fev. 2019, DJe 15 fev. 2019.

Justiça pacificou o entendimento de que os requisitos processuais deveriam seguir o regramento processual vigente quando da interposição da insurgência.⁴⁵⁶ Outro resultado é a falta de enfrentamento ao mérito da demanda sob o fundamento de impossibilidade de averiguar as provas, assim, os tribunais de segunda instância são determinantes para traçar as características aptas a demonstrar o cometimento de improbidade administrativa.

3.2 A LINDB E A PRETENSÃO DE MAIOR SEGURANÇA JURÍDICA

Por meio da lei nº 13.655/2018, cujo projeto foi apresentado pelo Senador Antonio Anastasia ao Senado Federal. A inclusão de novos dispositivos à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro teve como escopo melhorar a qualidade das decisões públicas, a partir da inserção de parâmetros de decisão aplicados ao Direito Público.

Nesse sentido, pode-se considerar que a alteração da previsão legal das normas introdutórias teve a finalidade de conceder segurança ao agente público na tomada de decisões, uma vez que os agentes políticos estão sujeitos a eventuais alterações de interpretação dos órgãos de controle, fato que limita a capacidade de inovação em razão de concepções interpretativas diferentes.⁴⁵⁷ Em que pese sua aprovação contar com apoio político, diversos dispositivos foram vetados pelo presidente, à época Michel Temer, principalmente em razão da manifestação contrária à proposta legislativa elaborada por organizações de procuradores e promotores.⁴⁵⁸ Os dispositivos vetados abordavam o apoio institucional no caso de persecução judicial ou nos órgãos de controle, de modo a disponibilizar inclusive pagamento da defesa.

De todo modo, o texto aprovado tem a finalidade de aumentar a segurança jurídica nas decisões, por meio de maior estabilidade em relação às interpretações dos dispositivos legais. Nesse sentido, acerca das diferentes formas interpretativas, a concepção jurisprudencial sobre a configuração do dolo se desenvolveu no sentido de ampliar suas possibilidades, para afastar a necessidade de dolo específico, bem como a partir da inclusão de figuras que estendem as

⁴⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1111038 / SP, rel. min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 21 ago. 2018, DJe 20 set. 2018.

⁴⁵⁷ VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo da Lei nº 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa fé para inovar na Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 16, n. 62, p. 161-186, jul./set. 2018. p. 163-166.

⁴⁵⁸ Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/2100-sancionada-com-vetos-alteracao-da-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-apos-manifestacao-de-entidades.html>> Acesso em: 27 jan. 2020. Cf. FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. **Consultor Jurídico**. 10 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

incidências de responsabilização, como o caso do dano *in re ipsa*. Por seu turno, a promulgação da Lei nº 13.655/2018, que promoveu alterações na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro trouxe elementos que pretendem reduzir a amplitude do entendimento acerca da responsabilização dos agentes.

Com a alteração da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro estabelece-se que nenhum agente político será responsabilizado por seus atos se não for comprovado o dolo ou o erro grosseiro, conforme redação dada ao art. 28 pela Lei n. 13.655/2018. A concepção de erro para o Direito pode ser extraída da redação do art. 138 do Código Civil,⁴⁵⁹ como algo que poderia ser percebido por qualquer um, sendo prescindível possuir competências extraordinárias. Nesse dispositivo do Código Civil, o erro não possui adjetivo, de modo que quando a lei menciona erro grosseiro trata-se de algo que transcende essa normalidade.

De certa forma, a modalidade culposa foi readequada com a alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O fato de constar na LINDB a possibilidade de condenação em razão de erro grosseiro é uma forma de manter a culpa, ainda que na sua modalidade grave. Essa característica do erro grosseiro é delimitada pelo decreto nº 9.830/2019, cuja finalidade foi regulamentar os artigos 20 ao 30 do Decreto Lei nº 4.657 – conhecida como LINDB, principalmente em relação as alterações promovidas em 2018. Segundo a redação do decreto, o erro grosseiro é manifesto, evidente e inescusável, derivado de omissão ou ação que tenha sido realizada com negligência, imprudência ou imperícia.⁴⁶⁰

As alterações promovidas culminaram em discussões acerca da configuração dos elementos apresentados pela lei de alteração da LINDB. Segundo enunciado nº 19, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, a modalidade culposa na improbidade administrativa não é compatível com a Constituição, salvo se restar demonstrado o erro grosseiro, uma vez que

⁴⁵⁹ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

⁴⁶⁰ Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções. § 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia. § 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro. § 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público. § 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público. § 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo. § 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes. § 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo. § 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

para a configuração da conduta improba é imprescindível a intenção desonesta e desleal do agente.⁴⁶¹ Com essa alteração, pode-se considerar que foi revogado o dispositivo que possibilitava a condenação por culpa – simples – nas ações de improbidade. Nessa toada, Eduardo Jordão ressalta que a alteração da LINDB inaugura um momento que o controlador deve dialogar com o gestor para entender as circunstâncias que levaram à tomada de decisões, uma vez que promove, em certa medida, uma empatia, ao prever no art. 22 a necessária observância aos obstáculos e dificuldades reais do gestor.⁴⁶²

O conceito de erro grosseiro traz consigo a presença dos elementos subjetivos de culpa e dolo, uma vez que não é qualquer conduta errada que está apta a ensejar a responsabilização. A análise de culpabilização é que determinará se o agente responderá pela conduta e se será situação de dolo ou erro grosseiro.⁴⁶³ Nessa perspectiva, Luciano Ferraz afirma que a redação do art. 28, ao afirmar que somente responderá por seus atos em caso de dolo ou erro grosseiro, revogou parcialmente a Lei de Improbidade Administrativa, uma vez não pode ser mais aplicada a culpa simples, sendo imprescindível no mínimo a culpa grave para perfectibilização da redação do art. 10 da LIA.⁴⁶⁴

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro interfere diretamente na maneira como a Lei nº 8.429/1992 passará a ser aplicada, afinal, a alteração promovida pela lei nº 13.655/2018 teve por objetivo justamente acrescentar mais dispositivos voltados ao Direito Público. Em relação ao erro grosseiro, a redação original da lei previa que as decisões dos agentes políticos poderiam se basear em precedentes ou a partir do entendimento exarado pelos órgãos de controle. Esse dispositivo foi vetado pelo Presidente da República sob o fundamento de que a redação tal como apresentada causava insegurança jurídica, uma vez que possibilitava a atuação do agente com base na própria convicção. Consequente, a redação final do art. 28 da LIND valoriza o agente

⁴⁶¹ Íntegra do enunciado: 19.A modalidade culposa de improbidade administrativa não se harmoniza com a Constituição, porque improbidade é ilegalidade qualificada pela intenção desonesta e desleal do agente. Não obstante, analisando---se a legislação infraconstitucional, o art.10 da Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretado de acordo com o art.28 da LINDB, afastando---se a possibilidade de configuração da improbidade sem a presença de erro grosseiro do agente (culpa grave). Proferido no Seminário “Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo”, realizado em Tiradentes-MG, 14 de junho de 2019. Disponível em: <<http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁴⁶² JORDÃO, Eduardo. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018

⁴⁶³ BINENBJOM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018. p. 213.

⁴⁶⁴ FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. **Consultor Jurídico**. 10 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

de boa-fé, sendo que afasta a condenação por improbidade administrativa do agente público com base na culpa simples.

De todo modo, a inclusão do termo erro grosseiro também traz seus questionamentos e dúvidas sobre sua configuração. O Tribunal de Contas da União, em outubro de 2018, manifestou-se acerca dos contornos da expressão. No acórdão nº 2391/2018, o relator buscou no Direito Civil as origens dos termos para desenvolver a ideia do conceito trazido na alteração da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Segundo o acórdão, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, o erro grosseiro é aquele que poderia ter sido evitado até mesmo pelo sujeito com diligência abaixo do normal, se configura “o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”. O acórdão até estabelece uma tabela com a gradação da responsabilidade e o efeito sobre o negócio jurídico.⁴⁶⁵

Quadro 1 – Gradação do erro

Gradação do Erro	Pessoa que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)
Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
Erro leve	Com diligência extraordinária - acima do normal	Não anulável

Fonte: TC Tomada de Contas Especial nº 007.416/2013-0

Por vezes os órgãos de controle atuam para além de suas competências, como a estabelecer regramentos novos em relação ao gestor.⁴⁶⁶ Verifica-se que o quadro apresenta controvérsias, uma vez que todo ato pode ser anulável. Apesar de realizar a ressalva na redação do acórdão, o modo como está expresso no quadro comparativo não explicita essa exceção.

⁴⁶⁵ BRASIL, Tribunal de Contas da União, Tomada de Contas Especial nº 007.416/2013-0, rel. min. Benjamin Zymler, Primeira Turma, julgado em 17 out. 2018.

⁴⁶⁶ Flavio Garcia Cabral, em seu memorial de estágio pós-doutoral destaca o ativismo do Tribunal de Contas da União, ainda que por vezes com a intenção de suprir lacunas. De todo modo, é uma instituição com muito poder, que deve se conter diante dos anseios de controle total da Administração Pública, proferindo decisões que sejam coerentes com o texto constitucional. Cf. CABRAL, Flávio Garcia. **O ativismo de contas no Tribunal de Contas da União - TCU**. Estágio Pós-Doutoral - 2018-2019. Período: 11/2018 a 11/2019; relatório final. 2019. 95 f. Relatório (Pós-Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba (PR), 2019.

Para ser mais completo, o TCU poderia ter incluído na tabela em que medida essa gradação interfere na aplicação de sanção.

De toda sorte, a partir da construção desse entendimento, o Tribunal de Contas da União reforça a concepção de gestor médio, utilizando-se das bases já estabelecidas acerca do homem médio e suas características. Nesse sentido, o gestor deve apresentar as características de zelo, cuidado e diligência. Aquilo que não coadunar com as características do gestor médio, configuraria o erro grosseiro, previsto na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Ocorre que essa figura de gestor médio é uma figura jurídica que não guarda necessariamente correspondência com a realidade. Afinal, características como diligência e zelo dependem do contexto que estão inseridas. Ademais, o aparato de suporte técnico do agente é relevante na tomada de decisões. Não é exigida formação técnica específica dos agentes políticos justamente porque a máquina administrativa é formada por vários técnicos. A competência de conhecimento de cada agente é complementar. Logo, essa estrutura de apoio é fundamental no momento de compreender quais as características do agente médio.

Destaca-se que a alteração da LINDB incluiu dispositivo prevendo a necessidade de interpretação das normas de acordo com a realidade na qual os agentes políticos estão submetidos.⁴⁶⁷ Rodrigo Pironti alcunhou esse dispositivo como “princípio da realidade”.⁴⁶⁸ No acórdão nº 1628/2018, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, o Tribunal de Contas da União aplicou a redação do art. 22 da Lei de Introdução às Normas Brasileiras com a finalidade de analisar o erro grosseiro a partir da conduta de cada um dos sujeitos envolvidos, afastando a aplicação de sanção ao Secretário Municipal em razão das atribuições do cargo, ao argumento de que não seria viável verificar cada documento constante nos autos.⁴⁶⁹ Para se compreender

⁴⁶⁷ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

⁴⁶⁸ “De modo sensível e em atenção ao que convencionei chamar de princípio da realidade, expressamente previsto no parágrafo 1º do artigo 22 da Lei 13.655/2018, segundo o qual as decisões sobre a regularidade de condutas devem considerar as circunstâncias práticas que impactaram ou conduziram a ação do agente, o ministro Benjamin Zymler demonstrou – acertadamente em meu sentir – que um dos servidores públicos responsáveis havia sido induzido a erro. Isso porque, as empresas contratadas, sempre por dispensa de licitação, prestavam serviços ao hospital desde junho de 2012, o que, aos olhos do Ministro, permitiu concluir ‘que não havia por parte da administração local a preocupação em se verificar se os sócios das empresas detinham vínculo profissional com a municipalidade.’ Nesse sentido, o servidor municipal foi levado a falsa presunção de que as empresas estavam regulares, já que prestavam há tempo aquele serviço.” PIRONTI, Rodrigo. A LINDB e a jurisprudência do TCU: decisões coerentes e o princípio da realidade. **Consultor Jurídico**. 13 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-13/rodrigo-pironti-lindb-tcu-principio-realidade>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁴⁶⁹ “44. Entendo, pois, que a conduta desse responsável foge do referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação. Tratou-se, a meu ver, de erro grosseiro, que permite que os agentes respondam pessoalmente por seus atos, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.655/2018): ‘Art. 28. O agente público

a realidade e interpretar as regras de acordo com o contexto é necessário ir além dos parâmetros do gestor médio, pois essa métrica concede tratamento igual para indivíduos com realidades muito distintas.

Outro ponto trazido pela alteração da LINDB, especificamente no art. 20, refere-se à necessidade de ponderação acerca das consequências quando as decisões judiciais ou dos órgãos controladores se pautarem em termos abstratos. Isso impacta diretamente nos julgados que analisam situações que abordam o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Os princípios da Administração Pública possuem conteúdo aberto e suscetível a diferentes interpretações. A partir do dispositivo introduzido no ordenamento jurídico pela lei nº 13.655/2018, passa-se a exigir de quem está julgando maior arcabouço de fundamentação.

Essa exigência reflete na própria concepção acerca do *standard* analisado bem como possibilita maior uniformização dos conteúdos jurídicos. Afinal, a alteração das normas introdutórias, com a intenção de conferir maior segurança jurídica às decisões administrativas visa coibir o espaço discricionário de atuação do julgador, de modo que as provas devem ser concretas e demonstrarem a vontade do agente em descumprir a probidade administrativa.⁴⁷⁰ Em que pese, no universo ideal, caber ao gestor esse dever, na prática não é isso que acontece, pois o ideal de gestor médio não coaduna com as responsabilidades diárias de um administrador público.⁴⁷¹

A instabilidade nas decisões sobre as condutas dos agentes e a possibilidade constante de penalização em razão do aspecto interpretativo promove uma espécie de ausência de arriscar ou de inovar, sendo um dos elementos que culmina na letargia administrativa. Esse temor em arriscar nas decisões, uma vez que não se pode antever como será interpretado pelos órgãos de controle, promove uma Administração Pública burocrática, no sentido de estar mais preocupada em seguir a ritualística que atenda ao interesse público. Conforme destaca Gustavo Justino de Oliveira, de um lado há o hiperativismo do controle e do outro a paralisia administrativa, relação que faz com que todos percam, cabendo ao Direito equalizar essa relação, por meio “de

responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou ‘erro grosseiro’.” 45. Em razão de não estar caracterizada a má-fé e da ausência de evidências de que o direcionamento da licitação tenha efetivamente acontecido, entendo aplicável a pena de multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, no valor de R\$ 5.000,00. 46 Quanto ao sr. Marco Otílio Duarte Rodrigues, então Secretário Municipal de Saúde, também instado a se manifestar pela falha, entendo, ante seu plexo de atribuições, que não era exigível que, ao assinar os contratos, se debruçasse sobre a composição societária das empresas vencedoras do certame. Dessa forma, creio que podem ser aceitas suas razões de justificativa sobre o tópico.” BRASIL, Tribunal de Contas da União, Tomada de Contas Especial nº 024.434/2014-0, rel. min. Benjamin Zymmler, Primeira Turma, julgado em 18 jul. 2018.

⁴⁷⁰ VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo... p. 179.

⁴⁷¹ BINENBJOM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB... passim.

melhores bases normativas e novos e civilizados modelos de inter-relacionamento entre controle e gestão”.⁴⁷²

Nesse contexto, a redação da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a partir das alterações promovidas pela lei nº 13.655/2018, tem a missão de conceder estabilidade aos agentes de boa-fé, com base na segurança jurídica acerca das interpretações dos julgadores sobre as demais legislações existentes. Assim, a presunção passa a ser da legalidade da conduta do agente.⁴⁷³ A alteração na concepção sobre o agente e seu comportamento, afastando a presunção de má-fé ou de ilegalidade de fato não é promovida apenas com uma lei, mas sim perpassa por mudanças culturais. Porém, a colocação no ordenamento jurídico de necessidade de análise mais ampla e com segurança jurídica possibilita ao agente poder inovar e arriscar, sem abrir mão de coibir o sujeito que age com desprezo com o interesse público ou com vistas a apenas obter proveitos individuais. A realidade que aflige o gestor público diante do sistema de controle excessivo e com termos abstratos, expressa pela ampliação do “Direito Administrativo do medo”,⁴⁷⁴ apenas promove a paralisia da máquina pública, retardando a efetivação, inclusive, de direitos fundamentais. Não se nega a necessidade do controle, porém esse não pode inviabilizar a gestão pública, uma vez que diante do medo de penalização, opta-se pela omissão.⁴⁷⁵

É dever do agente público seguir as regras legais. Contudo, o cotidiano é mais complexo e muito mais avançado que as disposições legislativas. Imaginar o agente político como um super sujeito que está ciente de todas as ações é exigir competências para além das humanas. Agir com probidade e moralidade é o dever daqueles que estão à serviço da Administração Pública. Porém, para se verificar se esses deveres foram cumpridos, é necessário analisar para além da presunção de ilegalidade, devendo-se verificar o cenário no qual a conduta foi realizada. Aquelas praticadas com engano estão suscetíveis de repreensão, mas por meio de

⁴⁷² OLIVEIRA, Gustavo Justino. Hiperativismo do controle versus inércia administrativa: Governança pública e novos standards interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo. **Jota**. 18 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>> Acesso em: 10 dez. 2019.

⁴⁷³ VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo... p. 180.

⁴⁷⁴ GUIMARÃES, Fernando. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Consultor Jurídico**. 31 jan. 2016. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle> > Acesso em: 20 jan. 2020.

⁴⁷⁵ MALUF, André Luiz; PRADO, Thainara. Administração pública do medo e os desafios para a inovação: É preciso buscar um ponto de equilíbrio entre o controle da administração pública e autonomia do gestor para inovar. **Jota**. 300 set. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-e-os-desafios-para-a-inovacao-30072019>> Acesso em: 20 jan. 2020.

medidas mais moderadas, como perda de um cargo comissionado ou mesmo determinação de cessar a conduta.⁴⁷⁶ Não se trata de complacência.

Assim, a construção sobre quais condutas se enquadram no erro grosseiro é maneira de priorizar a segurança jurídica. Trata-se também de um termo aberto. Contudo, a partir da regulamentação por meio do decreto e das decisões que estão sendo proferidas é possível saber de antemão qual o limite de compreensão, sendo possível ao agente político, na tomada de decisões, antever em que sentido está se arriscando com a escolha realizada. Pela interpretação da lei, apenas as condutas graves estarão submetidas às sanções individualizadas.

Logo, a previsão de erro grosseiro afasta da concepção da Lei de Improbidade Administrativa a possibilidade de incidência da culpa simples, de modo que o sancionamento das condutas deve estar fundamentado em provas concretas do cometimento da ilegalidade qualificada. Não obstante, o erro grosseiro é uma maneira de manter em aberto o elemento subjetivo, pois não afasta a culpa, apenas a qualifica na modalidade grave. O dolo é a intenção de agir, a culpa não. Contudo, considerando que ela deve ser na modalidade grave, deixa-se de aplicar objetivamente a sanção. A inclusão do erro grosseiro e ausência de compreensão do dolo, considerando inclusive a forma genérica, mantém o cenário de instabilidade.

3.3 QUEM TEM MEDO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

Por força da mídia e da pressão social, presume-se o agente público, principalmente o político, como aquele que sempre está com a intenção de obter uma vantagem pessoal e se aproveitar da máquina pública. Nesse sentido, essa vontade de punir “tem tornado a Lei de Improbidade Administrativa um perigoso instrumento de vingança, cuja incidência, com menoscabo a garantias individuais, produtos de uma árdua e longa conquista histórica, constitui um grave retrocesso ao Estado Democrático de Direito.”⁴⁷⁷ Logo, mesmo que os meios de persecução ao agente público não tenham seguido as regras e assegurado as garantias individuais o que se torna relevante é punir, como se isso fosse suficiente para pôr fim à corrupção ou melhorar as prestações de serviços públicos.

Nesse sentido, considera-se o ambiente público como um campo propício para a prática de condutas corruptas e corruptivas, sem considerar que vários espaços privados são os que mantêm e financiam essa prática. Porém, ignorando que o privado também pode ser

⁴⁷⁶ BINENBJOM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB... p. 214.

⁴⁷⁷ CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa**: Limites constitucionais à lei de improbidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 297.

corrupto, a redução do Estado se apresenta como uma medida de eficiência e probidade. No entanto, aumentar os índices de condenação dos agentes políticos não torna o uso do erário mais eficiente. Na prática, nas ações de improbidade acaba-se imputando ao acusado demonstrar sua inocência, invertendo o ônus probatório. Inobstante, a Constituição, presume-se a inocência até que se prove o contrário.⁴⁷⁸ Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência é fortemente desprezado.

Os posicionamentos mais amplos, que aceitam o dolo presumido ou genérico como possíveis elementos configuradores da improbidade, refutam veemente que a redação da LIA exige a configuração do dolo objetivo para sua realização. De todo modo, qualificadores como “presumido” e “genérico” retiram do aplicador de Direito os seus limites hermenêuticos. Afinal, demonstrar algo que se presume, é eminentemente subjetivo. Estas construções jurisprudenciais atingem diretamente a presunção de inocência pois, ao se considerar que o agente “deveria saber” dos atos corruptivos, sem que haja prova de que ele atuou em contrariedade aos regramentos da Administração Pública por vontade ou por imperícia, é inverter a lógica do regime democrático e presumir a culpa – aqui entendida no sentido de responsabilidade.

A caracterização de dolo genérico se apresenta como praticamente impossível de se desconstruir. Se o dolo é a vontade de não cumprir com o regramento legal, quando entendido na sua modalidade genérica, ou presumida, qualquer conduta pode ser apta a demonstrar indícios da vontade, conformando assim o elemento subjetivo necessário para demonstrar a prática do ato de improbidade administrativa.

Não obstante, ainda que haja quem defenda que as medidas adotadas nas ações de improbidade administrativa por vezes violam os direitos individuais em detrimento da efetiva defesa do interesse público, uma vez que a moralidade e o fim da corrupção são prioritários. Assim, em contramão aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal, teorias sustentam que dolo não tem relação com o aspecto psicológico, uma vez que é um conceito jurídico-normativo e sua utilidade é valorar o fato empírico, sendo na verdade apenas uma valoração da imperícia,⁴⁷⁹ hipótese defendida por Gabriel Pérez Barberá. Nesse contexto, pautam-se em uma responsabilidade objetiva do agente político.

Defensores da extensão da culpabilidade em matéria de improbidade administrativa, Marcio Fernando Elias Rosa e Wallace Paiva Martins Júnior afirmam que a prova em matéria de improbidade é difícil, por isso a necessidade de flexibilização. Para os autores, que defendem

⁴⁷⁸ CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa...** p. 298.

⁴⁷⁹ BARBERÁ, Gabriel Perez. Dolo como reproche. **Pensar en Derecho**, Argentina, ano 1, n. 1, p. 169-211, dez. 2012. p. 201.

a possibilidade de evidências demonstrarem que o agente não agiu com cautela, seja por ação ou omissão, não há inovação no uso da teoria da cegueira deliberada. A defesa desse ponto de vista, pois, em suas concepções, sendo possível extrair a reprovação da conduta, é dever do agente a observância à probidade, não podendo se escusar da responsabilidade sob o argumento de ignorância acerca situação.⁴⁸⁰ A doutrina, antes da jurisprudência, apresenta modalidades de flexibilização do elemento subjetivo. Em que pese algumas teorias ainda não terem passado pelo crivo do Poder Judiciário, são elementos que transitam no ambiente jurídico e estão em discussão.

A alegação de que a tramitação de uma demanda judicial de improbidade é demasiadamente longa, argumento utilizado para justificar as tentativas de violar garantias do acusado, principalmente a regra atual de manutenção de uma fase prévia de análise acerca da admissibilidade, é descabida. A fase preliminar é justamente para verificar se há indícios do cometimento da improbidade e evitar que um processo judicial se desenvolva sem que haja plausibilidade dos pedidos iniciais. Caso não haja indícios, a petição inicial não é recebida e não se movimenta o Judiciário em prol de uma demanda sem embasamento. Por outro lado, havendo dúvidas acerca da configuração da improbidade, o processo segue o rito instrutório. O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento consolidado que em fase de análise de recebimento, havendo indícios da conduta ímproba, a ação deve ser recebida, de modo que impera nesse ponto o *in dubio pro societate*. Esse posicionamento decorre justamente da concepção de que se há dúvidas acerca do cometimento da conduta, deve-se receber para que na instrução não restem dúvidas para a resolução da lide. Logo, a fase de análise prévia, em que pese dependa de tempo para sua realização, apresenta-se como mais benéfica a quem ajuíza a ação de improbidade que ao requerido, uma vez que em casos de dúvida, prevalece a posição de que se dê prosseguimento à demanda e se realize a devida instrução.

Outro ponto apresentado como entrave para resoluções mais rápidas nas ações de improbidade refere-se à composição do polo passivo por variados agentes. Seguindo a regra processual, deve-se aguardar a intimação pessoal de todos os arrolados para posteriormente se dar prosseguimento. Como existem demandas nas quais o polo passivo é composto por muitos sujeitos, ainda que não haja polo passivo necessário em matéria de improbidade administrativa, até a realização dos atos processuais de intimação e citação o tempo pode ser extenso. No ordenamento jurídico há a preferência pela notificação pessoal do requerido, quando da ciência

⁴⁸⁰ ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell. (Coord.). **Improbidade administrativa**: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 225-239.

acerca da existência de uma demanda judicial. Assim, as formas de intimação ficta, por edital ou presumida são as últimas tentativas realizadas, quando todas as demais se esgotaram. Em que pese se alegar que essa notificação pessoal é a origem da morosidade, esse óbice ao trâmite não é pertencente apenas às ações judiciais de improbidade administrativa. Assim, a demora na tramitação não decorre somente das garantias intrínsecas à ação de improbidade. Tendo em vista a morosidade em demais ações judiciais, reflexo de uma má-gestão do próprio Poder Judiciário.⁴⁸¹

Um dos defensores de procedimentos mais resumidos e ágeis em matéria de improbidade administrativa é o próprio Ministério Público. Porém, o *Parquet* que tanto requer a punição e o combate a corrupção, apontando inclusive como resolução para o engodo sobre a morosidade, a possibilidade de flexibilização das garantias individuais, esquece-se que pode ser ele também arena para o desenvolvimento de improbidades administrativas. Afinal, quando as regras do sistema democrático não são seguidas, também se está diante de um espaço apto ao desenvolvimento das condutas corruptas.⁴⁸² Os mecanismos de proteção e tramitação foram estabelecidos para assegurar a lisura no processo de exercício do poder punitivo do Estado. Relativizar essas garantias que fundam o sistema constitucional do Estado brasileiro é corromper a estrutura formada.

Não obstante, o polo ativo de uma ação de improbidade administrativa desfruta de uma situação bastante confortável. Pela legislação vigente, não há qualquer limite ou penalização ao Ministério Público ou outra entidade da Administração Pública, ainda que ajuíze demanda temerária. Por outro lado, a quem está sendo imputada a prática das condutas ímprobas recai o ônus da presunção de culpa pela sociedade. Afinal, ainda que o agente político venha a ser inocentado, seu nome já ganhou as mídias, já teve o gasto com a própria defesa técnica e o desgaste de sua imagem pública.

Os julgados das cortes superiores tendem a manter as decisões dos tribunais de origem, justamente em razão da impossibilidade de reanálise das provas. Contudo, algumas teorias firmadas em seus julgados refletem o posicionamento pelo dolo e pelo dano presumido, interpretando o texto legal de modo a firmar o entendimento de que em uma ação de improbidade o requerido é quem deve provar sua inocência e não quem alega que deve

⁴⁸¹ SOBREIRA, Renan Guedes; VARGAS, Tuany Baron de. Improbidade administrativa e novos inimigos: o direito administrativo frente à 5ª medida contra a corrupção. In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (Coord.). **Eficiência e ética no direito administrativo**: Livro do II seminário eficiência e ética na administração pública. Curitiba: Íthala, 2017. p. 186-187.

⁴⁸² SOBREIRA, Renan Guedes; VARGAS, Tuany Baron de. Improbidade administrativa e novos inimigos... p. 191.

comprovar a responsabilidade. De todo modo, a alteração de algumas leis, principalmente da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, promove uma necessária reanálise dos posicionamentos outrora firmados.

Acerca da vigência do entendimento do dano ao erário de maneira flexível, após a promulgação da lei nº 13.655/2018, que alterou a redação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, houve questionamentos acerca dessa posição. Afinal, passa-se a exigir dolo ou erro grave para que se possa responsabilizar individualmente o agente público. Atento a esse dispositivo, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná alterou seu enunciado 10, de modo a determinar que não cabe mais dano ao erário na modalidade culposa, salvo se demonstrado dolo ou erro grosseiro.⁴⁸³ Ou seja, a uniformização acerca da lógica de dano presumido pela não realização de processo licitatório passa a ser questionada, pois se antes a mera não realização do processo licitatório caracterizava o dano, a partir da redação da LINDB passa-se a ser necessário demonstrar, no mínimo, o erro grosseiro. Ainda, o mesmo tribunal escolheu um Recurso Especial que questiona a aplicação da teoria do dano *in re ipsa* para os casos de suposta fraude à licitação.⁴⁸⁴ O Superior Tribunal de Justiça ainda não se debruçou sobre esses julgados oriundos do Paraná, porém esta é uma questão que terá que ser resolvida pela Corte superior.

Ainda que se aplique a sanção de acordo o parâmetro do erro grosseiro, a chance de condenação do sujeito a restituir à Administração Pública valor que não foi decorrente de um dano, com base no princípio da moralidade, não se pode considerar constitucional. Não há nenhuma fundamentação legal que sustente a possibilidade de se restituir sem a demonstração de prejuízo. Essa postura de impor o ressarcimento sem demonstração de dano é imoral, “porque em última análise o Estado estaria tirando proveito de um ato que restringe a esfera jurídica de um cidadão sem respaldo legal para isso”.⁴⁸⁵ Ainda, destaca-se que o Superior

⁴⁸³ ENUNCIADO N.º 10 “O artigo 10 da Lei nº 8.429/92 deve ser interpretado à luz do artigo 28 da LINDB (Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro), com as alterações feitas pela Lei nº 13.655/18, não mais sendo admitida a caracterização de ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário quando o agente atua com culpa simples ou leve; apenas mediante dolo ou erro grosseiro, equivalente este à culpa grave nos termos do Decreto nº 9.380/19”. PARANÁ. Tribunal de Justiça do estado do Paraná, Enunciado nº 10, Quarta e Quinta Câmaras, 16 out. 2019, Dje 16 out. 2019.

⁴⁸⁴ “Desse modo, seleciona-se este Recurso Especial como representativo da controvérsia e submete-se ao Superior Tribunal de Justiça a seguinte questão controvertida: ‘Se a fraude (‘*latu sensu*’) em procedimento licitatório gera dano presumido ao Erário e, por consequência, enquadra-se no ato ímprobo previsto no art. 10, inciso VIII, Lei nº 8.429/92’ (Códigos de Assuntos do Conselho Nacional de Justiça: 9985 – Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público; 9997 – Atos Administrativos; 10011 – Improbidade Administrativa; e 10012 – Dano ao Erário). PARANÁ. Tribunal de Justiça do estado do Paraná, Recurso Especial nº 0005741-22.2007.8.16.0174/2, Primeira vice-presidência, 11 nov. 2019.

⁴⁸⁵ FARIA, Luzardo, BIANCHI, Bruno Guimarães. Improbidade administrativa e dano ao Erário presumido por dispensa indevida de licitação: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 18, n. 73, p. 163-187, jul./set. 2018. p. 175.

Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que ressarcimento ao erário não é sanção.⁴⁸⁶ Mais um posicionamento que se contradiz com as decisões que aceitam o dano na modalidade presumida.

A situação é muito mais complexa que a análise acerca de um contrato meramente nulo. Se o serviço foi prestado, ou o bem entregue, não há como presumir um dano, ou mesmo no caso de não haver demonstração de que o valor pago correspondia ao de mercado, não há como afirmar que houve prejuízo ao erário. Afinal, havendo a prestação do serviço ou entrega do bem pelo preço de mercado, a ausência de realização do processo licitatório não acarretou qualquer prejuízo à Administração Pública. Curiosamente, o próprio Superior Tribunal de Justiça, quando da análise da validade de contratos, afirma que “havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública”.⁴⁸⁷ Porém, em relação às ações de improbidade administrativa, em virtude da construção jurisprudencial, não se aplica o mesmo entendimento, uma vez que é consolidado o posicionamento sobre o dano presumido em caso de ausência de licitação.⁴⁸⁸ Ademais, há de se recordar que cabe ao autor da ação judicial de improbidade administrativa demonstrar qual era o valor de mercado e o dano causado ao erário em decorrência da não realização da licitação, sendo dentro dessa diferença que paira o ressarcimento ao erário.⁴⁸⁹

Apesar de ser essa a lógica que deveria prevalecer nesses casos, o que inclusive coaduna com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ressarcimento ao erário não é sanção, não há qualquer sopesamento acerca do valor real do dano. Mesmo nos casos nos quais o requerido demonstra que não houve qualquer dano ao erário, uma vez que a contratação ocorreu por valor inferior ao de mercado, no caso de não ter ocorrido o processo licitatório ou ter sido fraudado, mantém-se a determinação de ressarcimento no valor de toda a contratação. Esse entendimento viola a própria regra de enriquecimento sem causa, uma vez que se demonstrado que o serviço foi prestado ou o produto entregue, bem como comparando-se com o valor praticado pelo mercado, se não houver real prejuízo e exigir o ressarcimento integral é um ato de enriquecimento sem justo motivo. Afinal, a Administração Pública estará

⁴⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1761202/MG, Rel. min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgamento em 27 nov. 2018, DJe 11 mar. 2019.

⁴⁸⁷ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 728.341/SP, rel. min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgamento em 16 set. 2010, DJe 21.out. 2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1055031/RJ, rel. min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgamento 05 maio 2011, DJe 12 maio 2011.

⁴⁸⁸ FARIA, Luzardo, BIANCHI, Bruno Guimarães. Improbidade administrativa e dano ao Erário... p. 178.

⁴⁸⁹ FARIA, Luzardo, BIANCHI, Bruno Guimarães. Improbidade administrativa e dano ao Erário ... p. 179.

se aproveitando de valores que não lhe são devidos. Isso não significa que as irregularidades não possam ser punidas, mas existem as sanções previstas na lei, como por exemplo a multa, afastamento do cargo e, para casos mais graves, a suspensão dos direitos políticos.

Não obstante o posicionamento acerca da definição de dano, outra decisão que viola as garantias fundamentais é a declaração de imprescritibilidade de ressarcimento ao erário. A declaração como imprescritível ao direito de perquirir o ressarcimento ao erário fere a segurança jurídica e a estabilidade das relações. Estabelecer prazos para que o agente público responsável colete provas e providencie o ajuizamento da ação não é desprestígio com o erário, pelo contrário, é forma de ratificar as escolhas constitucionais do Estado democrático de Direito.⁴⁹⁰

A imprescritibilidade culmina na eterna insegurança daqueles que ocuparam cargos públicos de que a qualquer momento, mesmo tendo transcorrido vários anos, poderão ser submetidos a uma ação judicial. A produção probatória de defesa, principalmente considerando a inversão do ônus praticada em matéria de improbidade administrativa, resta prejudicada, afinal, não são guardados eternamente os documentos públicos. Durante o julgamento do Recurso Extraordinário sobre a prescritibilidade das ações de improbidade administrativa, o Ministro Alexandre de Moraes fundamentou que não é o limite temporal que impede a persecução à corrupção, uma vez que o prazo de cinco anos é suficiente para a fase preparatória. Nas palavras do ministro, “alguém, seja órgão da Administração ou Ministério Público, que tem ciência do fato, tem cinco anos para investigar – ou doze, dezesseis, se corresponde a crime –, na verdade, se, nesse prazo, não conseguiu o mínimo para ingressar com a ação, ou é porque nada há, ou porque é incompetente.”⁴⁹¹

Para além das teorias já aderidas pela jurisprudência, circunda o espectro da improbidade administrativa a aplicabilidade de institutos punitivos utilizados na área penal. Conforme já abordado nos capítulos anteriores, as teorias não possuem consenso nem mesmo nas áreas em que foram aplicadas pela primeira vez. Ademais, são *standards* que buscam flexibilizar a comprovação do dolo. Nesse sentido, a teoria da cegueira deliberada, suscitada na doutrina como aplicável à improbidade administrativa, tem por intuito flexibilizar a demonstração do elemento subjetivo da conduta, a partir do conceito de que a ciência da conduta não ocorreu em razão de uma dissimulação de desconhecimento. Todavia, o

⁴⁹⁰ GABARDO, Emerson; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 50, p. 514-543, 2018. p. 516-534.

⁴⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 852475 / SP, rel. min. Alexandre de Moraes, Rel. para voto min. Edson Fachin, Pleno, julgado em 08 ago. 2018, DJe 25 mar. 2019.

ordenamento jurídico brasileiro – *civil law* – tem como base a observância ao texto legal, justamente para assegurar os direitos constitucionais de previsibilidade, segurança jurídica e igualdade de todos perante a lei, não se tratando de um Direito fundamentado na casuística, interpretação necessária para se afirmar a configuração da cegueira deliberada. Ao se importar um instituto que flexibiliza essas garantias, sem que a previsão legal acompanhe ou adapte este transplante, o risco é de que o organismo jurídico entre em colapso, ao rejeitar o elemento inserido – ou, então, produza um estado de exceção.

Ao se afirmar a garantia do devido processo legal, justamente em observância à segurança jurídica, essa garantia não se restringe ao processo judicial, devendo ser considerada também na formação das leis, uma vez que “por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”.⁴⁹² A dialogicidade é intrínseca a qualquer processo que vise a averiguar uma conduta, neste sentido, o contraditório é o que qualifica o processo.⁴⁹³ Logo, somente poderá ser realizado eficazmente em um cenário que respeite as demais garantias, como presunção de inocência e segurança jurídica. As próprias inovações legislativas preveem em regra um período de não aplicação – *vacatio legis* – para que nenhum cidadão seja surpreendido com uma nova regra.

A presunção da culpabilidade viola as garantias fundamentais, já que se o agente tem que provar sua inocência, esta nova lógica choca-se com a concepção constitucional. A presunção de inocência é uma das garantias previstas que estruturam o Estado democrático de Direito. Flexibilizar o elemento subjetivo culmina em uma inversão do devido processo legal e da lógica processual, pois o sujeito terá que provar a sua inocência e não quem alega demonstrar que houve a culpa ou dolo. A teoria da cegueira deliberada introduz a regra de que a culpa e o dolo são presumidos, ao passo que a inocência é que deve ser demonstrada.

Neste sentido, ao se buscar a ordem social, segundo os preceitos da Constituição, não se devem mitigar outros direitos também assegurados por ela. O Direito, enquanto sistema, não deve se sujeitar a entrar em colapso em razão da inclusão no sistema de algo externo sem as devidas adaptações internas. Comparando-se com o corpo humano, seria a hipótese de um transplante realizado sem os devidos atos preparatórios, de modo que quando um elemento estranho representa ameaça à harmonia, o corpo passa a produzir anticorpos e a atacar as

⁴⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 219.

⁴⁹³ REZENDE, Mauricio Correa de Moura. Mecanismos inquisitivos do Processo Administrativo Disciplinar federal (Lei Federal nº 8.112/1990). **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Belo Horizonte, ano 2017, n. 274, p. 235-272, jan./abr. 2017.

próprias células. Nesse caso, as garantias fundamentais são os elementos de defesa do sistema que serão violados. Há apontamentos de que a utilização da teoria da cegueira deliberada pelo judiciário brasileiro se deu de maneira anacrônica, sem considerar as evoluções da teoria e do próprio desenvolvimento do ordenamento jurídico.⁴⁹⁴

A utilização da teoria da cegueira deliberada para casos de improbidade administrativa, para além da extensão das incidências, pode culminar em condenação daquele que apenas agiu de maneira errada por imperícia ou desatenção, mas não cometeu algo ímprobo.⁴⁹⁵ A lei de improbidade administrativa tem por finalidade penalizar o gestor e agente público que intencionalmente agiu em contrariedade aos princípios da Administração Pública ou que causou lesão ao erário. Não se trata de uma lei que pune aquele que realiza as escolhas ruins. A lei nº 8.429/1992 não tem por objetivo aplicar sanção ao ingênuo ou inábil. Não obstante, a aplicação não se amolda aos dispositivos legais previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pelos fundamentos outrora expostos.

Ademais, a improbidade administrativa não é configurada por qualquer ilegalidade ou irregularidade, sendo o elemento subjetivo fundamental para a caracterização da conduta. A máxima do Direito brasileiro é que o sujeito pode fazer tudo que a lei não proíbe. Se ocorre uma reinterpretação e passa a vigor que o sujeito além de observar a lei deverá prever casos que podem apresentar altos indícios de ilicitude, a Administração Pública pode ficar engessada, culminando justamente no estágio de letargia, o qual a lei nº 13.655/2018 se propôs a alterar. Se no Direito Penal já há uma incerteza acerca da aplicabilidade da teoria da cegueira deliberada – desde sua origem e até mesmo pela Corte que construiu a teoria – se utilizada no Direito administrativo seus efeitos seriam refletidos negativamente nas atividades da Administração.

Os julgados brasileiros, tanto da Ação Penal nº 470, quanto as ações da “Lava Jato”, quando da utilização da teoria da cegueira deliberada, além de invocarem as posições jurisprudenciais estadunidenses, também invocam o Direito espanhol, como se o posicionamento sobre a teoria fosse pacificado naqueles países.⁴⁹⁶ Mas por se tratar de uma teoria casuística, não há consenso em relação à forma como se aplica na prática. Percebe-se, deste modo, que se trata de um argumento valorativo para conceder maior autoridade à decisão

⁴⁹⁴ SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 122/2016, p. 255-280, out. 2016.

⁴⁹⁵ GOMES, Camila Paula de Barros. Reflexões sobre a aplicação de institutos penais aos atos ímprobos. **Revista de Direito da Administração pública**, a. 1, v.1, n. 1, p 35-57, janeiro/junho 2018. p. 53.

⁴⁹⁶ LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada “cegueira deliberada”**. 368 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. p. 216-220.

judicial. Em suma, uma falácia de autoridade, como se em razão da orientação de outro país naquele sentido, fosse a melhor escolha a se fazer para todos os demais territórios.

Especificamente em relação ao caso da aplicação da teoria pelo Direito espanhol, existem diferenças no ordenamento jurídico que devem ser observadas antes de se considerar que o efeito no país será o mesmo. Ocorre que o Código Penal espanhol, diferentemente do Código Penal brasileiro, não possui definição sobre quais elementos configurariam o dolo. Logo, a aplicação de uma teoria que flexibiliza o dolo, na jurisprudência espanhola, não representa uma possível contrariedade à lei, pois não há definição legal. No Direito espanhol, mesmo na inexistência de elementos que definam o dolo e a possibilidade de que a teoria venha a suprir lacunas legais, são estipulados requisitos para a aplicação da flexibilização da configuração do elemento subjetivo, dentre elas o conhecimento da informação de que a conduta é considerada ilegal.⁴⁹⁷

A aplicação de um instituto que se originou em outro território depende de interpretação, a qual é um produto subjetivo. Logo, a aplicação sempre será influenciada pelo local onde se realiza e pela época em que ocorreu.⁴⁹⁸ Neste sentido, a reinterpretação é a construção de um novo conceito. Observando a aplicação da teoria da cegueira deliberada pelo Judiciário brasileiro, tendo como pano de fundo todo o contexto e a legislação nacional, existe um conflito interno. No caso da importação da teoria da cegueira deliberada, sua aplicação no Direito Penal já ocorreu de modo a não observar a contextualização e adaptações concretas entre o Direito estadunidense e o Direito brasileiro. Por seu turno, a utilização da teoria para hipóteses de improbidade administrativa, condutas com previsão legal específica, implica o próprio instituto e forçar um transplante que guarda várias incompatibilidades.

As mesmas considerações são aplicáveis ao domínio do fato. Em que pese apenas a doutrina ventilar sua aplicabilidade em matéria de improbidade administrativa, o instituto tem por finalidade justamente flexibilizar o elemento subjetivo, de modo a retirar do sujeito qualquer possibilidade de comprovação de inocência. A utilização da teoria do domínio do fato nas ações de improbidade, portanto, é irrazoável.

A justificativa para a utilização dos elementos flexibilizados surge com a dificuldade de produção de provas, uma vez que o agente da conduta em tese tenta ocultar as que o incriminam, ou então pode haver um conluio entre os participantes. Um efeito desta tentativa

⁴⁹⁷ VALLÈS, Ragues i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. **Discusiones XIII**, n. 13, p. 11-38, 2013.

⁴⁹⁸ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** – PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014. p. 19.

de persecução de condutas corruptas tem sido a recorrente utilização de delação premiada para instruir as demandas, é considerada uma aliada ao combate à corrupção. Walfrido Warde fundamenta que “um exitoso combate à corrupção pressupõe sucesso na adoção de uma estratégia jurídico-institucional, que deve se alicerçar 1. determinação do âmbito da delinquência; 2. detecção da delinquência; 3. sistema de punições, e; 4. vias de abrandamento calculado de punições e de incentivos à colaboração”.⁴⁹⁹ Porém, a própria aplicabilidade da delação depende de parâmetros melhor definidos, apesar da existência de lei específica sobre a matéria, sendo necessário, para que uma declaração obtida por meio de uma delação interfira no julgamento de uma lide, não baste a palavra daquele que está em busca do benefício.

Neste contexto de maleabilidade da responsabilização do agente, a concessão de medidas liminares sem a prévia oitiva do réu passa a ser conduta extremamente comum em ações judiciais de combate à corrupção, como é o caso das ações de improbidade: afasta-se o agente público de seu cargo e seus bens são bloqueados antes mesmo que se possa exercer qualquer ato de defesa ou de explicação acerca dos fatos. Medida comumente praticada, a qual se apresenta como uma forma de presunção da responsabilidade, a decretação de bloqueio de bens é realizada ainda em sede de análise prévia. O bloqueio é realizado sem que haja qualquer demonstração de dilapidação por parte do acusado, bem como antes da própria apresentação de defesa prévia. De todo modo, a Lei de Improbidade Administrativa não prevê a presunção do perigo de dano, referido dispositivo também não consta na redação do art. 37 da Constituição.⁵⁰⁰

Nesse sentido, essas determinações preliminares já manifestam como o juízo compreende o ato. Ainda, em alguns casos a decretação de bloqueio de bens é decorrente de uma conduta datada de anos atrás. Logo, caberá ao réu o ônus de desconstituir as alegações trazidas pela inicial, invertendo-se assim a lógica probatória, na qual, via de regra, é atribuído a quem alega comprovar os fatos. Há aqui uma verdadeira inversão do princípio da presunção da inocência. O procedimento da ação de improbidade prevê a defesa prévia como momento no qual é possível demonstrar que a conduta não foi ímproba. Desse modo, poderia após ouvir os requeridos ou diante da demonstração de dilapidação do patrimônio decidir sobre os pedidos liminares.

As formas de flexibilização da presunção de inocência no combate aos corruptos – ou ao menos assim apresentados à comunidade – constituem representação ideal que combina

⁴⁹⁹ WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção**: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 39-40.

⁵⁰⁰ GUSSOLI, Felipe Klein. Presunção do periculum in mora na decretação de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: para o início de uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, a. 15, n. 176, p. 54-62, out. 2015. p. 60.

perfeitamente com o imaginário social moralista que se desenvolve no âmago de uma sociedade punitivista. As práticas autoritárias tradicionalmente experimentadas ajustam-se ao Estado de exceção como um dado permanente (em maior ou menor grau) na experiência constitucional brasileira contemporânea.⁵⁰¹ De outro lado, a utilização dos meios legais para perseguir e tornar os agentes políticos – principalmente – presumidamente culpados se enquadra na teoria do *lawfare*.

Ainda, tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 3.359,⁵⁰² de autoria do Senador Flavio Arns, do Paraná, e a proposta 10881/2018, apresentado pelo deputado federal Roberto Lucena, de São Paulo, os quais propõem mudanças na lei nº 8.429/1992. Dentre as alterações sugeridas, por ambos projetos, consta a possibilidade de realização de acordos – colaboração premiada – para os agentes públicos, tanto judicialmente quanto em sede de inquérito civil.⁵⁰³ A proposta também estabelece a suspensão do prazo prescricional enquanto estiver em negociação a delação, bem como a possibilidade de não ajuizamento de demanda judicial em relação ao agente em caso de celebração do acordo de cooperação. Ademais, a alteração aumenta para dez anos o prazo prescricional. Os projetos apresentam diversas semelhanças.

A tramitação perante o Senado Federal já teve aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça, com a inclusão de algumas emendas no texto, em 17 de outubro de 2019. A justificativa da proposta legislativa é conceder maior efetividade à Lei de Improbidade Administrativa, bem como conceder aos agentes públicos os mesmos benefícios concedidos às pessoas jurídicas por meio da Lei Anticorrupção. Por sua vez, a lei em tramitação perante a Câmara Federal é originária de grupos de estudos acerca da temática, apontando claramente na justificativa a intenção de maior aproximação com a matéria relacionada ao Direito penal.

⁵⁰¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

⁵⁰² Tramitação disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137182>>

⁵⁰³ Redação proposta pelo Projeto de Lei: “Art. 17-A. O Ministério Público ou pessoa jurídica interessada poderão celebrar acordo com as pessoas naturais e jurídicas responsáveis pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nesta Lei que colaborarem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo ou judicial, de maneira que dessa colaboração resulte: I – a identificação dos demais envolvidos na infração, quando for o caso; II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; e III – a cooperação da pessoa natural ou jurídica com as investigações. § 1º. O acordo de que trata o caput somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (...) § 14. O acordo homologado em juízo constitui título executivo judicial. § 15. A celebração do acordo implica a extinção da ação de improbidade administrativa com resolução do mérito ou o impedimento de sua propositura em face das mesmas pessoas que celebraram o acordo com base nos mesmos fatos, inclusive por outros entes legitimados. § 16. A ação de improbidade administrativa poderá deixar de incluir agente público no polo passivo, quando este tiver celebrado acordo. § 17. O acordo deverá prever como penalidades por seu descumprimento as sanções previstas no art. 12 desta Lei, conforme a espécie do ato de improbidade praticado, a serem aplicadas com a execução judicial do título, sem a necessidade de propositura de nova ação de conhecimento.”

A possibilidade de realização de delação premiada em ação de improbidade administrativa já foi ventilada por Freddie Didier Junior. Argumentou o autor que o interesse público estará mais resguardado com a solução antecipada de uma lide.⁵⁰⁴ Não obstante, tramita perante o Supremo Tribunal Federal o Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.175.650/PR sobre a constitucionalidade de delação premiada em matéria de improbidade administrativa. O recurso está pendente de julgamento, e, em 26 de abril de 2019 foi reconhecida a repercussão geral do tema.⁵⁰⁵

O instrumento da delação premiada data de 1775, no caso *The King v. Rudd*, no qual o réu utilizou seu depoimento para entregar os corréus em troca de sua própria absolvição, “o instituto originou a moderna legislação premial dos países anglo-saxões, permitindo que as autoridades persecutórias promettessem prêmios financeiros àqueles que testemunhassem em juízo em desfavor de investigados”.⁵⁰⁶ A utilização da colaboração premiada foi um dos instrumentos de combate à máfia italiana nos anos de 1960, já que o Estado, percebendo que os instrumentos penais existentes não estavam sendo capazes de dismantelar a criminalidade, passou a oferecer benesses àqueles que auxiliassem na identificação dos criminosos.⁵⁰⁷

No Brasil, o instituto já tem previsão legal. A lei nº 8.072/1990, Lei de Crimes Hediondos, a qual estabelece que aquele que, ainda que envolvido com a conduta, auxiliar no dismantelamento do grupo criminoso será agraciado com a redução da pena foi a primeira norma sobre a matéria. Em 1996 o instituto foi incluído no Código Penal, em relação ao crime de extorsão mediante sequestro, tipificado no art. 159. Ademais, a lei de proteção à vítima e testemunha, lei nº 9.807/1999, também prevê a proteção ao réu colaborador, ampliando o debate acerca da colaboração premiada. Todavia, foi a lei nº 12.850/2013, que dispõe sobre os meios de obtenção de provas, que concedeu contornos mais práticos ao instituto.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ RODAS, Sérgio. Mesmo sem autorização legal, cabe delação em caso de improbidade, diz advogado. **Consultor Jurídico**, 14 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/possivel-acordo-delaao-improbidade-advogado>> Acesso em: 01 dez. 2019.

⁵⁰⁵ Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin. Não se manifestou a Ministra Cármen Lúcia. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Pleno, 26 abr. 2019.

⁵⁰⁶ OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. **A colaboração premiada como legítimo instrumento de defesa na seara do Direito Penal econômico**. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná, Curitiba, 2016. p. 78.

⁵⁰⁷ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 14-15.

⁵⁰⁸ OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. **A colaboração premiada como legítimo instrumento...** p. 80-92.

Destaca-se que foi a operação Lava Jato que trouxe para debate popular a figura da delação premiada. Foi a partir de referida operação que se passou a utilizar inclusive em esfera estadual, o instrumento da delação, com destaque e uma visão de eficiência frente ao combate dos crimes de colarinho branco, sem contudo, gerar questionamentos acerca de sua ampla utilização.⁵⁰⁹ Pairam questionamentos acerca da moralidade do instituto da delação premiada, uma vez que a premissa é justamente deixar de punir – ou punir menos – em nome da traição de um sujeito para com seus parceiros de delito. Essa crítica remonta justamente à utilização da delação nos casos de perseguição política na época da ditadura militar. Todavia, Marlus Heriberto Arns de Oliveira destaca que a delação premiada se distingue da colaboração premiada, uma vez que aquela era própria de um regime de exceção, ao passo que esta tem previsão legal; aquela era usada para perseguir inimigos políticos, enquanto esta se utiliza para desestruturar organizações criminosas, segundo o autor, sem viés ideológico.⁵¹⁰

A aplicação do instituto da colaboração premiada aparece vinculada às questões atinentes à improbidade administrativa. Na Lei Anticorrupção, a colaboração premiada precisa fornecer informações e elementos de provas que sejam úteis à apuração. Assim, abandona-se, mesmo que parcialmente, o poder de punição do Estado, sob a justificativa de uma persecução mais célere dos demais envolvidos. O próprio acordo pode estabelecer medidas reparatórias ou interrupção de um comportamento.⁵¹¹ Porém, o entrave legal pode ser superado diante da promulgação de alteração da Lei de Improbidade, restando o questionamento acerca da constitucionalidade da utilização do instituto, questão que está sob análise do Supremo Tribunal Federal, independentemente da expressa previsão legal tal como a redação da Lei nº 8.429/2019 se apresenta.

Destaca-se que o principal entrave à possibilidade de celebração de acordos em matéria de improbidade administrativa já foi superada. O chamado “Pacote Anticrime” alterou a redação original do art. 17 da lei nº 8.429/1992, que proibía a realização de acordos.⁵¹² A partir da promulgação da lei nº 13.964/2019, que alterou a redação do § 1º do art. 17, passou a permitir

⁵⁰⁹ PIMENTA, Guilherme; PÁDUA, Luciano. Delação premiada já se consolidou no país, mas instituto precisa ser aprimorado. *Jota*, 04 abr. 2019. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/delacao-criticas-lava-jato-04042019> > Acesso em: 05 dez. 2019.

⁵¹⁰ OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. **A colaboração premiada como legítimo...** p. 103.

⁵¹¹ ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. Acordos de Leniência e o papel do TCU. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, p. 153-168, jan./fev. 2018. p. 156.

⁵¹² Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

a celebração de acordo para o fim de não haver a persecução cível.⁵¹³ De toda sorte, as propostas de alteração legislativa da LIA em tramitação preveem dispositivos mais específicos sobre as maneiras como se dará esse acordo de colaboração.

Para além da facilitação a persecução judicial, a utilização de institutos punitivos tem como finalidade flexibilizar a necessidade de prova do elemento subjetivo. É o conjunto probatório o principal elemento para determinar se houve dolo, culpa ou erro grosseiro. Por outro lado, “se a prova dos autos não permite que a autoridade administrativa competente para o julgamento forme convicção segura acerca da culpa ou inocência do acusado, a garantia da presunção de inocência impõe a absolvição”.⁵¹⁴ O princípio do *in dubio pro reo* é a garantia de que os direitos individuais serão assegurados e que não se submeterá o indivíduo a comprovar o impossível. Ainda que se trate de uma demanda de interesse público, o *in dubio pro societate* apenas é aplicado sobre o recebimento da ação de improbidade, mas em relação à aplicação das sanções, prevalecem os direitos individuais.

Esta ação moralizadora do Direito, em especial do Direito Administrativo Sancionador, tem gerado efeitos diretos na representação, uma vez que exclui do cenário político vários agentes que têm seus direitos políticos suspensos em decorrência de ações de improbidade julgadas procedentes sem que nem se verifique o dolo do requerido. Quando da análise de possível registro de candidatura, a Justiça Eleitoral não pode entrar no mérito da decisão proferida pela Justiça Comum, cabendo a ela apenas examinar os termos da condenação. De acordo com a previsão legal, para que gere o efeito de reconhecimento da inelegibilidade é indispensável que a condenação de suspensão de direitos políticos seja por ato doloso de improbidade administrativa que tenha gerado lesão ao patrimônio e enriquecimento ilícito do agente. Ocorre que neste último requisito a Justiça Eleitoral tem estendido o entendimento para abarcar o enriquecimento de terceiros.⁵¹⁵

Desde a promulgação da lei nº 135/2010 até 2017, quando o levantamento foi realizado, o Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná impugnou 130 registros de candidatura em razão de condenação por improbidade administrativa, sendo este número mais expressivo nas eleições municipais: no ano de 2012 foram 65 e em 2016 totalizaram-se 64

⁵¹³ § 1º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁵¹⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 249.

⁵¹⁵ TOFFOLI, José Antonio Dias. Improbidade administrativa e seus reflexos sobre a inelegibilidade do cidadão. In: MARQUES, Mauro Campbell. (Coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 159-176. p. 170-171.

indeferimentos. Ainda, ampliando este universo, de acordo com dados do Sistema Eleitor Online (ELO), no Paraná, 369 eleitores estão com os direitos políticos suspensos em virtude de condenação judicial por improbidade administrativa.⁵¹⁶

A Lei de Improbidade Administrativa é muito debatida e discutida, justamente em razão dos efeitos e da sua conformação a partir de termos abstratos. Desde setembro de 2009 tramita perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4295, de autoria do Partido da Mobilização Nacional – PMN, a qual suscita a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa em razão dos termos abertos constantes na legislação. Nos termos da petição inicial, o que se pretende evitar “é que o cidadão esteja sujeito, em qualquer momento, ao constrangimento de uma atitude impropria, que, não obstante, aparenta estar em conformidade com a lei, dados os termos amplos em que a norma está vertida.” O parecer apresentado na demanda opina pelo conhecimento parcial e improcedência. De todo modo, desde 09 de agosto de 2017 o processo encontra-se concluso com o relator ministro Marco Aurélio de Mello.⁵¹⁷ Ainda, tramitam projetos de lei de alteração da lei, conforme já mencionado no capítulo 2.

Institutos de responsabilidade como a cegueira deliberada, dolo eventual, supremacia dos fatos visam a afastar o elemento subjetivo do dolo, a real intenção de agir e tendem a focar sua análise na consequência do ato. Por outro lado, a Constituição consagra a presunção de inocência, apesar das outras flexibilidades a este direito, de modo que o ordenamento jurídico é organizado para que a culpa ou dolo sejam comprovados e não a inocência. O Poder Judiciário recebe apoio da sociedade para atuar de maneira mais impositiva, justamente em razão da maior confiabilidade que a instituição detém perante a sociedade. Segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, de acordo com a opinião pública, o Poder Judiciário é o mais confiável. Contraditoriamente, o Supremo Tribunal Federal é o que a população menos confia, dentre as estruturas internas do Judiciário.⁵¹⁸ De toda sorte, a figura dos agentes políticos tem nutrido aversão social, o que propicia o ambiente ideal para que as flexibilizações sejam realizadas.

A Lei de Improbidade Administrativa é um importante instrumento de combate à corrupção. Por óbvio que acabar com as condutas corruptivas e, principalmente, aplicar

⁵¹⁶ OYAMA, Luiz Taro. **Reflexões acerca da efetividade das ações de improbidade administrativa** [Projeção visual]. [2017]. 44 slides: color. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/imprensa/2017/ApresentacaoLIADrOyama.pdf>> Acesso em: 20 set. 2018.

⁵¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4295, tramitação Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3751870>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁵¹⁸ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudo-imagem-judiciario-brasileiro.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

penalização às condutas ímprobas é medida necessária, porém, em razão dos termos abertos e da construção jurisprudencial, o que se apresenta é a flexibilização das garantias fundamentais individuais, de modo que na ponderação entre *reo* e *societate* se utiliza o argumento de defesa dos direitos da coletividade para utilização exacerbada do poder, sem que haja segurança jurídica para aqueles que se propõem a ocupar um cargo político ou assumir funções de decisão dentro da Administração Pública.

CONCLUSÕES

A legalidade e os direitos de defesa são garantias do cidadão que limitam o poder punitivo do Estado, são mecanismos para afastar da investigação um possível caráter inquisitorial. A inquisição não se coaduna com a ideia de Estado Democrático de Direito e Social, estabelecido pela própria Constituição. Isso quer dizer que a conformação do Estado brasileiro obedecerá a determinados formatos, terá limites e não extrapolará essas definições. Assim, justamente por se tratar de uma escolha democrática de Estado, há mecanismos de participação social, com realização de eleições periódicas e com alternância do poder. E, não menos importante, o poder estatal possui mecanismos de concretização dos direitos, ou seja, será mais que um texto propositivo, instrumentalizando meios de garantia.

A escolha da Constituição pelo Estado de Democrático de Direito, que se apresenta como mecanismo de segurança aos indivíduos e ao mesmo tempo como o coração do Estado, sofre violações com a flexibilização das garantias. Ainda que essas exceções decorram do ideal de se estar combatendo uma patologia corrosiva ao sistema democrático, no caso a corrupção. Essa prática representa risco para a manutenção dos direitos e das garantias. A partir do momento em que se possibilita a violação de uma garantia fundamental, imprescindível para a efetivação de um direito, ocorre como que a abertura da “Caixa de Pandora” e todo o sistema garantidor entra em colapso. Afinal, como questionar uma violação futura se é constituída em um cenário no qual essas exceções são aceitas e até mesmo incentivadas.

A corrupção de fato se apresenta como uma patologia grave, que corrói o sistema político, viola direitos e atenta contra os princípios da Administração Pública. Isso tudo é inegável. Porém, o combate a essa mazela deve ocorrer dentro do conjunto de garantias e direitos, em observância ao Estado Democrático de Direito. Caso contrário, subverter as “regras do jogo” é agir patologicamente também, no sentido de apenas fomentar que cada vez mais o sistema se auto mutila. O sistema escolhido pela Constituição não permite que, com o objetivo de se acabar com a corrupção, inocentes sejam atingidos para que se consiga alcançar culpados; direitos sejam violados e garantias desprezadas.

Nem a corrupção nem as exceções às garantias são fatos novos. O que difere na situação é a utilização da flexibilização como modo de persecução da conduta corruptiva. Há tempos denunciadas, principalmente pelos juristas adeptos do Direito penal mínimo, as flexibilizações de garantias empregadas pelo Estado na persecução de condutas delituosas, quando o possível agente é oriundo das minorias. Assim, diversas denúncias já foram

apresentadas em face do Estado inquisitorial contra as populações periféricas: violação de direitos, desrespeito às garantias e a violência do Estado. Isso, no estilo de que se é culpado até que se prove o contrário. No caso, o abuso do poder punitivo é contra aqueles que não possuem recursos financeiros para arcar com defesas técnicas, ademais, é justamente contra aqueles que o Estado não se mostra como prestador de serviço, apenas apresenta sua força.

A polícia chega, mas a escola e o posto de saúde não. Basta assistir a noticiários para identificar denúncias de prisões indevidas, violação de residência e assassinato de inocentes. E não é exagero falar em inocentes, pois diversas das mortes registradas são de crianças. Assim, pode-se dizer que a exceção do Estado punitivo “desceu o morro” quando o combate à corrupção se tornou uma bandeira comum. Porém, talvez o processo devesse ser o inverso, as garantias e direitos deveriam superar o asfalto. E nesse caso, seria possível verificar a efetivação do Estado Democrático de Direito. Aqui não se nega a alegação que a corrupção é responsável pelo desvio de recursos públicos, porém, legitimar as exceções não necessariamente afasta o cometimento desses ilícitos. A própria corrupção tem raízes legais que apenas serão rompidas com a melhor definição terminológica e melhor delimitação jurídica.

As exceções passaram a ser aplicadas àqueles que estavam ressaltados dessa prática punitiva do Estado. Talvez por isso o sistema de persecução àqueles que supostamente cometeram corrupção encontra respaldo na opinião pública. Como uma espécie de satisfação, a população se sente vingada percebendo que aqueles que antes estavam imunes às sanções do Estado agora são também alvo dele. Dessa forma, não se questiona se garantias e procedimentos foram observados. Quer-se a mudança, mas não se sabe do que nem o que virá em substituição. Como um êxtase, são comemoradas as punições, sem perceber que com as garantias sendo banalizadas todo o sistema está sendo violado e fragilizado, de modo que a exceção se torna a regra e o cidadão passa a estar desprotegido.

As flexibilizações presenciadas demonstram fraqueza democrática. O combate à corrupção é uma tarefa mais árdua que a condenação indistinta de agentes políticos, pois mesmo com o recrudescimento da persecução os delitos continuam a ser praticados. Combater um indivíduo é mais simples que pensar na corrupção como um todo, agindo dentro do sistema. Se é uma persecução ao indivíduo, não se deve descaracterizá-lo da figura de sujeito de direitos. A observância às garantias fundamentais é medida imprescindível para que a corrupção seja reprimida, pois um sistema que desrespeita as regras é campo fértil para as mazelas corruptivas.

Um dos grandes riscos apontados pelos garantistas é o Judiciário atuar como moralizador da política, interferindo no processo eleitoral e, por consequência, na normalidade

democrática. E, desse modo, deixar de atuar como fiscalizador. A aplicação de institutos punitivos nas perseguições afasta as bases democráticas, mitigando os princípios da presunção de inocência e da segurança jurídica. A partir do momento que se flexibiliza a noção de dolo, as decisões passam a ser casuísticas, violando a segurança jurídica e o princípio da legalidade. Por consequência, a razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções também deixam de conter parâmetros objetivos.

Essas exceções ao Estado Democrático de Direito utilizam-se de mecanismos para sua implementação, como o estado de exceção e o *lawfare*, com a finalidade de atingir um grupo específico, seja para exterminá-lo, neutralizá-lo ou retirá-lo do campo de disputa. Ambas exceções se utilizam da ideia de inimigo para se concretizarem. Nesse contexto, a principal característica do estado de exceção é a utilização de uma regra *ad hoc*, para se conseguir um determinado fim, de modo que promova uma suspensão, ainda que temporária, no sistema legal. De outro lado, o *lawfare* é a utilização dos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico vigente. Dependendo de um conhecimento vasto sobre as leis e regras, bem como de que agentes internos ao sistema se comprometam em auxiliar. Ou seja, para que o *lawfare* se realize os operadores do Direito são fundamentais. Exatamente em razão do uso dos instrumentos jurídicos como mecanismo de combate aos corruptos, e nisso se inclui a improbidade administrativa, *lawfare* é a exceção que mais se apresenta como utilizada.

Nesse contexto de flexibilização, o inimigo alvo do *lawfare* não é a corrupção, mas sim os agentes políticos. Em que pese o discurso legitimador seja de combate a essa mazela, por ser um conceito aberto que nossa legislação não conseguiu estabelecer com precisão, são os indivíduos que são combatidos. Assim, entende-se que o agente político é aquele que está propenso a cometer atos de corrupção, logo, ele deve ser atacado. Ou seja, para esses agentes se presume a responsabilidade, cabendo a eles, no transcurso de uma demanda judicial, comprovar a adequação legal da conduta. Dessa forma, baseia-se na fumaça da corrupção ou da improbidade para buscar a sanção.

Esse ataque ocorre por diversas formas, como por meio de leis mais severas ou por meio da jurisprudência que flexibiliza garantias. Primeiramente sobre o posicionamento do Judiciário, esse assume o papel de salvador da Justiça e, com base no apelo popular, toma decisões de cunho moralista, ao invés de serem embasadas no sistema legal vigente. Analisando a jurisprudência sobre improbidade administrativa, percebe-se que a adoção de institutos que flexibilizam as garantias, como dolo genérico e dano *in re ipsa*, passam a ser utilizados após o escândalo do “Mensalão”, de 2005. Esse fato demonstra o reflexo que as grandes ações de

combate a corrupção – as quais ocorreram sem compromisso com as garantias, como “Mensalão” e “Lava Jato” – refletiram na persecução aos atos ímprobos dos agentes políticos.

Os números das ações de improbidade ajuizadas pelo Ministério Público também demonstram o incremento dessas persecuções. Ainda, mesmo que de maneira simbólica, a divulgação pelo próprio Ministério Público sobre o número de ações ajuizadas demonstra que o mais relevante é aplicar uma sanção, independentemente de esse processo judicial ser devidamente instruído, observando as regras democráticas do processo e com vistas a de fato resguardar os bens públicos. Os números são irrelevantes para demonstrar a efetividade. É mais relevante que uma ação seja ajuizada com materialidade e com a intenção de realmente punir uma conduta impropria que ajuizar centenas de ações infundadas, que apenas irão onerar ainda mais o Estado, que terá que movimentar o Judiciário e estará utilizando dos recursos do *parquet* para apurar casos que não demonstraram potencialidade de ferir a coisa pública.

De fato, essa aplicação aberta da Lei de Improbidade decorre também de sua própria redação. Além da atuação do Judiciário, também existe o questionamento se a própria Lei de Improbidade Administrativa possibilitaria que as provas sejam flexibilizadas, proporcionando às decisões judiciais avançar contra as garantias fundamentais; ou seja, se a própria lei não traria dispositivos que contrariam as garantias constitucionais. Nesse sentido, as legislações mal redigidas tornam-se nocivas ao sistema, tanto em relação à indefinição como na promoção da reincidência. Afinal, não se limita exatamente a conduta inadequada, de modo que outra ação, ainda que diferente, possa suscitar a mesma interpretação por parte do Judiciário.

Nesse sentido, sobre as legislações mais severas, desde o início dos anos 2000, diversas leis foram promulgadas com a intenção extirpar da arena pública a corrupção. Pode-se mencionar a lei Ficha Limpa, com a intenção de nem mesmo deixar concorrer a cargo político aqueles que apresentarem desvio de conduta. Porém, mesmo com a lei promulgada em 2010, depois desses anos de vigência, ainda são recorrentes os casos de corrupção, de modo que outras propostas legislativas foram apresentadas, com a mesma finalidade: combater a corrupção. E acabam por reflexamente interferir na improbidade administrativa.

A proposta do Pacote Anticrime, de 2019, apresentada pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Moro, reconhecidamente um punitivista, apesar de se debruçar sobre várias questões relativas a crimes comuns, apresentou pontos que interferem diretamente nas persecuções e consequências de condenações por corrupção. A lei aprovada, nº 13.964/2019, não traz exatamente as propostas apresentadas pelo Ministro, porém alguns dispositivos foram inspirados no projeto apresentado por ele. Dentre as legislações alteradas pela referida lei,

encontra-se a Lei de Improbidade Administrativa. A modificação em relação à improbidade, a possibilidade de celebração de acordos, é um tema bastante debatido, cuja possibilidade inclusive estava sob análise do Supremo Tribunal Federal. A partir da alteração realizada pela lei nº 13.964/2019 passa-se a ser autorizada a celebração de acordo nas persecuções cíveis, de modo que a lide pode ser resolvida de maneira consensual.

Destaca-se que essa possibilidade celebração de acordo em matéria de improbidade administrativa era objeto justamente das propostas de alteração legislativa que tramitavam na Câmara Federal e no Senado. Porém, diferentemente das propostas em trâmite legislativo, a alteração realizada pela Lei Anticrime não estabelece como ocorrerá esse acordo, apenas prevê a possibilidade de sua celebração.

Em contrapartida, as violações decorrentes das exceções já suscitam respostas legislativas também. A lei de Abuso de Autoridade, lei nº 13.869/2019, dispõe justamente sobre as sanções aos abusos cometidos pelas autoridades no decorrer de uma persecução judicial. Apesar de sofrer severas críticas, é possível verificar que a legislação estabelece sanções para as hipóteses nas quais as autoridades desrespeitam as garantias durante o processo acusatório. A Lei de Abuso de Autoridade prevê a responsabilização daquele que instaurar procedimento investigatório, penal ou administrativo, em face daquele sobre quem não há indício da prática ilícito ou que seja sabidamente inocente. Esse dispositivo apresenta-se como uma medida de tentar impedir a instauração de inquéritos sem fundamento e ajuizamento de demandas sem o devido lastro probatório.

Ainda, a própria Lei Anticrime apresenta previsão com a intenção de refutar a violação das garantias, por meio da figura do juiz de garantias, como uma forma de existir uma autoridade para acompanhar o devido respeito aos direitos do acusado no trâmite de uma persecução judicial.⁵¹⁹ Destaca-se que essa figura será a representação do Estado no acompanhamento das garantias. De fato, isso trará custos ao poder público, porém, as violações representam perdas mais significativas que a utilização dos recursos para efetivar o Estado Democrático de Direito. Concorde-se que a observância às garantias deveria ser fundamental para o operador do Direito, porém, diante do desvio a medida se apresenta como uma forma de se tentar evitar os abusos.

Em que pese não serem objeto da presente pesquisa essas inovações legislativas, instaurar são fruto de um sistema que aos poucos se percebe como entrando em colapso. Essas

⁵¹⁹ Esse ponto é um dos mais discutidos na referida lei, de modo que segundo decisão do Ministro Luiz Fux, a aplicação está suspensa por período indeterminado.

legislações com a intenção de privilegiar as garantias tornam-se impopulares a partir da ideia vulgar de que são complacentes com a corrupção, afinal, todo o cenário foi estruturado, inclusive se utilizando da mídia, para que o objetivo fosse extirpar a corrupção, sem se preocupar com a devida observância às garantias fundamentais.

A resposta às violações das garantias e a exploração pela mídia dos casos advém após diversas denúncias e das consequências que esses atos ocasionaram nas vidas dos indivíduos. Casos de suicídio após denúncia, decisões condenatórias reformadas e o medo dos agentes políticos de inovarem em suas gestões. Esse último efeito acaba por estagnar a Administração Pública. O medo do agente político decorre da possibilidade de ajuizamento de ação, sendo que a defesa ocorre às expensas do próprio requerido, muitas vezes sem apoio documental, uma vez que invariavelmente ele não mais pertence à gestão quando torna-se requerido, somado ao fato de que não se sabe qual será o entendimento do Judiciário quando da análise do caso concreto.

Nesse cenário, os meios de combate às patologias corruptivas acabam por entrar em crise. A improbidade administrativa está vinculada a ideia de corrupção. Ainda, sofre da mesma falha: a previsão legal é extremamente aberta. Em que pese a vagueza do termo improbidade administrativa, há o cuidado para que não se confunda com a ilegalidade. Justamente porque para que aquela se concretize é necessário que haja a vontade do agente, ou seja, o elemento subjetivo é fundamental quando da configuração de uma conduta ímproba. A partir do momento em que a jurisprudência passa a flexibilizar a configuração desse elemento, há uma verdadeira desnaturação da figura da improbidade administrativa.

Se o elemento subjetivo é o que define uma conduta como improbidade, conceber a possibilidade de dolo genérico – ou de outros institutos que possuem a mesma finalidade – é tornar a conduta de improbidade uma ação de responsabilidade objetiva, sendo desnecessário demonstrar a vontade do agente. Ainda, como decorrência desse entendimento, possibilitar que o dano nem mesmo seja demonstrado, como a figura do dano *in re ipsa*, é completamente descabido. Afinal, caso seja demonstrado o dano, o ressarcimento não se trata de uma sanção, mas sim de uma reparação, enfim, se houve a lesão, é justo que haja a recomposição desse valor. Todavia, ressarcir algo que nem mesmo sofreu o dano é enriquecimento sem justo motivo por parte da Administração Pública.

Nos casos de não observância às regras legais, nem sempre haverá improbidade, por vezes se trata de uma mera ilegalidade, a qual pode ser sancionada por meio de multa, apenas para fins de repressão e alerta para melhor atenção. Porém, não se deve atribuir a esse sujeito a pecha de ímprobo, caso inexistir demonstração de vontade do agente. A possibilidade de

cometimento de conduta improba por meio de culpa, prevista na Lei de Improbidade Administrativa, no art. 10, é alvo de várias críticas, principalmente acerca da sua constitucionalidade. Deve-se repensar essa previsão legal, ao contrário do que se faz, ao ampliar as possibilidades de flexibilização do dolo.

Não obstante, a exigência de dolo decorre do fato de o agente político estar exposto a um número significativo de penalidades no decorrer do exercício de sua função, principalmente aqueles que são mandatários. Todavia, nem toda ação contrária a lei decorre de uma postura premeditada e com vistas a obter vantagens, ou seja, improbidade. Assim, uma conduta do agente pode ser considerada ilegal ou contrária aos princípios da Administração Pública, contudo, a partir da instrução do processo judicial pode ser comprovado que esta irregularidade não decorreu de uma má-fé ou vontade do agente político, mas sim, de uma interpretação equivocada ou de uma má orientação.

A lei e a jurisprudência refutam a aplicação da responsabilidade objetiva. Já que quando se passa a considerar, por exemplo, que o agente deve ser responsabilizado objetivamente, imagina-se um ser onipresente e onipotente (e chega-se até ao ponto de serem restringidos direitos fundamentais inerentes ao sufrágio, sem que haja previsão legal no sistema). Porém, essa negação é meramente formal, principalmente em decorrência da utilização de mecanismos que tornam a configuração do elemento subjetivo desnecessária.

Não se trata de valorizar o agente político improbo, afinal, almeja-se uma Administração Pública eficiente e um Estado que efetive os direitos fundamentais. Porém, com termos com conceitos abertos e a insegurança das decisões judiciais, verifica-se que ao invés de se combater a improbidade – e consequentemente a corrupção – realiza-se uma violação das garantias que afetará o sistema todo.

O real combate à corrupção se dará a partir da melhor definição jurídica dos termos. A definição e os modos de combater a corrupção são temas sensíveis, sem que haja uma definição universal sobre eles. Vários ramos do Direito se debruçam sobre a temática da corrupção, sendo que existem entendimentos diversificados. Uma das soluções para se discutir a temática com maior profundidade e analisar o fenômeno de maneira mais holística poderia ser o estabelecimento de uma seara jurídica específica, como o Direito Corruptivo, para que houvesse a concentração temática e uma discussão profunda sobre a questão.

É necessário defender o sistema de garantias fundamentais, inclusive daqueles que estão sendo acusados de agirem contra o bem comum. A utilização de institutos que flexibilizam a culpabilidade é desvirtuar por completo o sentido da improbidade administrativa,

uma vez que o tipo legal se concretiza mediante uma ilegalidade qualificada, justamente pelo animus de quem o pratica. Já que, quando a exceção estava no morro, ninguém se importou, e ela chegou ao Planalto Central; agora atinge os agentes políticos, sob o fundamento de combate à corrupção. O próximo passo é atingir todo o sistema jurídico, ferindo, assim, a Constituição e o projeto que ela representa, sem saber o que virá em sua substituição. O Estado Democrático de Direito necessita de mecanismos de freios e contrapesos sólidos.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGRA, Walber de Moura. **Comentários sobre a lei de improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique; SANCHES, Rogelio López. Los derechos fundamentales em la teoria jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. In: AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (Coord.). **Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los derechos humanos**. Ciudad Universitaria: Universidad Autonoma de Mexico, 2011, pp. 49-82.
- AIETA, Vânia. **Criminalização da política**: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- AIZPURUA, Eva. Delimitando el punitivismo. Las actitudes de los españoles hacia el castigo de los infractores juveniles y adultos. **Revista Española de Investigación Criminológica**, S.l., n. 15, 2015, disponível em: <<https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/90/88>>. Acesso em: 22 de out. 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. SILVA, Virgílio Afonso da. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2006.
- ARARUNA, Rangel Bento. A teoria do domínio do fato e sua adoção no Brasil. **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará**. Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, Fortaleza, a. 1, n. 1, v. 2, p. 145-207, jan./jun. 2017.
- ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; REIS, Washington Pereira da Silva. O conceito de sujeito kantiano e sua influência sobre o fundamento material da culpabilidade e a função absoluta da pena. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Corrêa; PEREIRA, Claudio José Langroivre. (Org.). **Direito Penal e Criminologia**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, pp. 550-569.
- AURELLI, Arlete Inês. A cooperação como alternativa ao antagonismo garantismo processual/ativismo judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, a. 23, n. 90, p. 73-85, abr./jun. 2015.
- AZAMBUJA, Edson; MOTA, Rogério Rodrigo Ferreira. Aplicação da teoria da cegueira deliberada na análise da ocorrência de atos de improbidade administrativa. **Revista o Ministério Público na defesa da probidade administrativa**, Brasília, 2019, pp. 28-45. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/250-revistas/11866-o-ministerio-publico-na-defesa-da-probidade-administrativa>> Acesso em: 02 out. 2019.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar, **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 9, n. 37, p. 11-55, jul./set. 2009.

_____; HACHEM, Daniel Wunder. As relações entre os Poderes da República no Estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 13, n. 70, p. 37-73, nov./dez. 2011.

_____; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei da Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 12, n. 60, mar./abr. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=66526>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

_____. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARBERÁ, Gabriel Perez. Dolo como reproche. **Pensar en Derecho**, Argentina, ano 1, n. 1, p. 169-211, dez. 2012.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista de Direito GV**, São Paulo, n. 8, p. 59-86, jan./jun. 2012.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro de; AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. O cabimento da tentativa e a aplicação do princípio da insignificância no âmbito do ato de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell. (Coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. pp. 311-341.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: DUARTE, Fernanda; KOERNER, Andrei (Coord.) **Cadernos temáticos justiça constitucional no Brasil: política e Direito**. Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª região, 2010, pp. 389-406.

BENJAMIN, Walter. **Para una crítica de la violencia y otros ensayos**. Tradução: Roberto Blatt. Madri: Taurus, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BINENBJOM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

BITENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n.1, p. 289-302, jan./abr. 2017.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BLANCHET, Luiz Alberto; GABARDO, Emerson. A aplicação dos princípios de Direito Penal no Direito Administrativo: uma análise do princípio da insignificância econômica. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 12, n. 47, p. 127-150, jan./mar. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORBA, Mauro Evelyn Vieira. O dolo como elemento subjetivo no ato de improbidade administrativa e a necessidade de sua constatação através de uma congruente e sofisticada prova do fato. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller (Org.). **Temas da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: dos crimes aos ilícitos de natureza incondicionada**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2015. pp. 131-152. p. 134. Disponível em: <https://go.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/ebooks/Temas-Polemicos-Vol-1.pdf#page=133> Acesso em: 10 jan. 2020.

BREPOHL, Marion; GONÇALVES, Marcos; GABARDO, Emerson. As violências do estado de exceção e a defesa da memória contra a invisibilidade dos grupos vulneráveis. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 321-361, jul./dez. 2018.

BROCHADO, Mariah. Presunção de inocência e verdade jurídica. In: MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (Coord.). **O caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2017, pp. 221-232.

CABRAL, Dafne Reichel. **O controle externo como instrumento para a concretização do direito fundamental à boa administração pública**. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2017.

CABRAL, Flávio Garcia. Os fundamentos políticos da prestação de contas estatal. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, a. 2015, n. 270, p. 147-169, set./dez. 2015.

_____. **O ativismo de contas no Tribunal de Contas da União - TCU**. Estágio Pós-Doutoral - 2018-2019. Período: 11/2018 a 11/2019: relatório final. 2019. 95 f. Relatório (Pós-Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba (PR), 2019.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: O Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 31, p.9-18, out. 2005.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ – o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa do art. 10. **Interesse Público**, Belo Horizonte, a. 16, n. 83, p. 27-38, jan. /fev. 2014.

CAPEZ, Fernando. **Improbidade administrativa**: Limites constitucionais à lei de improbidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer de. Direito fundamental ao processo justo. In: MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (Coord.). **O caso Lula**: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2017, pp. 107-118.

CHALITA, Gabriel. **Ética dos governantes e dos governados**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

COELHO, Gabriela. Pesquisa mostra que sanções por improbidade são muito amplas e geram insegurança. **Consultor Jurídico**, 20 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-20/pesquisa-mostra-sancoes-improbidade-sao-amplas>> Acesso em: 30 set. 2019.

COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez ; VALIM, Rafael. O enfrentamento da corrupção nos limites do Estado de Direito. In: MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (Coord.). **O caso Lula**: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil. São Paulo: Contracorrente, 2017, pp. 71-79.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Soberanía y Estado Constitucional. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 45-71, out./dez. 2015.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o “fundamento místico da autoridade”. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIETER, Maurício Stegemann. "O Direito Penal do Inimigo" e "A Controvérsia". **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 33, n. 1, p. 26-36, jan. / jun. 2009.

DUNLAP JR, Charles. Lawfare 101: A Primer, 97. **Military Review**, p. 8-17, .May/June. 2017. p. 9.

FARIA, Luzardo, BIANCHI, Bruno Guimarães. Improbidade administrativa e dano ao Erário presumido por dispensa indevida de licitação: uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 18, n. 73, p. 163-187, jul./set. 2018.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. **Consultor Jurídico**. 10 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>>. Acesso em: 18 jun. 2019.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa**: a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito Getúlio Vargas**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 1-31, set./dez. 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 209, p. 7-18, jul./set. 1997.

FORTINI, Cristina; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91-112, maio/ago. 2018.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. Curitiba: Genesis, 1993.

FREITAS, Juarez. Princípio da moralidade. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, a. 15, n. 170, p. 31-46, abr. 2015.

FREITAS, Marisa Helena D’Arbo Alves de; MANDARINO, Renan Posella; ROSA, Larissa. Garantismo Penal para Quem? O Discurso Penal Liberal Frente à sua Desconstrução pela Criminologia. **Seqüência**, Florianópolis, n. 75, p. 129-156, abr. 2017.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt; MOREIRA, Márcia Silveira. O silêncio da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul frente aos princípios consagrados no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller. **Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**: matéria de corrupção e improbidade administrativa – estudo de casos. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016. pp. 329-344. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/ebooks/Temas_Polemicos_da_Jurisdiacao_do_TJRS_Vol_II.pdf> Acesso em: 20 jan. 2020.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Interesse Público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____; FINGER, Ana Cláudia. Ética na Administração Pública e o Código de Ética do Superior Tribunal Militar. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 119-133, jan./mar. 2011.

_____; ROCHA, Iggor Gomes. Improbidade administrativa e suspensão dos direitos políticos no contexto da preponderância pragmática do interesse público. In: SANTANO, Ana Cláudia; SALGADO, Eneida Desiree. (Org.). **Direito Eleitoral**: debates ibero-americanos. Curitiba: Íthala, 2014, pp. 257-274.

_____. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, p. 65-91, out./dez. 2017.

_____; SAIKALI, Lucas Bossoni. A prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em razão de atos de improbidade administrativa. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 01, n. 50, p. 514-543, 2018.

_____; SAIKALI, Lucas Bossoni. Crítica à decisão do STF sobre a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário por atos dolosos de improbidade administrativa. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 19, n. 223, p. 55-74, set. 2019.

GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 39, n. 155, p. 153-173, jul./set. 2002.

_____; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Camila Paula de Barros. Reflexões sobre a aplicação de institutos penais aos atos ímprobos. **Revista de Direito da Administração pública**, a. 1, v.1, n. 1, p 35-57, janeiro/junho 2018.

GONZÁLEZ JÁCOME, Jorge. El autoritarismo latinoamericano en la ‘Era Democrática’. **Precedente. Revista Jurídica**, n. 6, p. 9-31, 2015.

GRECO, Luis; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, Rio de Janeiro, v. 933, p. 61-92, jul. 2013.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GRUNPENMACHER, Betina. Lei complementar 157/2016 limita autonomia de municípios. **Consultor Jurídico**, 16 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-16/betina-gruppenmacher-lc-1572016-limita-autonomia-municipios>> Acesso em: 20 nov. 2019.

GUEDES, Néviton. Qualidade, significado e importância dos direitos fundamentais políticos. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.) **Comentário à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GUIMARÃES, Fernando. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Consultor Jurídico**. 31 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>> Acesso em: 20 jan. 2020.

GUSSOLI, Felipe Klein. Caça aos ímprobos: como a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa desvinculada das garantias constitucionais desvirtua a finalidade legal. In:

BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.) **Eficiência e ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015. pp. 243-267.

_____. **Impactos dos tratados internacionais de Direitos Humanos no Direito Administrativo brasileiro**. 329 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná, Curitiba, 2018.

_____. Presunção do periculum in mora na decretação de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: para o início de uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, a. 15, n. 176, p. 54-62, out. 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

_____; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. **Fórum Administrativo** – FA, Belo Horizonte, a. 11, n. 130, p. 38-45, dez. 2011.

HAGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa na modalidade culposa. **Interesse Público**. Belo Horizonte, Fórum, n. 58. a. 11, p.165-182, nov./dez. 2009.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. **Corrupção: combate transnacional, compliance e investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

JURUENA, Cynthia Gruending; LEAL, Rogério Gesta. Interlocuções necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, n.42, p. 268-287, jul./dez. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KIRSHE, Wilson. Brasileiro trabalha 29 dias por ano para pagar a conta da corrupção, diz instituto. **G1 Paraná RPC**, Curitiba, 05 jun. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/06/05/brasileiro-trabalha-29-dias-por-ano-para-pagar-a-conta-da-corrupcao-diz-instituto.ghtml>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

LEAL, Rogério Gesta. Corrupção, democracia e mercado: horizontes turvos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 303-329, maio/ago. 2017.

_____. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

_____. Os bens jurídicos tutelados na Lei de Improbidade Administrativa e o dever de correspondência dos agentes públicos em face das responsabilidades jurídicas consectárias. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 53, p. 75-103, jul. / set. 2013.

_____. **Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade:** causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito** – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p. 11-39, jan./jul. 2014.

LINHARES, Sólton Cícero. O branqueamento de capitais, a prova indiciária e os princípios da legalidade e ampla defesa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 65-80, jan./jun. 2010.

LOUREIRO, Caio de Souza. O direito administrativo do inimigo. **Migalhas**, 6 jun. 2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202207,31047-O+direito+administrativo+do+inimigo>>. Acesso em: 10 out. 2019.

LUBAN, David. Carl Schmitt and the critique of lawfare. **Case Western Reserve Journal of International Law**, n. 43, p. 457-471, 2010. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/621>>. Acesso em: 09 set. 2019.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A punição da culpa a título de dolo:** o problema da chamada “cegueira deliberada”. 368 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

MACHADO, Ricardo. A difícil reinvenção da democracia frente ao fascismo social. Entrevista especial com Boaventura de Sousa Santos. **Revista IHU on-line**, São Leopoldo, 08 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/563035-a-dificil-reinvencao-da-democracia-frente-ao-fascismo-social-entrevista-especial-com-boaventura-de-sousa-santos>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

MAIRAL, Héctor A. **As raízes legais da corrupção:** ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. Tradução de Héctor A. Mairal, Susan M. Behrends Kraemer. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MALUF, André Luiz; PRADO, Thainara. Administração pública do medo e os desafios para a inovação: É preciso buscar um ponto de equilíbrio entre o controle da administração pública e autonomia do gestor para inovar. **Jota**. 300 set. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-e-os-desafios-para-a-inovacao-30072019>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

MARIANO, Cynara Monteiro. Reflexões sobre a responsabilidade do terceiro para caracterização da improbidade administrativa. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 36, n. 2, p. 12-22, jul./dez. 2018.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. **Revista Digital de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 3, n. 3, p. 104-120, 2016.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.
MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin. O lawfare militar, político, comercial e geopolítico. **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/opinioao-lawfare-militar-politico-comercial-geopolitico>>. Acesso em: 09 set. 2019.

MARTINS, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

_____. MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael (Coord.). **O caso Lula: a luta pela afirmação dos direitos fundamentais no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade administrativa limites à sua instauração**. Rio de Janeiro: Forense, 2014

_____. **O limite da improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Judges and courts destabilizing constitutionalism: The Brazilian Judiciary Branch's Political and Authoritarian Character. **German Law Journal**, v. 19, n. 4, p. 727-768, 2018.

MIGUEL, Luis Felipe. A crise e suas fronteiras: oito meses de “mensalão” nos editoriais dos jornais. **Opinião Pública**, Campinas, v. 13, n. 1, p.97-123, jun. 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

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

MORLINO, Leonardo. **Hybrid Regimes or Regimes in Transition?** Madrid: FRIDE, 2008
MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista Jurídica do CEJ Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/41>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. **Revista Jurídica do CEJ Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/41>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de improbidade administrativa direito material e processual**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Hiperativismo do controle versus inércia administrativa: Governança pública e novos standards interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo. **Jota**. 18 abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018>> Acesso em: 10 dez. 2019.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A tipificação e sancionamento de ilícitos de agentes públicos e terceiros na Lei de Acesso à Informação Pública e na Lei de Improbidade Administrativa. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 8, p. 69-116, maio/ago. 2014. p. 85.

OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de. **A colaboração premiada como legítimo instrumento de defesa na seara do Direito Penal econômico**. 179 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná, Curitiba, 2016.

ORELLANA VARGAS, Patricio. Participación, transparencia y probidad. **Estado, Gobierno, Gestion Publica**, n. 5, p. 49-58, 2003-2004.

_____. Probidad y corrupción en Chile. El punto de quiebre. **Polis Revista Latinoamericana**, n. 8, p. 1-39, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito de improbidade administrativa. **JUS**, Belo Horizonte, a. 43, n. 26, p. 23-51, jan./jun. 2012.

_____. Corrupción y mala gestión de la “res publica”: el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño. **Revista de Administración Publica**, v. 149, p. 487-522, 1999.

_____. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OYAMA, Luiz Taro. **Reflexões acerca da efetividade das ações de improbidade administrativa** [Projeção visual]. [2017]. 44 slides: color. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/imprensa/2017/ApresentacaoLIADrOyama.pdf>> Acesso em: 20 set. 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

_____; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. São Paulo: Atlas, 1996.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e o dolo genérico: o risco de ser gestor público. **Jota**, 20 ago. 2015. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-administrativa-e-o-dolo-generico-10082015>> Acesso em: 10 jan. 2020.

PIMENTA, Guilherme; PÁDUA, Luciano. Delação premiada já se consolidou no país, mas instituto precisa ser aprimorado. **Jota**, 04 abr. 2019. Disponível em: < <https://www.jota.info/justica/delacao-criticas-lava-jato-04042019>> Acesso em: 05 dez. 2019.

PIRONTI, Rodrigo. A LINDB e a jurisprudência do TCU: decisões coerentes e o princípio da realidade. **Consultor Jurídico**. 13 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-13/rodrigo-pirondi-lindb-tcu-principio-realidade>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Legisladores juízes: Impeachment** na Constituição de 1988. 322 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

POZZO, Antonio Aroldo Ferraz Dal. Reflexões sobre a defesa antecipada na lei de improbidade administrativa. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.) **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PRONER, Carol; RICOBOM, Gisele. O devido processo legal em risco no Brasil: a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na análise da sentença condenatória de Luiz Inácio Lula da Silva e Outros. In: PRONER, Carol et. al. (Orgs.) **Comentários a uma sentença anunciada**: o processo Lula. Bauru: Canal 6, 2017, pp. 77-82.

REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **Democratização do poder judiciário no Brasil**. São Paulo: Contracorrente, 2018.

_____. Juízos ideológicos e o ato de decisão judicial na teoria pura do Direito. In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARAES, Edgar; GABARDO, Emerson. **Eficiência e ética no Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2017, pp. 105-114.

_____. Mecanismos inquisitivos do Processo Administrativo Disciplinar federal (Lei Federal nº 8.112/1990). **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Belo Horizonte. Belo Horizonte, n. 274, p. 235-272, jan./abr., 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e ordem econômica. In: FOCCA, Deminan; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: paz e Terra, 2001.

_____. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODAS, Sérgio. Mesmo sem autorização legal, cabe delação em caso de improbidade, diz advogado. **Consultor Jurídico**, 14 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-14/possivel-acordo-delacao-improbidade-advogado>> Acesso em: 01 dez. 2019.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROSA, Márcio Fernando Elias; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbell. (Coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 225-239.

SAIKALI, Lucas Bossoni. A lei complementar 157/2016 e suas consequências na esfera da improbidade administrativa. In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson. (Coord.) **Eficiência e ética no direito administrativa**. Curitiba: Íthala, 2017, pp. 227-236.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro)**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Os limites explícitos e implícitos aos processos formais e informais de mudança da Constituição: ensaio em defesa do constitucionalismo e da democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 12, n. 48, p. 159-176, abr./jun. 2012.

_____. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, pp. 193-217, jul./dez. 2018.

_____; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário – A Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 121-148, out./dez. 2013

SANTOS, Fábio de Sousa. **Análise comparada da competição na contratação pública brasileira e estadunidense**. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FREITAS, Daniel Castanha de. O protagonismo do órgão jurisdicional: uma pesquisa empírica da perspectiva dos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o ativismo judicial. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 19, n. 101, p. 115-130, jan./fev. 2017.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHRAMM, Fernanda. Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar nº 157/2016 - Espécie de "Improbidade Legislativa" Restrita ao Imposto sobre Serviços (ISS). **Direito do Estado**, 24 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernanda-schramm/mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-pela-lei-complementar-n-1572016-especie-de-improbidade-legislativa-restrita-ao-imposto-sobre-servicos-iss>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. O estado democrático de direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 30, dez. 1988.

SILVEIRA, Renato de Melo Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 122/2016, p. 255-280, out. 2016.

SOBREIRA, Renan Guedes; VARGAS, Tuany Baron de. Improbidade administrativa e novos inimigos: o direito administrativo frente à 5ª medida contra a corrupção. In: LIBÓRIO, Daniela; GUIMARÃES, Edgar; GABARDO, Emerson (Coord.). **Eficiência e ética no direito administrativo**: Livro do II seminário eficiência e ética na administração pública. Curitiba: Íthala, 2017. pp. 179-198.

SORBILLI FILHO, Roberto. Estado judicial, estado de exceção e controle da Administração Pública: breves reflexões. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH** Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 324-331, jan./jun. 2008.

SOUZA, Jessé. **A radiografia do golpe**. São Paulo: LeYa, 2016.

SOUZA, Maria Augusta Oliveira de. **Autoria nos delitos especiais**: uma leitura a partir dos crimes contra a Administração Pública. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná, Curitiba, 2018.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./ dez.

STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância para a democracia. **Revista da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 41, n. 135, p. 173-187, set. 2014.

SUBSERVIOLA GILABERT, José Ramón. Lawfare. El uso del derecho como arma. **Revista Española de Derecho Militar**, n. 106, p. 189-230, jul./dic. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada**. Belo Horizonte: D'Placido, 2017.

TIEFENBRUN, Susan W. Semiotic Definition of Lawfare. **Case Western Reserve Journal of International Law**. v. 43, p. 29-59, (2010). Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/3>>. Acesso em: 09 set. de 2019.

TODOROV, Tzevetan. **Inimigos íntimos da democracia**. Tradução Joana d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

TOFFOLI, José Antonio Dias. Improbidade administrativa e seus reflexos sobre a inelegibilidade do cidadão. In: MARQUES, Mauro Campbell. (Coord.). **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 159-176.

URGEL, Letícia. A teoria da cegueira deliberada na Ação Penal 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 129/2017, p. 479 – 505, Mar/2017.

VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo da Lei nº 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa fé para inovar na Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 16, n. 62, p. 161-186, jul./set. 2018.

VALIM, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VALLÈS, Ragues i. Mejor no saber: sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. **Discusiones XIII** n. 13, p. 11-38, 2013.

VENTURI, Elton. Apontamentos Sobre o Processo Coletivo, o Acesso à Justiça e o Devido Processo Social. **Gênesis**. Revista de Direito Processual Civil, v. 4, p. 13-39, 1997.

WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país**. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.

WEICHERT, Marlon Alberto. Violência sistemática e perseguição social no Brasil. **Revista brasileira de segurança pública**, São Paulo v. 11, n. 2, 106-128, ago. /set. 2017.

WERNER, Wouter G. The Curious Career of Lawfare. **Case Western Reserve Journal of International Law**. v. 43, p. 29-59, (2010). Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/4>>. p. 69. Acesso em: 09 set. de 2019

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANCANER, Weida. Os princípios da moralidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade e o concurso público. **Revista da PGFN**, Brasília, a. 2, n. 4, p.9-16, jul./dez. 2012.

ZYMLER, Benjamin; ALVES, Francisco Sérgio Maia. Acordos de Leniência e o papel do TCU. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 20, n. 107, p. 153-168, jan./fev. 2018.

ANEXO I - RESULTADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL SOBRE DOLO GENÉRICO

Dolo genérico				
Processo	Data julgamento	Relator	Ementa	Considerações
AgInt no AREsp 1366330 / MG	16/05/2019		PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE IPATINGA. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. DOLO GENÉRICO. AFRONTA AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. AGRAVO INTERNO PROVIDO.	Dolo genérico configurado a partir da contratação sem realização de concurso público.
AgInt no AREsp 1324791 / PR	09/05/2019	Ministro FRANCISCO FALCÃO	PROCESSO CIVIL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. INCIDÊNCIA DO ART. 1.022 DO CPC/15. OMISSÃO. NÃO CONFIGURADA. NÃO OBRIGAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTATADA. DIRECIONAR E FAVORECER APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. CONSCIÊNCIA E VONTADE DE VIOLAR POSTULADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO GENÉRICO. SUFICIENTE. VIOLAÇÃO DO ART. 11, CAPUT E INCISO V, DA LEI N. 8.429/92.	Para a configuração da violação aos princípios da administração pública basta a demonstração de dolo genérico.
AgInt no AREsp 261251 / RS	25/04/2019	Ministro GURGEL DE FARIA	PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ATO CONFIGURADO. DEPÓSITOS EFETUADOS POR ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA NA CONTA DA OFICIALA DE JUSTIÇA. DOLO EVIDENCIADO PELO CONTEXTO DELINEADO NA ORIGEM. SÚMULA 7 DO STJ. MALTRATO. INOCORRÊNCIA.	Dolo demonstrado a partir da repetição da conduta suspeita.
AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.500.812 – SE	28/05/2015	MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES	PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ARTIGO 11 DA LEI 8429/92. RECONHECIMENTO DE DOLO GENÉRICO. PENALIDADE APLICADA. PROPORCIONALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.	Para configuração do art. 11 é necessária apenas a demonstração de dolo genérico, sem que haja comprovação de dolo.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 968.447 – PR	16/04/2015	MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO	PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO. PROVA DIABÓLICA: EXIGÊNCIA DE FATO NEGATIVO, POR ILÓGICO QUE PAREÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REQUISITO DA MÁ-FÉ. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ POR ENTENDER INDISPENSÁVEL A DEMONSTRAÇÃO DO DOLO. VIOLAÇÃO AO ART. 11, DA LEI 8.429/92 RECONHECIDA.	Determina que o dolo não se encontra apenas no resultado, no caso tratava-se de uma decisão judicial com determinação do fornecimento de medicamento. Segundo o acórdão, o dolo deve ser investigado na intenção da conduta.
REsp 1536573 / RS	19/03/2019	Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (vencido)	ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE. RECONHECIMENTO DO ELEMENTO ANÍMICO NA CONDUTA DOS DEMANDADOS. DESNECESSIDADE DE REEXAME FATOS OU PROVAS. QUADRO FÁTICO INCONTROVERSAMENTE DELINEADO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS CERTOS. PRESENÇA DE DOLO GENÉRICO NAS CONDUTAS DOS DEMANDADOS. REITERAÇÃO NA COMPRA DE MATERIAIS ELÉTRICOS E DE SERVIÇOS PELA MUNICIPALIDADE. EMPRESA FORNECEDORA PERTENCENTE À SECRETÁRIA MUNICIPAL DE FAZENDA CUJO GENITOR OCUPAVA O CARGO DE PREFEITO. CONDUTA VEDADA PELO ART. 9º, III, DA LEI Nº 8.666/93. OFENSA A DIVERSOS PRINCÍPIOS REITORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE DESCRITO NO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. RECURSO ESPECIAL DO PARQUET PROVIDO.	Demonstração do dolo genérico a partir da prática reiterada da conduta que poderia ser considerada ilegal.
AgInt no AREsp 873914 / RN	11/09/2018	Ministro FRANCISCO FALCÃO	ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9 E 10 DA LEI N. 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO CARACTERIZADO. DANO AO ERÁRIO. DANO IN RE IPSA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.	No decorrer do voto, em que pese afirmar a ausência de demonstração de má-fé, afirma-se que a conduta demonstra no mínimo culpa, sendo que a violação aos princípios da administração pública e a conduta do agente demonstra a configuração do dolo.

REsp 1512654 / SP	30/11/2017	Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (vencido)	ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUTORIZAÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS EM ESTABELECIMENTO PÚBLICO SEM O DEVIDO PROCESSO LICITATÓRIO. ATO ÍMPROBO CONFIGURADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.	Mera autorização de comercialização sem a previa realização de licitação como elemento apto a configurar a violação aos princípios da administração pública e, consequentemente, a cometimento de improbidade administrativa.
AgInt no AREsp 595208 / PR	21/09/2017	Ministra ASSUSETE MAGALHÃES	ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PROMOVER CONCURSO PÚBLICO. POSTERIOR FRAUDE EM CONCURSO PÚBLICO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA RECONHECIDO, PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. ART. 11 DA LEI 8.429/92. PRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO E ATIPICIDADE DA CONDUTA. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.	Dolo configurado a partir da vontade consciente do sujeito em burlar as regras.
REsp 1536895 / RJ	15/12/2015	Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO	PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTRUÇÃO DA IGREJA DE SÃO JORGE, EM SANTA CRUZ, BAIRRO DA PERIFERIA DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DO AGENTE, PARA CONFIGURAR-SE IMPROBIDADE, NOS CASOS DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. CARÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO PROBATÓRIA CONSISTENTE, DE MODO A SUPOORTAR JUÍZO CONDENATÓRIO QUANTO ÀS IMPUTAÇÕES DE ENRIQUECIMENTO LÍCITO, DANO AO ERÁRIO E CONDUTA DOLOSA DO AGENTE. RECURSOS ESPECIAIS AOS QUAIS SE DÁ PROVIMENTO.	No caso, tratando-se de construção de uma igreja, a Corte não entendeu violação ao princípio da laicidade demonstração suficiente de dolo para configurar a improbidade administrativa.
REsp 1410336 / SP	17/12/2013	Ministro ARI	RECURSO ESPECIAL. ATO DE IMPROBIDADE	Necessidade de manifestação

		PARGENDLER	ADMINISTRATIVA. ART. 11, CAPUT, DA LEI Nº 8.429, DE 1992. INEXISTÊNCIA DE DOLO.	explícita acerca da configuração do dolo no acórdão proferido pelos Tribunais de Justiça.
REsp 1828356 / BA	17/11/2019	Ministro FRANCISCO FALCÃO	ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESTAÇÃO DE CONTAS EXTEMPORÂNEAS. VIOLAÇÃO DO ART. 11, CAPUT E VI, DA LEI N. 8.429/92. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.	Exigência de conduta do agente que supere o que se espera do homem médio.
REsp 1817348 / CE	03/10/2019	Ministro FRANCISCO FALCÃO	PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO DO CÔNJUGE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E IMPESSOALIDADE. DOLO GENÉRICO. ELEMENTO SUBJETIVO. CARACTERIZAÇÃO. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92.	Exige-se do agente político ciência das regras e conhecimento técnico, de modo que a mera realização da conduta enseja a configuração do dolo genérico. A intenção se consuma pela efetivação do ato.
REsp 1822891 / RN	03/10/2019	Ministro HERMAN BENJAMIN	ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREFEITO MUNICIPAL. OMISSÃO DO DEVER DE PRESTAR CONTAS. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU REFORMADA EM APELAÇÃO NO TRF DA 5ª REGIÃO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	Ausência de prestação de contas, sem justo motivo, enseja a configuração de conduta dolosa de improbidade administrativa. No caso, fim do mandato quando do prazo para apresentação da prestação de contas não caracteriza justo motivo para a omissão.
EDcl no REsp 1238301 / MG	05/06/2018	Ministro SÉRGIO KUKINA	ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DOLO GENÉRICO. EXISTÊNCIA. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE RESTABELECEU A SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE ENFRENTAMENTO DOS ASPECTOS DOSIMÉTRICOS CONCERNENTES À MULTA CIVIL APLICADA AO EMBARGANTE. OMISSÃO CONFIGURADA.	Ausência de demonstração de proveito individual não afasta a configuração de dolo genérico, apto a configurar a improbidade administrativa em virtude da violação a princípio da administração pública.

ANEXO II - RESULTADOS DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL SOBRE DANO IN RE IPSA

Dano in re ipsa				
Processo	Data julgamento	Relator	Ementa	Considerações
REsp 1771593 / SE	09/05/2019	Ministro HERMAN BENJAMIN	ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO. DOLO GENÉRICO OU CULPA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. DANO IN RE IPSA.	Dolo genérico configurado a partir da contratação sem realização de concurso público.
AgInt no AREsp 1327393 / MA	09/04/2019	Ministro FRANCISCO FALCÃO	PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. CONVÊNIO. FALTA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CASA. DANO IN RE IPSA. DOLO GENÉRICO PRESENTE. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA.	A construção do dolo genérico se presta para a configuração do dano in re ipsa.
AgInt no REsp 1537057 / RN	09/04/2019	Ministro BENEDITO GONÇALVES	PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO IN RE IPSA. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES.	A dispensa de licitação presume o dano ao erário.
AgInt no REsp 1584362 / PB	19/06/2018	Ministro FRANCISCO FALCÃO	ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA BEM DELIMITADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. AFASTAMENTO DA SÚMULA 7. FRACIONAMENTO INDEVIDO DO OBJETO DA LICITAÇÃO COM O INTUITO DE INDEVIDO DIRECIONAMENTO. PRESENÇA DO DOLO GENÉRICO E DO PREJUÍZO PRESUMIDO. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO.	Fracionamento indevido de licitação como elemento de configuração do dolo genérico e do dano in re ipsa.
REsp 1624224 / RS	01/03/2018	Ministro FRANCISCO FALCÃO	PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUBSUNÇÃO. LICITAÇÃO. SISTEMA DE LIMPEZA DA CIDADE. COLETA DE LIXO. VARRIÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS. TRANSPORTE DE RESÍDUOS SÓLIDOS. EDITAL E PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ERRO NO	Escolha da modalidade incorreta de licitação como elemento apto a configurar o inciso VIII, do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

			EDITAL. CLÁUSULAS NULAS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. NÃO CONFIGURADO. SERVIÇO DE COLETA DE LIXO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.666/93. TIPO DE LICITAÇÃO. TÉCNICA E PREÇO. EXCLUSIVIDADE PARA SERVIÇO PREDOMINANTE INTELECTUAL. NÃO ABRANGE O CASO EM EXAME. SERVIÇO MANUAL. VEDAÇÃO EXPRESSA À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONSORCIADA SEM FUNDAMENTAÇÃO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DO PROCESSO LICITATÓRIO. PRESCINDIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 10, VIII, E 11, AMBOS DA LEI N. 8.429/92.	
--	--	--	---	--