

VIVIAN MARIA PEREIRA FERREIRA

A moralidade administrativa e a responsabilização judicial do agente político: um estudo sobre a improbidade administrativa no Brasil

Tese de Doutorado

Orientador Prof. Titular Dr. José Eduardo C. de O. Faria

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP

2020

VIVIAN MARIA PEREIRA FERREIRA

A moralidade administrativa e a responsabilização judicial do agente político: um estudo sobre a improbidade administrativa no Brasil

Versão corrigida

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito

Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito

Orientador: Prof. Titular Dr. José Eduardo C. de O. Faria

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo/SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ferreira, Vivian Maria Pereira

A moralidade administrativa e a responsabilização judicial do agente político: um estudo sobre a improbidade administrativa no Brasil ; Vivian Maria Pereira Ferreira ; orientador José Eduardo Campos de Oliveira Faria -- São Paulo, 2020.

303 p.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Improbidade Administrativa. 2. Corrupção. 3. Agente Político. 4. Diálogo Institucional. 5. Pesquisa Empírica em Direito. I. Faria, José Eduardo Campos de Oliveira, orient. II. Título.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. **A moralidade administrativa e a responsabilização judicial do agente político**: um estudo sobre a improbidade administrativa no Brasil. 2020. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

Aprovado em 8 de maio de 2020.

Banca examinadora

Professor Dr. José Eduardo Campos de Oliveira Faria (orientador e presidente)
Faculdade de Direito – USP
Julgamento: Aprovado

Professora Dra. Susana Henriques da Costa
Faculdade de Direito – USP
Julgamento: Aprovado

Professor Dr. Rogério Bastos Arantes
Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – USP
Julgamento: Aprovado

Professora Dra. Juliana Bonacorsi de Palma
Fundação Getúlio Vargas – São Paulo
Julgamento: Aprovado

Professora Dra. Máira Rocha Machado
Fundação Getúlio Vargas – São Paulo
Julgamento: Aprovado

Professor Dr. Carlos Ari Vieira Sundfeld
Fundação Getúlio Vargas – São Paulo
Julgamento: Aprovado

APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS

Nos últimos anos, testemunhamos uma ampla mobilização pública em torno da questão da corrupção no Brasil. Em uma sucessão de escândalos e de turbulentas investigações envolvendo importantes empresários e agentes políticos de alto escalão, o tema perpassou os debates políticos, pautou eleições e ganhou força também no âmbito acadêmico.

Nesse contexto, como advogada na área de Direito Administrativo, por alguns anos acompanhei o processamento de ações de improbidade administrativa – que não deixam de ser uma das possíveis consequências, previstas no ordenamento jurídico brasileiro, para determinados atos de corrupção. São ações complexas e volumosas que, muitas vezes, tramitam paralelamente a outros processos de responsabilização, seja no Judiciário ou na via administrativa.

Foi na prática profissional que notei a carência de estudos no campo da improbidade administrativa. Os manuais de Direito Administrativo frequentemente não solucionavam as complexas questões dogmáticas que se colocavam perante uma norma que precisou ter sua natureza jurídica não penal declarada pelo Supremo Tribunal Federal. As respostas apresentadas, por sua vez, raramente eram pacíficas ou consensuais. Cuida-se de norma controversa e sua natureza polêmica é potenciada pelo fato de a sua aplicação envolver, com frequência, agentes políticos e ampla exposição midiática.

Foram essas inquietações muito práticas e concretas que me trouxeram de volta ao departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Esse trabalho tenta, assim, ampliar a compreensão da forma pela qual se dá a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa nos tribunais brasileiros. Embora isso não estivesse claro em um primeiro momento, o interesse de pesquisa sempre esteve relacionado às tensões institucionais envolvidas nessa prática jurídica. Todavia, o processo para que eu alcançasse a formulação do meu objeto de análise, da questão central e da tese aqui defendida não foi linear.

O projeto e os esforços iniciais de pesquisa foram apresentados à banca de qualificação, em agosto de 2018, e foram substancialmente modificados a partir das valiosas sugestões então apresentadas pelos professores Rafael Mafei e Juliana Bonacorsi de Palma, a quem sou muito grata. Seus comentários foram fundamentais para um recorte mais claro do objeto e me direcionaram no sentido de aprofundar o estudo da dimensão política da aplicação da Lei de Improbidade, com foco nos tribunais superiores.

Em um momento em que a própria validade da ciência é frequentemente questionada e os incentivos à pesquisa acadêmica no Brasil se tornam mais esparsos, finalizar uma tese de doutorado não deixa de ser um ato de resistência. Ao longo dos três anos de desenvolvimento desta pesquisa, contei com a ajuda de muitas pessoas.

Agradeço, em primeiro lugar, ao meu orientador, José Eduardo Faria, pelas indicações bibliográficas, as sugestões e o apoio ao longo de todo este processo. Agradeço, também, aos professores Virgílio Afonso da Silva e Diogo Coutinho pelos comentários e ponderações que contribuíram para o avanço da pesquisa quando seus contornos ainda eram bastante nebulosos. Aos professores José Reinaldo de Lima Lopes e Rogério Arantes, por me apresentarem a novas perguntas e a novas respostas, que ampliaram minha maneira de compreender minha própria pesquisa. E à Luna Sassara, pela cuidadosa revisão do texto.

Agradeço a generosidade dos professores membros da banca de defesa – Susana Henriques da Costa, Juliana Bonacorsi de Palma, Maira Rocha Machado, Carlos Ari Sundfeld e Rogério Arantes – pelos apontamentos e comentários que permitiram não apenas aprimorar esse texto, mas também imaginar novas pesquisas e aprofundar reflexões.

Minha gratidão, ainda, à Ana Paula Peresi e ao Marco Antônio Loschiavo, sem os quais eu possivelmente não teria sequer ingressado no programa de pós-graduação. Devo muito à Thais Veroni M. Custódio, à Débora S. Sena, à Bruna R. Figurelli, à Camila B. de A. Gato, à Stephanie P. Ribeiro e à Juliana S. Serrano pela convivência estimulante que, de uma forma ou de outra, resultaram nesta pesquisa. Agradeço muito a todos que se dispuseram a discutir minhas dúvidas e a ler trechos e versões deste trabalho. Estes anos também teriam sido muito diferentes sem as amigas e amigos de uma vida toda que, mesmo sem compreender exatamente o tema ao qual eu vinha me dedicando, foram fundamentais de diferentes maneiras.

Serei sempre muito grata ao meu pai, Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira, de quem herdei o interesse pelo Direito, por toda a formação e apoio que me deu e que me trouxeram até aqui. Agradeço imensamente à minha mãe e aos meus irmãos, por serem o meu porto seguro. Agradeço, ainda, muito especialmente, ao meu companheiro de todas as horas, Gustavo, por todas as razões que ele bem conhece.

RESUMO

A Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei nº 8.429/92) foi editada com vistas a aprimorar o combate à corrupção no país, fortalecendo uma agenda de promoção judicial da moralidade política. A lei, no entanto, criou um regime de responsabilidade que se situa de maneira nebulosa entre as esferas do Direito Civil, Penal e Administrativo, faz uso de termos vagos e é omissa em relação a questões processuais relevantes, de modo que tais lacunas e indefinições normativas passaram a ser debatidas, caso a caso, pelos tribunais. A presente pesquisa procura investigar, empiricamente, o processo jurisprudencial de construção de um regime de responsabilidade por improbidade administrativa aplicável aos agentes políticos no Brasil. Analisando o processo decisório no tempo, a pesquisa descreve a dinâmica das diferentes instituições em tensão envolvidas na aplicação da lei e avalia a atuação do Poder Judiciário nesse processo conforme a sua capacidade de criar segurança jurídica. Com enfoque nos tribunais superiores, foram analisadas sistematicamente e qualitativamente 164 decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Foram mapeadas as indefinições dogmáticas suscitadas pelas partes interessadas, as teses jurídicas firmadas pelos tribunais e os agentes ou instituições que, em alguma medida, obtiveram êxito na progressiva construção de um sentido para norma. Situada no plano analítico da sociologia do direito e baseada em uma literatura contemporânea de matriz weberiana, a pesquisa pretende viabilizar uma compreensão mais ampla sobre a efetiva atuação dos órgãos de controle no combate à improbidade administrativa, que permita avaliar se esse sistema opera com lastro nos princípios da segurança jurídica, da impessoalidade e da promoção da igualdade ou se, ao contrário, abre espaço ao casuismo, ao subjetivismo e ao voluntarismo.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa; Corrupção; Agente Político; Diálogo Institucional; Pesquisa Empírica em Direito

ABSTRACT

The Law of Administrative Improbability (Law n. 8.429/92) was enacted in order to improve the fight against corruption in Brazil, strengthening an agenda of judicial promotion of morality in politics. The bill, however, created a new liability regime that stands unclear in between the domains of Civil, Criminal and Administrative Law, making use of fluid terms and lacking relevant procedural provisions – normative gaps and uncertainties that have been taken to courts and thus decided on in a case-by-case fashion. This research focuses on the enforcement of Law n. 8.429/92 and investigates the jurisprudential process of building a new liability system applicable to politicians in Brazil. Analyzing the decision-making process over time, the research describes the tensions and dynamics of the different institutions involved in the law's enforcement and assesses the role of the judiciary in this process according to its ability to create legal certainty. Focusing on Brazilian higher courts, 164 judicial decisions of the Supreme Court and the Superior Court of Justice were systematically and qualitatively analyzed. The legal doubts raised by the litigants and the arguments made by the courts were identified, as well as which players were successful in attributing meaning to the social action of enforcing Law n. 8.429/92. This research falls into the field of the sociology of law and is based on a contemporary literature that draws on Max Weber's work. It aims at enabling a broader understanding of how control agencies have been engaging in their struggle against the offenses committed by politicians in Brazil, assessing whether this system operates with legal certainty, impersonality and equality or, on the contrary, makes room for casuism, subjectivism and voluntarism.

KEY WORDS: Administrative Improbability; Corruption; Politician; Institutional Dialogue; Empirical Legal Research

RESUMÉ

La loi sur les fautes administratives (Loi n. 8.429/92) a été publiée en vue d'améliorer la lutte contre la corruption au Brésil, renforçant un programme de promotion judiciaire de la moralité politique. La norme a pourtant créé un nouveau régime de responsabilité ambiguë entre le droit civil, pénal et administratif, en plus de posséder des termes fluides et de manquer de prévisions procédurales importantes. Ces lacunes et indéfinitions normatives ont été comblées, au cas par cas, par les tribunaux. La présente recherche analyse l'application de la Loi n. 8.429/92, et étudie le processus jurisprudentiel de construction d'un nouveau système de responsabilité applicable aux politiciens au Brésil. La recherche empirique explore le processus décisionnel au fil du temps pour décrire les tensions et la dynamique des différentes institutions impliquées dans l'application de la loi et pour évaluer le rôle du pouvoir judiciaire selon sa capacité à créer de la sécurité juridique. En se concentrant sur les tribunaux supérieurs, 164 décisions de la Cour Fédéral Suprême et de la Cour Supérieure de Justice ont été systématiquement et qualitativement analysées. Les incertitudes soulevées par les plaideurs et les arguments juridiques avancés par les tribunaux ont été identifiés, tout comme les agents ou institutions réussissant le processus de définition dogmatique et de construction d'un sens pour l'application de la loi. Située dans le plan analytique de la sociologie du droit et ayant pour base une littérature wébérienne contemporaine, la recherche vise à fournir une compréhension plus ample du rôle effectif des agences de contrôle dans la lutte contre les fautes administratives commises par des politiciens au Brésil, permettant d'évaluer si ce système fonctionne avec sécurité juridique, impersonnalité et égalité ou, au contraire, laisse place au casuisme, au subjectivisme et le volontarisme.

MOTS-CLEFS: Fautes Administratives; Corruption; Politicien; Dialogue Institutionnel; Recherche Empirique en Droit

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1 O REGIME JURÍDICO <i>SUI GENERIS</i> DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS SUAS DIFICULDADES DOGMÁTICAS	25
1.1 GÊNESE: UMA RESPOSTA NÃO PENAL PARA O PROBLEMA DA CORRUPÇÃO.....	26
1.2 O NÓ DOGMÁTICO PROMOVIDO PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	33
1.2.1 TENTATIVAS DE CONCEITUAÇÃO DO ILÍCITO	33
1.2.2 IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES GRAVOSAS: UM PROCEDIMENTO EM DISPUTA	43
1.2.3 O FENÔMENO DA MÚLTIPLA INCIDÊNCIA E A DIFICULDADE DE COORDENAÇÃO INSTITUCIONAL.....	55
1.3 O RETRATO ATUAL DA APLICAÇÃO DA LIA	78
2 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA PRÁTICA E SUAS TENSÕES INSTITUCIONAIS.....	89
2.1 PESQUISA EMPÍRICA E ANÁLISE DE DECISÕES	92
2.1.1 NOTAS METODOLÓGICAS.....	93
2.1.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA AMOSTRA.....	99
2.1.3 O AUTOR, O RÉU E O ATO ÍMPROBO	103
2.1.4 PREVALÊNCIA DE QUESTÕES PROCESSUAIS E FORMAIS NOS CASOS ANALISADOS	105
2.2 OS SENTIDOS DA APLICAÇÃO DA LIA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	107
2.2.1 PRINCÍPIOS QUE INOCENTAM E QUE CONDENAM: AS IMPLICAÇÕES POLÍTICAS DE UMA NORMA EMINENTEMENTE PRINCIPIOLÓGICA.....	108
2.2.2 DUAS RESPOSTAS DISTINTAS A UMA CULTURA POLÍTICA MAL AVALIADA	125
2.2.3 OS CONTORNOS DO PODER SANCIONATÓRIO DAS INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA	144
3 A APLICAÇÃO DA LIA A AGENTES POLÍTICOS.....	155
3.1 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO JUDICIAL DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA LIA: O CASO DO FORO PRIVILEGIADO	158
3.1.1 O INÍCIO DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO Nº 2.138: PREOCUPAÇÃO COM O USO POLÍTICO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO COMO GARANTIA DEMOCRÁTICA	161
3.1.2 A AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.797: PREOCUPAÇÃO COM A IMPUNIDADE E DIVERGÊNCIAS SOBRE A DISTRIBUIÇÃO VERTICAL DE COMPETÊNCIAS FUNCIONAIS NAS INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA.....	165
3.1.3 A RETOMADA DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO Nº 2.138: UM PRECEDENTE NATIMORTO.....	177
3.1.4 O SIGNIFICADO INCERTO DOS PRECEDENTES: CASUÍSMOS E SUBJETIVISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS	183
3.1.5 AGRG NA PET. Nº 3.240 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 976.566: PREOCUPAÇÃO COM O COMBATE À CORRUPÇÃO E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO COMO PRIVILÉGIO ANTIRREPUBLICANO...	190
3.2 A DIFICULDADE DE COORDENAÇÃO ENTRE AS DIFERENTES ESFERAS DE RESPONSABILIDADE: UM PROBLEMA NÃO RESOLVIDO	199
3.3 A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE ANÁLISE: ENTRE O PUNITIVISMO E O GARANTISMO.....	205

4 UM PROCESSO SANCIONATÓRIO DE CARTAS MARCADAS.....	211
4.1 O ÊXITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO LITIGANTE ESTRATÉGICO NA DEFINIÇÃO DO SENTIDO DA LIA	212
4.2 AS VANTAGENS NO AJUIZAMENTO E PROCESSAMENTO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A BUSCA POR MAIOR EFICIÊNCIA SANCIONATÓRIA.....	218
4.3 MECANISMOS DE PRESUNÇÃO QUE CONDUZEM À CULPABILIDADE DO RÉU	223
4.3.1 INDISPONIBILIDADE DE BENS (QUASE) AUTOMÁTICA: A PRESUNÇÃO DE RISCO DE DANO AO ERÁRIO	223
4.3.2 IN DUBIO PRO SOCIETATE: O PROCESSAMENTO DAS DEMANDAS DE IMPROBIDADE COMO SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO	229
4.3.3 CRITÉRIOS POUCO CLAROS DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA E O DOLO PRESUMIDO.....	234
4.3.4 O DANO PRESUMIDO NAS VIOLAÇÕES QUE ENVOLVEM LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS ...	245
4.4 O PL Nº 10.887/18 E A POTENCIAL CRISTALIZAÇÃO DE UMA VISÃO PUNITIVISTA DA LIA.....	250
CONCLUSÕES	257
REFERÊNCIAS	269
LEGISLAÇÃO CONSULTADA	279
JURISPRUDÊNCIA MENCIONADA	285
ANEXO I.....	297
ANEXO II	301

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 protege, como um dos princípios basilares do Estado democrático de direito brasileiro, a moralidade e a probidade administrativa.¹ Prevê, nesse sentido, punição severa a agentes públicos que atuem de forma desonesta e desleal no exercício das suas funções, com potencial prejuízo à Administração Pública, podendo acarretar suspensão de seus direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de seus bens e condenação ao ressarcimento do erário.²

A regulação do procedimento para a imposição de tais sanções foi delegada pelo constituinte de 1988 ao legislador ordinário e positivada alguns anos depois, com a edição da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Em linhas gerais, a LIA distinguiu três tipos de condutas ímprobas: os atos que importam enriquecimento ilícito, os atos que causam prejuízo ao erário e os atos que violam os princípios que regem a Administração Pública.

A tipificação legal tem caráter aberto, de modo que a norma apenas descreve de forma exemplificativa algumas condutas consideradas ímprobas, deixando espaço aberto ao intérprete para qualificar outras não listadas expressamente na lei. Seu escopo é bastante inclusivo, sujeitando a graves punições os agentes públicos, bem como os agentes privados eventualmente beneficiados por condutas tidas como ímprobas.

Não se trata, evidentemente, de preocupação inédita. Já havia uma ampla gama de normas visando coibir atos ilícitos no bojo da Administração Pública e responsabilizar seus perpetradores perante diversos órgãos (GARCIA; ALVES, 2014, p. 301). Assim, na prática, a LIA significou a criação de uma nova forma de responsabilização para agentes que já respondiam administrativamente perante Tribunais de Contas e controladorias, criminalmente em casos de corrupção, concussão, prevaricação, lavagem de dinheiro e crimes eleitorais;³ politicamente, em casos de crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/50); e civilmente pela

¹ O artigo 5º da Constituição expressamente prevê, em seu inciso LXXIII, que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa. Ademais, ao tratar da Administração Pública, o artigo 37 da Constituição eleva a moralidade administrativa à qualidade de princípio basilar, a ser obedecido pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

² Nos termos do art. 37, §4º da Constituição Federal, “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”.

³ A esse respeito, é importante ressaltar que nem toda conduta ímproba pode ser tipificada como crime, mas são muitos os casos em que é possível a coincidência, ou seja, que uma única conduta seja, simultaneamente, punida na esfera penal e na esfera civil, pela LIA.

reparação de danos ao erário, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e da Lei da Ação Popular.⁴⁻⁵

Em verdade, a LIA nasceu intimamente vinculada ao intento de promover o combate à corrupção, como alternativa de responsabilização mais eficiente que o sistema criminal, então considerado ineficaz contra os chamados “crimes do colarinho branco” (GIACOMUZZI, 2013, p. 292-293). Ironicamente, foi sancionada em junho de 1992 pelo presidente Fernando Collor, em meio a um notório escândalo de recebimento de propinas e desvio de verbas públicas, como forma de demonstrar a preocupação do Governo Federal com o assunto.

Certamente, os esforços voltados à eliminação da corrupção e da improbidade administrativa são imprescindíveis para a manutenção de uma democracia saudável, na qual representados e representantes se sintam parte de um mesmo projeto coletivo e na qual os recursos arrecadados sejam utilizados de forma eficiente em prol do interesse público e da implementação de políticas capazes de garantir direitos. A LIA tem, portanto, potencial para desempenhar um importante papel no sistema de freios e contrapesos, melhorando a qualidade da democracia, ao permitir que o Poder Judiciário coíba práticas no seio da Administração Pública que contrariem o interesse público e atentem contra o erário.

Estudos recentes sobre o tema apontam que as ações de improbidade administrativa são, via de regra, ajuizadas pelo Ministério Público em face de agentes públicos, sendo os agentes políticos detentores de mandato no âmbito municipal os mais demandados, em geral por condutas que atentam contra os princípios da Administração Pública (ALVES DA SILVA; HENRIQUES DA COSTA, 2011; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012; GOMES JUNIOR, 2015; BARBÃO; OLIVEIRA, 2018). Cuida-se, portanto, de um instrumento jurídico mobilizado principalmente pelo Ministério Público para promover o controle judicial da atuação de representantes eleitos, criando tensões institucionais entre os diferentes poderes envolvidos na aplicação da norma.

Ocorre que a LIA padece de pouca clareza quanto à sua natureza dogmática.⁶ A norma não se situa claramente em um dos campos civil, penal ou administrativo, razão pela

⁴ A Lei nº 7.347/1985 disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Já a Lei nº 4.717/1965 permite a qualquer cidadão pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.

⁵ O ilícito civil de improbidade administrativa com esses contornos só existe no Brasil. Nos demais países de Direito Continental, os atos que, aqui, são investigados, processados e punidos como improbidade administrativa são combatidos apenas pela via do direito penal (GIACOMUZZI, 2013, p. 292).

⁶ Como esclarece José Rodrigo Rodriguez (2012, p. 21), “a dogmática jurídica é um conjunto de raciocínios destinado a organizar sistematicamente, com a utilização de conceitos, institutos e princípios jurídicos, as leis e

qual também não está evidente quais princípios jurídicos podem ser mobilizados por seus aplicadores. Além disso, estudiosos da improbidade vêm destacando que termos fluidos constantes da lei e a falta de clareza quanto aos seus conteúdos normativos acarretam incertezas que impõem dificuldades à sua aplicação e têm favorecido o subjetivismo por parte de órgãos controladores e juízes, em detrimento da segurança jurídica e da promoção da igualdade (MARQUES NETO; PALMA, 2017; GIACOMUZZI, 2013; NEISSER, 2018). De mais a mais, a norma não previu uma série de questões processuais relevantes para a sua aplicação.

A LIA deixa, assim, muitas questões jurídicas e decisões estratégicas relevantes a cargo de seus aplicadores. Essas questões não integralmente respondidas pelo legislador passaram, naturalmente, a ser discutidas e decididas caso a caso nos tribunais brasileiros, abrindo espaço para que os atores canalizassem conflitos político-institucionais para a esfera judicial e, nela, disputassem os sentidos da aplicação da norma.

A presente pesquisa volta-se, portanto, a ultrapassar a perspectiva estática da norma para a investigar a dimensão da eficácia social⁷ da LIA, a fim de compreender empiricamente como se dá o fenômeno de responsabilização judicial dos agentes políticos. Nesse sentido, buscou-se descrever a dinâmica das diferentes instituições implicadas na construção desse sistema de responsabilização jurídica no Brasil. Como parte relevante desse processo se desenrola nos tribunais, buscou-se, ainda, avaliar a atuação do Poder Judiciário nesse processo, verificando se as teses que vêm sendo firmadas sobre o tema são capazes de criar segurança jurídica ou se, ao contrário, abrem espaço para o voluntarismo, o casuísmo e o subjetivismo.

O fenômeno jurídico foi trabalhado indutivamente a partir de sua dimensão decisória por meio da metodologia de análise das decisões, a fim de analisar o “movimento no tempo de uma prática jurídica que encontra sentido justamente no fato de ser um modo de agir com um sentido passível de interpretação” (FREITAS FILHO; LIMA, 2010, p. 12-13).

Assim, o **Capítulo 1** apresenta a gênese da LIA, evidenciando os problemas dogmáticos provocados por uma norma repleta de omissões e de termos vagos e dotada, ao mesmo tempo, de uma natureza jurídica dúbia, inserindo-se de maneira pouco clara entre os regimes jurídicos civil, administrativo e penal. Além disso, uma compilação dos achados de

os casos julgados em um determinado ordenamento jurídico, nacional ou transnacional, tendo em vista a solução de casos concretos por meio de organismos com natureza jurisdicional”.

⁷ O termo “eficácia” é tomado, aqui, da Teoria do Direito, para designar o fato de uma norma ser, efetivamente, obedecida e/ou aplicada. Para Hart (2009, p. 133), há eficácia se “uma norma do direito que exige certo comportamento é mais frequentemente obedecida que infringida”. No mesmo sentido, veja-se Kelsen (p. 292-300). Ademais, como esclarece Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2003, p. 199-200), “uma norma se diz socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos”, o que pode decorrer tanto da sua obediência espontânea quanto da sua imposição pelos tribunais.

pesquisas já realizadas sobre o tema apresenta o retrato atual da aplicação da lei, evidenciando as tensões institucionais dela decorrentes.

Essas tensões são exploradas, nos capítulos seguintes, a partir de uma pesquisa empírica⁸ de natureza qualitativa⁹ que analisou decisões judiciais no âmbito dos tribunais superiores. Nela foram mapeadas as indefinições que vêm sendo suscitadas pelas partes interessadas, as teses jurídicas que vêm sendo firmadas e os agentes ou instituições que vêm, em alguma medida, obtendo êxito neste processo de conformação dogmática.

No total, foram analisadas 164 decisões, ordenadas em categorias de classificação qualitativa, para viabilizar uma análise sistemática. O banco de dados obtido permitiu que se passasse a um processo de sofisticação da análise qualitativa, o que foi feito a partir de três eixos principais, conforme descrito no **Capítulo 2**. Em primeiro lugar, partindo da natureza principiológica da LIA, os votos proferidos foram analisados quanto ao emprego de princípios jurídicos, de modo a verificar quais deles são mobilizados pelos julgadores e se o emprego de normas de conteúdo vago é acompanhado da densificação do seu significado nos casos concretos. Em segundo lugar, considerando que as narrativas contidas nos acórdãos analisados revelam disputas discursivas sobre o significado da improbidade administrativa – e sobre o agente ímprobo, sobre a sociedade, sobre o Estado e sobre a política –, manifestações a esse respeito foram identificadas nos votos e discussões entre ministros. Por fim, foi identificada a ocorrência de elementos narrativos que apontassem para a compreensão dos tribunais superiores sobre o papel das instituições de justiça e do direito sancionador em disputa no caso concreto.

Com efeito, especialmente no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), a resolução dos casos concretos envolve, também, uma disputa a respeito dos contornos de um projeto de Estado. Ao decidir os conflitos que lhe são submetidos, os tribunais superiores terminam por debater o papel que atribuem ao Direito na construção e

⁸ A concepção de empiria que orienta a pesquisa diz respeito à pesquisa “baseada na observação sistemática da realidade, na recolha de informações e transformação dessas informações em dados (codificação), com o intuito de descrever, compreender e explicar a realidade observada. A observação sistemática da realidade pode dar-se de diversas formas (técnicas), incluindo entrevistas quantitativas (*surveys*) ou qualitativas (entrevistas em profundidade, narrativas e histórias de vida etc.), etnografia, uso de documentos, experimentos, decisões etc. (...) A pesquisa empírica no campo do direito envolve o estudo de instituições, regras, procedimentos e operadores do direito, com o objetivo de compreender como operam e quais os efeitos que produzem na sociedade. Ou seja, o objetivo da pesquisa empírica é entender como o direito se concretiza na sociedade” (OLIVEIRA, 2012, pp. 8-9).

⁹ Considera-se qualitativa a abordagem que “não se baseia em dados numéricos, mas sim em evidências empíricas sobre valores, crenças e representações, visando aprofundar e muitas vezes dar voz aos atores envolvidos na realidade ou fenômeno estudado” (OLIVEIRA, 2012, pp. 9).

resolução de conflitos, bem como os papéis atribuídos às instituições – Poder Judiciário, Ministério Público e poderes políticos representativos – na organização social.

Em seus votos, os ministros definem suas concepções a esse respeito e constroem o funcionamento das investigações e dos processos de improbidade administrativa. Discutem, nesse sentido, os limites legítimos às práticas de promotores e gestores públicos, bem como do poder punitivo e de controle de modo geral. A partir do seu lugar institucional hierárquico, o STJ e o STF, com o seu poder de uniformizar a aplicação e a interpretação da legislação federal e de proteger a Constituição, não apenas criam precedentes, mas constroem politicamente legitimidades e legalidades.

É possível falar, assim, no *sentido* atribuído à LIA em sua aplicação pelos tribunais superiores. O sentido da ação é, aqui, tomado na acepção weberiana, para designar a orientação subjetivamente visada, que cada pessoa dá à sua conduta e a partir de cuja compreensão é possível explicar a estrutura da ação humana (WEBER, 2012, pp. 3-4).

O processo de atribuição de sentido à norma acarreta, invariavelmente, a delimitação de poderes investigatórios, instrutórios e decisórios de diferentes atores e instituições envolvidos em sua aplicação, impactando os interesses de cada um deles. Tais atores e instituições disputam entre si por poder efetivo, autonomia, recursos financeiros e capacidade de influenciar os rumos do país e de fazer valer seu projeto no que diz respeito à relação entre sociedade e Estado, bem como no que toca à função do sistema estatal sancionatório. Analisar a definição jurisprudencial de teses jurídicas sobre a improbidade administrativa permite, portanto, entrever os conflitos e as situações de acomodação desses interesses político-institucionais.

Não se pretende sugerir que as ações de improbidade administrativa, com sua argumentação e racionalidade jurídica próprias, sirvam apenas como cortina de fumaça sobre a política partidária. Nesse sentido, como bem esclarece José Rodrigo Rodriguez (2019b, p. 483), embora, em alguns casos, a política partidária possa determinar o comportamento dos agentes do mundo jurídico, também é possível identificar situações em que eles “se alinham, mesmo sem uma aliança explícita, negociada face a face, para perseguir agendas próprias, mas de interesse mútuo”.

Partindo do pressuposto de que os agentes jurídicos envolvidos na aplicação da LIA possuem uma racionalidade própria e encenam uma maneira própria de fazer política, que se explicita na tomada de decisões e na interpretação das normas e de casos anteriores (RODRIGUEZ, 2019b, p. 483-484), buscou-se compreender o sentido da aplicação da LIA, tomando os tribunais brasileiros como arenas de interação entre atores e instituições que se

utilizam de um discurso técnico-jurídico e mobilizam a bandeira da moralização do Estado para a aplicação da norma em contextos sociais complexos.

Ainda que alguns exemplos pontuais possam ser usados para levantar debates mais amplos, a coleta de dados não buscou compreender cada caso isoladamente, mas o funcionamento do sistema de justiça no âmbito das improbidades como um todo. As decisões analisadas revelam que parte significativa desse debate se desenrolou em casos nos quais se discutia a questão do foro por prerrogativa de função. De fato, cuida-se da delicada questão de definir se juízes de primeiro grau podem conduzir agentes políticos da mais alta expressão a sanções de perda do cargo e à suspensão de direitos políticos.

O **Capítulo 3** traz um estudo mais aprofundado sobre tais decisões, especificamente, o qual evidencia a existência de uma divisão, nos tribunais superiores, entre os ministros que veem a LIA como um instrumento sancionatório que deve ser usado para corrigir uma cultura política patrimonialista e corrupta e aqueles mais preocupados com a limitação do poder sancionador do Estado e com as garantias individuais contra o arbítrio. Apresenta-se, então, um modelo de análise que divide os aplicadores da LIA entre dois tipos-ideais¹⁰ – os garantistas e os punitivistas – evidenciando que, diante de uma norma repleta de omissões processuais e de termos de conteúdo normativo incerto, e na ausência de bases dogmáticas mais consistentes, esses aplicadores passaram a exercer uma função regulatória casuística e voluntarista, que flutua ao sabor da política institucional.

Uma vez definido pelos tribunais superiores que as ações de improbidade administrativa poderiam correr na primeira instância, coube sobretudo ao STJ dirimir as dúvidas quanto à correta aplicação da legislação federal. Os casos analisados revelaram que, com o passar do tempo, por obra da jurisprudência, alguns aspectos do texto da LIA tiveram seu sentido progressivamente definido. O texto inicialmente vago foi se fechando, assim, em torno de um entendimento que garante aos órgãos de controle uma série de mecanismos processuais que os habilitam a impor a sua visão de moralidade pública a gestores públicos em todo o país.

Dessa forma, o **Capítulo 4** debruça-se sobre essa questão, demonstrando o êxito obtido pelo Ministério Público nas disputas sobre teses firmadas pelo STJ, consolidando assim uma trajetória histórica de fortalecimento institucional. O resultado é que, hoje, uma vez processado por improbidade administrativa, a condenação ou absolvição de um agente político

¹⁰ Refere-se, aqui, aos tipos ideais como construção metodológica e analítica da sociologia weberiana (ALLEN, 2004, p. 77).

dependerá mais do entendimento subjetivo do seu julgador do que de fatos e provas, pois, havendo condições políticas para a sua condenação, há muito pouco espaço jurídico de manobra à disposição dos réus, em geral integrantes do Poder Executivo municipal.

Por fim, são apresentadas as **Conclusões** da pesquisa que, situada no plano analítico da sociologia qualitativa do direito e baseada em uma literatura mais contemporânea de matriz weberiana, pretende viabilizar uma compreensão mais ampla sobre a efetiva atuação dos órgãos de controle no combate à improbidade administrativa, que permita avaliar se esse sistema opera de forma mais ou menos casuísta. A presente pesquisa dialoga com estudos institucionais do sistema de justiça,¹¹ no sentido de buscar explicações para fenômenos sociais a partir da análise da interação entre indivíduos e as estruturas e mecanismos que regulam o seu comportamento em sociedade.¹²

Ao explorar os meandros da aplicação da LIA pelos tribunais brasileiros, pretende-se lançar luz sobre como uma norma repleta de indefinições e cuja aplicação é permeada por consideráveis tensões institucionais é capaz de impor limites à consolidação de um sistema de combate à corrupção no país que opere com lastro nos princípios da segurança jurídica, da impessoalidade e da promoção da igualdade.

¹¹ “Entendemos por sistema de justiça o conjunto de instituições estatais encarregadas de garantir os preceitos constitucionais, de aplicar a lei e de distribuir justiça. [...] [A]o se constituir como uma área relativamente autônoma, tem invocado e chamado para si questões anteriormente tratadas por outras sociologias especializadas e outras disciplinas, quer do Direito quer das Ciências Sociais e da História. Mas, ao incorporar essas questões, transforma-as, examinando-as sob uma ótica distinta. Isto é, propõe que as análises sobre aqueles temas tenham por eixo ou fio condutor as instituições judiciais” (SADEK, 2002, p. 237)”.

¹² A este respeito, ver, por exemplo, Maria Tereza Sadek (2002) e Frederico Almeida (2014).

1 O REGIME JURÍDICO *SUI GENERIS* DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS SUAS DIFICULDADES DOGMÁTICAS

O objetivo desta pesquisa é compreender como se dá o fenômeno de responsabilização judicial dos agentes políticos pela LIA, descrevendo como se desenrolam as disputas político-jurídicas entre as instituições envolvidas na aplicação da lei e avaliando, a partir das indefinições dogmáticas da norma e das teses jurídicas que vêm sendo defendidas e firmadas na sua aplicação pelos tribunais, em que medida tal processo conduz à criação de segurança jurídica no combate à improbidade ou se, ao contrário, abre espaço ao voluntarismo, ao casuísmo e ao subjetivismo dos órgãos de controle. Para alcançar tais objetivos, faz-se necessário, primeiramente, situar o regime jurídico da improbidade administrativa, delimitando com maior clareza as dificuldades dogmáticas impostas pela norma.¹³

Assim, a primeira parte do presente capítulo apresenta sucintamente a origem histórica da LIA enquanto resposta legislativa não penal para o problema da corrupção no Brasil. A partir do diagnóstico de que se trata de um regime claramente sancionatório, mas que se pretende mais eficiente que a legislação penal em vigor, verifica-se que resta indefinida a forma pela qual os procedimentos e princípios aplicáveis ao processo civil e ao processo penal devem se conjugar na sua aplicação.

Aliada a uma série de omissões legislativas e ao abundante recurso a princípios jurídicos, tal indefinição acarreta dificuldades dogmáticas fundamentais, que impedem a pacífica conceituação do ilícito e das sanções a ela correspondentes, impondo dificuldades à aplicação da norma. Nesse sentido, são criadas as condições ideais para que os atores sociais vinculados à aplicação da lei – e que ocupam as posições de autor, de réu e de juiz nos processos que ela prevê – se engajem em uma disputa pelos sentidos da aplicação norma e da proteção à moralidade administrativa por ela veiculada.

¹³ A descrição da produção doutrinária sobre o tema da improbidade administrativa não é feita, aqui, a partir de uma postura epistemológica que se pretende neutra ou representativa de uma realidade única, fixa e absoluta. Assim como qualquer discurso que procura comunicar um dado do mundo, a pesquisa está invariavelmente submetida à interpretação do seu autor. Atuando simultaneamente como pesquisadora e como advogada na área do Direito Administrativo, a autora procurou realizar uma descrição suficientemente ampla dos debates teóricos correntes, mas a seleção dos diversos dos autores e a exposição das ideias que aparecem no presente capítulo é inevitavelmente permeada por sua experiência e valores materiais e culturais. Como em qualquer investigação científica no ramo das ciências sociais, os dados apresentados devem ser lidos a partir desse ponto de vista historicamente localizado. Isso não significa, no entanto, acolher qualquer espécie de confusão entre a prática profissional e o desenvolvimento científico no campo do Direito, acertadamente criticada por Marcos Nobre (2004). Buscou-se, nesse sentido, sem qualquer compromisso com soluções específicas para casos concretos, realizar uma reconstrução dogmática que permitisse melhor compreender o estatuto da improbidade administrativa na prática jurisprudencial.

1.1 GÊNESE: UMA RESPOSTA NÃO PENAL PARA O PROBLEMA DA CORRUPÇÃO

O tema da improbidade administrativa tem assento constitucional no artigo 37, §4º da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que “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”. Como se vê, o constituinte previu a imposição de severas sanções para esses casos, o que se deve a uma preocupação em responder, normativamente, ao fenômeno da corrupção.

A literatura especializada sobre o tema da corrupção é relativamente recente nas ciências sociais. Uma primeira abordagem, de vertente funcionalista, que remonta às décadas de 1950 a 1970, relacionava a corrupção a práticas políticas típicas de sociedades tradicionais em transição para a modernidade, como o clientelismo, a patronagem, o nepotismo e o fisiologismo, os quais promovem vulnerabilidades institucionais que podem resultar em corrupção. A partir de uma perspectiva de custos e benefícios, a corrupção era então vista como um elemento funcional, capaz de promover o desenvolvimento ao facilitar as relações políticas entre o governo e os empresários e pacificar clivagens sociais, contribuindo para a estabilidade política (FILGUEIRAS; AVRITZER, 2013, p. 211-212).

A partir da década de 1980, no entanto, no contexto das políticas de liberalização de mercado, passou a prevalecer uma abordagem econômica do problema segundo a qual a corrupção representa custos muito maiores do que eventuais benefícios ao desenvolvimento. Sendo atrelada às práticas de *rent seeking*, a corrupção passou a ser vista como resultado de configurações institucionais que permitem que agentes egoístas e autointeressados burlem as regras do sistema político estrategicamente, com vistas a maximizar ganhos privados, em detrimento dos recursos públicos (FILGUEIRAS; AVRITZER, 2013, p. 212).

Mais recentemente, a literatura passou a apontar que a corrupção não pode ser reduzida apenas a seus aspectos econômicos, mas que deve ser analisada como um fenômeno político diretamente relacionado a uma disputa sobre a interpretação das regras e princípios que estruturam a vida pública e que determinam o lícito e o ilícito. Essas disputas em torno dos sentidos e dos significados da ação política e do modo como diferentes casos como corrupção podem ser enquadrados ocorre em diferentes campos:

“O conceito de corrupção expressa uma polissemia de sentidos e tipos de ação política, cujo critério para se definir se esta ação é corrupta ou não é o da sua ilegitimidade frente aos valores e normas expressos em uma concepção de interesse

público. (...) A introdução da categoria ‘público’ permite, dessa forma, uma abordagem mais abrangente em relação aos diferentes problemas que configuram a prática da corrupção nas sociedades democráticas. Em primeiro lugar, porque estabelece uma tensão entre o conceito de corrupção e os valores políticos fundamentais de uma ordem democrática. Em segundo lugar, porque permite transcender a ideia, por si restrita, de que a corrupção esteja referida apenas ao uso indevido de dinheiro público ou ao suborno. Em terceiro lugar, porque assume que o efeito da corrupção esteja não apenas no aspecto gerencial do Estado, mas no problema da legitimação da ordem democrática como um todo. Em quarto lugar, porque permite absorver a ideia de que o controle da corrupção envolve uma concepção mais ampla, assentada em uma concepção aberta de cidadania e *accountability*. Em quinto lugar, porque permite perceber que o enfrentamento da corrupção não envolve apenas o ajuste das instituições a sistemas de incentivos, mas compromissos de sociedades inteiras, tendo em vista aspectos sociais, econômicos, culturais e políticos” (FILGUEIRAS; AVRITZER, 2013, p. 214-215).

De todo modo, há certo consenso no sentido de que a corrupção pode afetar negativamente a distribuição de recursos públicos, o funcionamento do Estado, a aplicação da lei, a concretização dos direitos e a legitimidade dos próprios vínculos de coesão social dos regimes democráticos contemporâneos, além de abalar o desenvolvimento econômico e o exercício da concorrência justa e adequada. Em razão de seus graves reflexos sociopolíticos e econômicos, o fenômeno da corrupção adquire inegável relevância jurídica e, assim, passou a ser regulado pelo Estado (DOBROWOLSKI, 2018, p. 144).

Foi justamente o intuito de combater a corrupção que levou à inclusão da vedação à improbidade administrativa no texto da Constituição de 1988, a qual foi, inicialmente, tratada como uma espécie de crime inafiançável, como demonstra Fernando G. Neisser (2018, p. 58), a partir de uma análise dos debates da Assembleia Nacional Constituinte. Todavia, o texto aprovado, e que hoje integra a Constituição Federal, resulta de uma emenda à redação originária, proposta pelos constituintes do chamado “centrão”.¹⁴ A alteração fez constar expressamente que as sanções imputadas aos atos de improbidade administrativa não excluem “a ação penal cabível”. Com isso, diferenciou-se a noção de improbidade da de crime.

O objetivo de combater os malfeitos na Administração Pública certamente não nasceu com a Constituição Federal de 1988. Como ensina José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 1.146-1.147), as Constituições de 1946 e 1967 já tratavam do tema ao proteger a moralidade administrativa. Além disso, prossegue o autor,

“no plano infraconstitucional, alguns diplomas deram tímido ou incompleto tratamento à matéria, mas, de uma forma ou de outra, aludiam ao sequestro e perdimento de bens de atores de condutas lesivas ao patrimônio do Estado ou geradoras de enriquecimento ilícito”.

¹⁴ Grupamento suprapartidário de parlamentares que se reuniu na Constituinte em defesa de interesses de cunho conservador e liberal.

Foi como um reflexo da preocupação em aperfeiçoar o combate à corrupção e à impunidade no setor público, contudo, que a Constituição ampliou consideravelmente o sentido dessa proteção à moralidade, pela via do instituto da improbidade administrativa, como aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 1.003-1.004).

Nesse sentido, esclarece a autora que, antes de 1988, já eram previstas sanções para os crimes de responsabilidade e determinada a punição do agente público que enriquecia ilícitamente no exercício do cargo. A partir da Constituição, contudo, a moralidade administrativa foi inserida na Constituição na qualidade de princípio jurídico. Com isso, aumentaram as hipóteses de responsabilização dos agentes políticos, na medida em que a exigência de moralidade passou a se estender a todas as categorias de servidores públicos e a abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito (DI PIETRO, 2017, p. 1.003-1.004).

O tratamento que o constituinte de 1988 dispensou ao tema difere das perspectivas adotadas anteriormente no nosso ordenamento jurídico e conduziu a uma perplexidade quanto à sua natureza jurídica. Nas palavras de Fábio Medina Osório (2018, p. 106-107),

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

O regime jurídico da improbidade administrativa nasceu, assim, entre nós, em uma situação nebulosa quanto à sua natureza jurídica: ainda que o constituinte tenha afastado expressamente o instituto do campo penal, a noção de improbidade traz, em si mesma, uma relação umbilical com as noções de corrupção, de punição e de crime.

A regulação do procedimento para a imposição das sanções constitucionalmente previstas para os atos de improbidade administrativa foi delegada ao legislador ordinário. O projeto de lei que deu origem à LIA foi proposto pelo Poder Executivo e tinha por objetivo responder ao anseio popular e transmitir à sociedade a preocupação do governo federal com a

questão do combate à corrupção.¹⁵ A lei foi sancionada pelo então presidente Fernando Collor em meio a um notório escândalo de corrupção envolvendo seu tesoureiro de campanha, o empresário Paulo Cesar Farias.

A bem da verdade, como bem esclarecem Fernando Filgueiras e Leonardo Avritzer (2013, p. 223), cada momento importante de exposição da corrupção pelo sistema político no Brasil gerou, historicamente, um momento posterior de reorganização das instituições de controle, com a edição da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – TCU (Lei nº 8.443/1992) quase simultaneamente ao impeachment do ex-presidente Collor; e a promulgação da Lei nº 8.666, que regulamenta o processo de licitações, em junho de 1993, logo após um escândalo envolvendo deputados da Comissão de Orçamento do Congresso. Todas essas normas procuravam estabelecer um forte arcabouço jurídico para o controle administrativo-burocrático e judicial da Administração Pública.

A LIA pode ser compreendida, nesse sentido, como uma norma elaborada ao estilo “reativo”, como descrevem Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi Palma (2017, p. 22): aprovada em um cenário sensível, diante de uma crise de ética na esfera administrativa que comoveu a opinião pública, por parecer apta a sanear os costumes da Administração Pública. Por isso mesmo, traz em seu espírito o desejo popular de colocar os poderosos no banco dos réus, ameaçados por duras sanções (SUNDFELD, 2017, p. 329-330).

Chama a atenção o pouco rigor dogmático empregado na edição da norma, o que impõe sérias dificuldades à sua aplicação, como coloca Samantha C. Dobrowolski (2018, p. 162):

“tributária de atividade legiferante tão reativa ou responsiva a determinadas demandas sociais quanto urgente, e, como tal, certamente portadora de traços emocionais e de alguma atecnia, para além das condições vagas e ambíguas da linguagem, inarredáveis também no mundo jurídico. Essas características demandam forte empenho de seu aplicador na realização de seus fins sociais e do interesse público primário que a demarca”.

De fato, o texto da Lei nº 8.429/92 é marcado por ambiguidades e por pouca clareza conceitual, na prática delegando definições importantes aos órgãos de controle aplicadores da norma, precipuamente o Ministério Público e Poder Judiciário. Nesse sentido, embora tenha havido reações legislativas posteriores contra a LIA, é curioso que a sua tramitação tenha sido exitosa no Poder Legislativo, integrado por agentes que futuramente se submeteriam às suas

¹⁵ A íntegra da exposição de motivos está disponível no site da Câmara dos Deputados, através do link <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaoodemotivos-149644-pl.html>>. Acesso em 16 de junho de 2017.

genéricas disposições. De todo modo, as indeterminações conceituais da LIA certamente decorrem, antes, de questões políticas e da necessidade de demonstrar para a população uma resposta legislativa severa do que da dificuldade prática dos legisladores de redigir normas com maior precisão (SUNDFELD, 2017, p. 213).

A norma emerge, assim, como mais uma etapa em um processo histórico de fortalecimento das instituições de controle no Brasil. Detentora de uma natureza eminentemente aberta e sujeita a disputas, a LIA adota como critérios para pautar e julgar a realidade jurídica a moralidade, a impessoalidade, a razoabilidade, o interesse público – critérios que, embora singelos e difíceis de contestar, são, ao mesmo tempo, hipergeneralizações simplificantes, aplicáveis a qualquer assunto e capazes de tornar a discussão jurídica superficial (SUNDFELD, 2017, p. 184, 198).

Assim como o constituinte, também o legislador vacilava em relação à natureza jurídica da improbidade administrativa, ora tratando-a como um ilícito civil, ora como um delito de natureza criminal e em alguns casos aproveitando a mesma tipificação e ação para tentar, embora sem sucesso, agregar a aplicação da pena de privação de liberdade (NEISSER, 2018, p. 58).

O PL nº 1.446/91 adequava ao novo texto constitucional leis já existentes para regular o sequestro e perdimento de bens em casos de enriquecimento ilícito de agentes públicos (Lei nº 3.164/57 – Lei Pitombo-Godói e Lei nº 3.052/58 – Lei Bilac Pinto). Alvo de intenso debate, o projeto sofreu mais de trezentas propostas de emendas parlamentares e teve seu escopo ampliado, para abarcar todas as formas de improbidade hoje conhecidas (NEISSER, 2018, p. 58; GARCIA; ALVES, 2014, p. 303).

Em linhas gerais, a LIA distingue três¹⁶ tipos de condutas ímprobas: os atos que importam enriquecimento ilícito, os atos que causam prejuízo ao erário e os atos dolosos que violam os princípios da Administração Pública. Essa tipificação legal, que consta do *caput* dos artigos 9, 10 e 11 da lei, tem caráter aberto e é complementada pelos incisos dos referidos artigos, os quais descrevem de forma exemplificativa algumas condutas consideradas ímprobas,

¹⁶ Inicialmente, a lei previu três tipos de atos de improbidade administrativa: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam dano ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública. A partir da edição da Lei Complementar nº 157/2016, foi incluído na lei o artigo 10-A, que passou a tipificar como ato de improbidade administrativa também a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Para Marçal Justen Filho (2016, p. 944), mais recentemente, vários diplomas legais vem ampliando o elenco das hipóteses de improbidade, inclusive para abranger condutas indesejáveis mas que, rigorosamente, não mereceriam uma reprovação rigorosa e exacerbada, como é o caso da Lei nº 13.089/15 (Estatuto da Metrópole), a qual qualificou algumas situações como prática de improbidade sem nem sequer observar a sistemática da LIA, deixando de apontar a necessidade de indicar a ocorrência de benefício indevido para o agente (art. 9), de dano ao patrimônio público (art. 10) ou a violação dolosa dos princípios que regem a Administração Pública (art. 11).

deixando aos órgãos controladores, a partir dos casos concretos, a tarefa de interpretar a proibidade de outras condutas não listadas expressamente na lei.¹⁷

Quanto ao rito processual estabelecido, ainda que a lei tenha estabelecido um processo judicializado (e não administrativo), seus dispositivos não são claros quanto à escolha entre o marco processual civil ou o penal. Com efeito, o artigo 17 da lei limita-se a definir que a ação será processada pelo “rito ordinário” e que pode ser ajuizada tanto pelo Ministério Público quanto pela pessoa jurídica de direito público em tese vitimada pelo ato ímprobo.

O procedimento previsto pela lei vale-se, em alguns momentos, de remissões tanto ao Código de Processo Civil (CPC) – ao tratar das hipóteses de má-fé processual e do procedimento para o pedido de sequestro de bens do agente em relação ao qual haja fundados indícios de enriquecimento ilícito –, quanto ao Código de Processo Penal (CPP) – fonte das regras que regem os depoimentos e a inquirição de testemunhas.

Em alguns aspectos, o procedimento aproxima-se do processo penal. Prevê, por exemplo, a realização de um juízo prévio de admissibilidade do processamento da ação (art. 17, § 8º). Além disso, o Capítulo 4 da lei, denominado “das disposições penais”, determina que as sanções de perda do cargo e suspensão de direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória; ressalta que a aplicação das penas previstas na LIA independe da ocorrência de dano ao erário ou da manifestação dos Tribunais de Contas; e afirma que, para a apuração dos ilícitos previstos na lei, o Ministério Público pode requisitar a instauração de “inquérito policial”. Por outro lado, a linguagem da norma assemelha-se à do processo civil, na medida em que se fala em “contestação”, em “agravo de instrumento” e em “multa civil”.

A falta de clareza do texto legal, inevitavelmente, terminou por levar a questão à apreciação dos tribunais brasileiros, aos quais restou dirimir a controvérsia que se instalou na prática jurídica. Após extenso debate, a jurisprudência do STJ¹⁸ e do STF¹⁹ terminou por definir que a ação de improbidade administrativa não tem natureza penal. Assim, as ações de improbidade tramitam perante as varas cíveis ou as varas especializadas da Fazenda Pública,

¹⁷ Conforme se extrai da norma, é possível enquadrar como ato de improbidade condutas que não se enquadrem em nenhum dos incisos dos artigos 9, 10 ou 11 a lei, desde que possam ser subsumidas às disposições genéricas dos capta dos artigos.

¹⁸ No STJ, a questão foi abordada na Reclamação nº 2.723/SP (Corte Especial, j. 15.10.2008), decisão que se baseou na distinção entre a persecução criminal e as investigações por eventuais atos de improbidade.

¹⁹ Caso paradigmático no STF foi o julgamento das ADI 2.797 e 2.860 (plenário, j. 15.09.2005), quando o tribunal fixou, expressamente, a tese de que a ação de improbidade administrativa tem caráter civil.

obedecendo a um rito processual específico, mas bastante próximo do processo civil. Cuida-se, nesse sentido, de norma sancionadora não penal.

Ao afastar-se do sistema penal de responsabilidade, a LIA contorna ao menos dois dos grandes obstáculos existentes à eficiência do sistema punitivo: afasta-se do foro especial por prerrogativa de função e da polêmica sobre a possibilidade de investigação a cargo de outras instituições que não a Polícia Judiciária, vinculada ao Poder Executivo e, portanto, possivelmente sujeita a pressões e ingerências políticas (GIACOMUZZI, 2013, p. 293).²⁰ A lei apresenta-se, assim, como uma alternativa de responsabilização mais eficiente que o sistema criminal, que na prática revelava-se, ao menos até então,²¹ ineficaz contra os chamados “crimes do colarinho branco”.

Como esclarece José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 292), o regime de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa com esses contornos “é *sui generis*: só existe no Brasil. Nos demais países da família de Direito Continental a quase totalidade dos atos previstos como ilícitos de improbidade entre nós é combatida somente por meio do direito penal”.²²

Importa ressaltar, no entanto, que a definição judicial acerca da natureza jurídica da ação de improbidade administrativa limitou-se a rejeitar que o seu caráter seja exclusivamente penal, o que se deveu à intenção de impedir a extensão do foro por prerrogativa de função a esses casos (NEISSER, 2018, p. 170-172). Resta indefinida, contudo, a forma pela qual os regimes jurídicos processuais civil e penal devem se integrar e se conjugar, eventualmente demandando, ante o caráter nitidamente sancionatório da LIA, uma matização de procedimento

²⁰ Atualmente, as investigações criminais no Brasil podem ser realizadas tanto pela Polícia Judiciária quanto pelo Ministério Público, conforme decisão do STF em regime de repercussão geral no RE 593.727 (STF, plenário, j. 14.05.2015). De todo modo, o debate em torno do tema se alongou no tempo, tendo sido o centro das discussões sobre a Proposta de Emenda Constitucional nº 37, que objetivava justamente limitar os poderes investigatórios do Ministério Público em matéria criminal, mas foi rejeitada pelo Congresso Nacional em 25 de junho de 2013. A esse respeito, ver < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>> e <<http://g1.globo.com/politica/pec-37-o-que-e/platb/>>. Acesso em 12 de dezembro de 2019.

O inteiro teor da PEC nº 37 está disponível no site da Câmara dos Deputados: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>, acesso em 12 de dezembro de 2019.

²¹ O protagonismo da LIA como instrumento de proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa parece ter arrefecido mais recentemente, em razão de instrumentos jurídicos que reforçaram a eficácia da ação penal, como é o caso da colaboração premiada. A esse respeito, ver Rogério B. Arantes (2015) e Oscar Vilhena Vieira (2019).

²² Autores como Medina Osório (2018, pp. 77) sustentam que vem se operando, no contexto global, uma aproximação do fenômeno das desonestidades com aquele das ineficiências funcionais dos agentes públicos, o que justificaria, a seu ver, uma punição igualmente severa a condutas dolosas ou culposas por parte daqueles que integram funções públicas, com vistas à preservação do prestígio da Administração e da honra institucional das entidades públicas.

para acomodar um regime mais adequado em termos de tipicidade, provas, presunções e critérios de imputação subjetiva.

1.2 O NÓ DOGMÁTICO PROMOVIDO PELA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Uma vez compreendida em sua origem histórica, passa-se a apresentar os contornos do regime jurídico criado pela LIA e as dificuldades teóricas impostas pela norma sancionatória não penal, tal qual editada em 1992. Nesse sentido, serão evidenciados os esforços teóricos no sentido de conceituar o ilícito de improbidade administrativa, bem como as sanções a ela correspondentes e a forma pela qual a norma se insere entre outros tantos mecanismos de controle e programas sancionatórios vigentes.

1.2.1 TENTATIVAS DE CONCEITUAÇÃO DO ILÍCITO

A LIA não traz uma definição material dos atos de improbidade administrativa, limitando-se, como se viu, a exemplificá-los e classificá-los conforme resultem em enriquecimento ilícito (art. 9º), prejuízo ao erário (art. 10) ou violem os princípios da Administração Pública (art. 11). A tarefa de conceituar substantivamente a improbidade administrativa, no entanto, revela-se importante, sobretudo em vista da pretensão do seu combate repressivo pelo Estado. De maneira geral, a doutrina conceitua a improbidade administrativa relacionando-a à corrupção e contrapondo-a à noção de probidade ou de moralidade administrativa.

Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014, p. 51), a corrupção pode ser vista como elemento aglutinador das condutas mais deletérias à função pública, caracterizada pelo desvio de poder e pelo enriquecimento ilícito. Assim, os atos de corrupção enquadram-se no conceito mais amplo de improbidade administrativa: “improbidade e corrupção relacionam-se entre si como gênero e espécie, sendo esta absorvida por aquela”.

A esse respeito, é importante esclarecer, conforme aponta Rodriguez (2019a, p. 463), que as pesquisas acadêmicas sobre o tema da corrupção são recentes e ainda não produziram resultados conclusivos, não havendo uma definição clara e definitiva sobre que tipo de ação devemos considerar como corrupção. Autores como Walfrido Warde (2018), por exemplo, sugerem que a legalização do *lobby* e do financiamento empresarial de campanha eleitoral em países como os EUA produziu uma situação na qual práticas que em outros locais

são consideradas corruptas – por permitirem alto grau de influência privada sobre agentes públicos – passam a ser simplesmente integradas ao direito estatal. A mesma dificuldade, certamente, se verifica na busca por uma definição de improbidade administrativa (MEDINA OSÓRIO, 2018, p. 31).

Em sua acepção comum, o termo corrupção refere-se ao ato de induzir alguém a agir de forma desonesta ou desleal, e contrapõe-se exatamente ao conceito de probidade, oriundo da raiz latina *probitas*, derivada de *probus*, honesto (NEISSER, 2018, p. 29). A probidade administrativa, por sua vez, como esclarece Marcello Caetano (2004, p. 750), consiste no dever do agente público de

“servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades dela decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. (...) O dever de probidade impõe assim ao funcionário uma conduta de absoluta isenção, de modo a que não seja suspeito de prevaricar, de deixar-se corromper ou de por outro modo ser infiel à entidade servida e aos interesses gerais que lhe cumpre realizar e defender”.

Com base nessa definição é que José Afonso da Silva (2016, p. 680) construiu o conceito de improbidade administrativa, amplamente utilizado, como sendo o desrespeito ao dever de probidade administrativa, afirmando tratar-se “de uma imoralidade administrativa qualificada (...) pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”.

Também Odete Medauar (2014, p. 145) ressalta que a probidade, que deve caracterizar a conduta e os atos dos agentes públicos, decorre do princípio da moralidade administrativa, cuja inobservância é sancionada por meio do instituto da improbidade administrativa. A construção do conceito de improbidade como o ato contrário à moralidade administrativa e à honestidade também é explicitado por José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 187-188)

“o mais usual (...) é encontrar na doutrina o liame entre corrupção e imoralidade mencionando-se a figura da improbidade administrativa, que seria decorrente da moralidade administrativa. Quase não há exceção entre os autores que tratam da matéria. Desde que José Afonso da Silva, logo após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, afirmou que a improbidade administrativa era ‘uma imoralidade qualificada pelo dano ao Erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem’, passou-se a fazer o necessário vínculo. Antes da Constituição Federal de 1988, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, tratando dos princípios informadores da licitação, dizia que o fundamento dessa ‘(...) é de ordem jurídico-positiva (...). Sujeita-se, também, à ordem moral (...), [que visa] a honestidade de propósitos, e, no caso, portanto, o princípio da moralidade administrativa, da probidade administrativa. (...) Ligada assim a moralidade à probidade – ou, como me parece mais enfático, à honestidade”.

Ocorre que o próprio conceito de moralidade administrativa, vem sendo desenvolvido pela doutrina brasileira de forma confusa e desconexa, confundindo-se de forma nebulosa às noções de Justiça, Ética e Moral, “maiúsculas palavras que tudo pretendem resolver”, mas ainda “longe de oferecer segurança no tratamento do tema” (GIACOMUZZI, 2013, p. 184-185).

Muitos autores buscam distinções entre as expressões “probidade” e “moralidade”. Alguns, como é o caso de Wallace Paiva Martins Junior, consideram que a probidade seja um subprincípio da moralidade. Para outros, como Emerson Garcia e Rogerio Pacheco Alves, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais. Outros, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Marcelo Figueiredo, sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição mencionado a moralidade como princípio e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.146).

A confusão sobre o tema é ampliada pelo fato de o termo fluido “moralidade administrativa” aparecer no texto constitucional em duas oportunidades – no artigo 5º, LXXIII e no artigo 37²³ –, mas veiculando conteúdos distintos. Para José Guilherme Giacomuzzi (2013), seria possível distinguir o tratamento doutrinário dado a cada uma das “moralidades” do texto constitucional. A distinção é útil e, por isso, merece ser brevemente explicitada.

A partir de detalhada pesquisa histórica, o autor conclui que a moralidade que aparece no art. 5º, LXXIII da CF/88 vinculada ao instituto da ação popular tem sua origem histórica na França e nasce umbilicalmente ligada ao instituto do controle de legalidade do ato administrativo. O instituto teve considerável desenvolvimento no século XX, tendo como expoente teórico primordial Maurice Hauriou, que defendia a possibilidade de controle jurisdicional dos atos da Administração Pública não só quanto a vícios de forma, competência e procedimento, mas também quanto a eventuais vícios nos seus motivos e finalidades, vedando o desvio de poder e autorizando o exame dos motivos fáticos e jurídicos do ato administrativo (GIACOMUZZI, 2013).

²³ Art. 5º, inc. LXXIII. qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (...)

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 (...).

Se, por um lado, a moralidade administrativa do art. 5º, que pode ser objeto da ação popular, vincula-se por razões históricas à legalidade substancial do ato administrativo, a moralidade administrativa do art. 37, encerra um princípio jurídico, uma norma do sistema que tem por função precípua limitar o poder e a arbitrariedade estatal (GIACOMUZZI, 2013). Esta veicula, assim, um dever objetivo da Administração Pública de agir de boa-fé, com transparência e protegendo a confiança legítima dos administrados:

“Na doutrina pátria há entendimento com o qual estou de inteiro acordo quanto ao *telos* do princípio da moralidade do art. 37 da CF de 1988 no que toca às derivações da boa-fé objetiva no direito público (...). Dentre elas, algumas me parecem mais relevantes: proibição ao *venire contra factum proprium*; proibição à inação inexplicável e desarrazoada, vinculada a exercício de direito, que gera legítima confiança da outra parte envolvida; dever do *favor acti* (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação); lealdade ao fator *tempo* (proibição do exercício prematuro de direito ou dever ou retardamento desleal do ato e da fixação de prazo inadequados); dever de sinceridade objetiva (não só dizer a verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevantes ao caso concreto, tampouco se valer de argumentos genéricos ou confusos); dever de informação, no sentido de não omitir qualquer dado que seja relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar na sua resolução” (GIACOMUZZI, 2013, p. 280-281).

A norma veicula, ainda, o dever subjetivo do administrador de agir com probidade e honestidade. É nesse sentido que o conceito de improbidade administrativa se liga à noção de corrupção e do agir desonesto do administrador público, de modo que “poderia ser encarada como ‘imoralidade administrativa qualificada pelo elemento subjetivo’” (GIACOMUZZI, 2013, p. 269).

Em que pesem todas as dificuldades de conceituação exata da improbidade administrativa, é certo que o termo relaciona-se, materialmente, à proteção da moralidade administrativa e ao combate aos atos de corrupção, de enriquecimento ilícito e de favorecimento indevido, impondo-se aos agentes públicos o dever subjetivo de, no exercício das suas funções, não se aproveitar dos poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito de interesses pessoais ou de terceiros.

Interessa resgatar o conceito sociológico de “corrupção política” construído por Fernando G. Neisser (2018, p. 17-18 e 26), a partir de Susan Rose-Ackerman, para designar o fenômeno social multifacetado, indeterminável em termos das condutas que podem ser praticadas, mas que, geralmente, se consubstancia em uma troca, na qual a prestação e a contraprestação avançadas envolvem, de um lado, um benefício privado, pecuniário ou não, e, de outro, algum desvio na consecução de uma política pública, envolvendo um agente público ou recursos de origem pública.

É de se ressaltar que o conceito de corrupção vem se atualizando para agregar situações de institucionalização de práticas ilícitas lesivas dissimuladas, como bem esclarece Samantha C. Dobrowolski (2018, p. 176):

“cada vez mais a corrupção é reconhecida globalmente como fenômeno multifacetado – social, político, econômico, cultural –, não mais restrito a trocas espúrias de tipo bilateral, envolvendo práticas ilícitas de agentes públicos corrompidos, que, com abuso de sua posição e desvios de conduta, obtêm para si vantagens indevidas e benefícios para o particular corruptor. A esse padrão tradicional passam a agregar-se formas de corrupção massivas, exercidas por meio de grupos de pressão, pessoas morais ou redes com atores sociais variados. Marcadas por interdependência e subordinação diversas, atuam sob a forma de sofisticadas e complexas organizações criminosas, que reproduzem suas práticas lesivas e ilícitas mediante colusão, pactos silenciosos, simulações e, inclusive, diferentes artifícios burocráticos, virtuais e tecnológicos, para atribuir aparência legal a suas operações, tornando-as, além de mais danosas, invisíveis ou pouco detectáveis por parte de quem está de fora do contexto infracional. Assim institucionalizada e, sobretudo quando internalizada como vantagem competitiva e método de funcionamento no meio empresarial, a corrupção é assaz nociva, pois, além do desvio e desperdício de recursos públicos, impede a livre concorrência e o desenvolvimento econômico, contamina processos eleitorais, interfere no adequado funcionamento estatal, promove outros crimes para manter-se ou se ocultar, distorce as relações entre o setor público e particulares, afetando a higidez e confiabilidade do próprio Estado de Direito e da democracia.”

A este respeito, destaque-se a classificação sugerida por Igor S. Tamasauskas (2019) para a corrupção praticada no âmbito do Estado – assim entendida como o aproveitamento do poder do Estado – seja do poder de autoridade, o econômico, o financeiro, o regulatório, ou qualquer outra manifestação – em privilégio indevido de uns em detrimento de terceiros. O autor a divide em dois tipos fundamentais: **(i)** a *corrupção meramente administrativa*, que se verifica na burocracia de linha de frente ou do nível da rua, a partir de tarefas mais corriqueiras de órgãos públicos, dissociada do poder político e que costumam não ultrapassar a esfera do beneficiário (ou beneficiários) do ato ilícito; e **(ii)** a *corrupção política ou sistêmica*, na qual se verifica a conjugação da atuação ilícita com o exercício do poder político, como forma de obtenção de ganhos ilegítimos aliada à efetiva ou potencial cooptação de altos postos políticos e sistemas de controle, de modo a permitir a retroalimentação do esquema de dominação de espaços de poder, infiltrando-se de forma perene e estável no seio do Estado (TAMASAUSKAS, 2019, p. 13, 53).

Ao construir o conceito de corrupção a partir de um ponto de vista histórico e sociológico, Fernando G. Neisser, Igor S. Tamasauskas e Samantha C. Dobrowolski garantem maior abrangência ao termo, pois permitem desvinculá-lo do *nomen iuris* “corrupção”, que a norma penal vigente atribui apenas a determinadas condutas ilícitas (na forma dos artigos 317

e 333 do Código Penal),²⁴ para abarcar também uma série de outros crimes praticados contra a Administração Pública, como a concussão, o peculato e a prevaricação, além de outras condutas também passíveis de persecução judicial, na esfera civil, sob a roupagem da improbidade administrativa.²⁵

Diante da proximidade material entre as diversas práticas consideradas ímprobas e aquelas que se enquadram no amplo conceito de corrupção de Estado, entende-se possível e adequado partir das últimas para o estabelecimento de uma definição geral para a improbidade administrativa que embase o desenvolvimento de pesquisas acerca do tema. A tutela repressiva da LIA alcança, no entanto, não somente o crime de corrupção, mas se volta a diversos ilícitos

“relacionados à desonestidade em sentido amplo e à violação dos deveres éticos impostos a quem exerce funções públicas, para além dos contornos meramente administrativos ou funcionais. Abrange todos os níveis de governo, nas diversas esferas federativas, englobando atos administrativos, legislativos e judiciários, além de agentes estatais, servidores públicos ou não, políticos e terceiros partícipes ou beneficiários da gestão pública e dos desvios contra ela perpetrados” (DOBROWOLSKI, 2018, p. 162).

Desse modo, a improbidade administrativa pode ser compreendida como a ação, ou a omissão, em razão da qual se verifica a obtenção de uma vantagem indevida por alguém, com a participação de um ou mais agentes públicos aos quais o corpo político delegou determinadas competências para serem usadas para o bem comum, de acordo com regras predeterminadas.

Atos ímprobos podem, ou não, ser praticados em conjunto com particulares e podem, ou não, acarretar dano ao erário – o essencial, para sua configuração, é a existência de uma vantagem indevida, embora não necessariamente financeira, e a persecução, por um agente público, no bojo da sua competência funcional, de interesses particulares em detrimento da coletividade. A improbidade pode, ainda, ser *meramente administrativa* ou, ainda, *política/sistêmica*, caso envolva agentes políticos detentores de mandato ou candidatos à eleição.

²⁴ Corrupção passiva – Art. 317 – Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. Corrupção ativa – Art. 333 – Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

²⁵ Concussão – Art. 316 – Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida.

Peculato – Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

Prevaricação – Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Além desses, diversos outros crimes previstos no Título XI do Código Penal (crimes praticados por funcionários públicos, crimes praticados por particulares contra a Administração, crimes contra a administração da justiça e crimes contra as finanças públicas) podem ser alvo de ações de improbidade administrativa.

O ato de improbidade administrativa é um **tipo de ilícito**, entendido em sentido lato como o comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, contra o qual se dirige uma sanção, como reação (OLIVEIRA, 2005, p. 17). Comum aos diversos ramos do direito, o conceito de ilícito engloba os crimes, delitos e contravenções regidos pelo Direito Penal, aos quais são cominadas penas; as infrações administrativas, regidas pelo Direito Administrativo, às quais são cominadas sanções administrativas; e os ilícitos civis, regidos pelo Direito Civil e aos quais correspondem sanções civis, geralmente correspondentes à obrigação de ressarcimento e indenização (OLIVEIRA, 2005, p. 19). A classificação do ilícito de improbidade administrativa como sendo ilícito penal, administrativo ou civil, no entanto, é questão complexa e extensamente debatida.

A bem da verdade, a própria distinção entre os diversos tipos de ilícitos (penal, administrativo ou civil) não é tranquila, especialmente no que diz respeito à distinção entre os ilícitos penais e administrativos. Isso porque, paralelamente ao regramento jurídico penal, a Administração Pública paulatinamente passou a ocupar um espaço privilegiado como foco de produção de sanções, em geral no âmbito de atividades reguladas, aplicando sanções consideradas menos gravosas do que a restrição de liberdade, mas com maior celeridade e menor rigor processual, com vistas à prevenção e à proteção das normas de convivência instituídas para ordenar a vida coletiva e a administração pública.

Uma tese diferenciadora entre os ilícitos penais e administrativos, formulada inicialmente pelo jurista alemão James Goldschmidt e aprofundada por Erik Wolf e Eberhard Schmidt, propõe a existência de uma diferença essencial, ontológica, entre ambos. A desvalorização ético-social seria inerente ao direito penal, no qual as condutas tuteladas seriam *mala in se*, reprováveis eticamente antes mesmo de serem incluídas no rol de condutas puníveis. Por outro lado, as infrações administrativas seriam eticamente neutras e sua sanção responderia às demandas imediatas de regulação e ordenação por parte do Estado. O entendimento é sustentado por autores contemporâneos como Jesus-Maria Silva Sánchez (GRECO FILHO; RASSI, 2014, p. 326-327; OLIVEIRA, 2005, p. 45-49, MUNHOZ DE MELLO, 2007, p. 47-54).

Tal posicionamento, no entanto, é desafiado pela teoria unitária, desenvolvida por Heinz Mattes na Europa após a Segunda Guerra Mundial, quando uma série de ilícitos que antes estavam incluídos no direito penal passaram a ser regulados pelo direito administrativo em países como Alemanha, Itália, França e Portugal. Argumentam os defensores da teoria unitária que se é possível encontrar reprovação ética em infrações administrativas e, ao mesmo tempo, se muitas vezes é difícil identificar a mesma reprovação em alguns delitos de menor potencial

ofensivo, então a eleição entre o direito penal ou o direito administrativo para a tutela de condutas antijurídicas deve ser vista como livre escolha do legislador, de acordo com o princípio da proporcionalidade e conforme estratégias de política criminal (GRECO FILHO; RASSI, 2014, p. 329-331).

A pretensão de classificação dos ilícitos entre os diferentes ramos do direito, como se vê, pressupõe uma distinção entre o tipo de interesse protegido por cada esfera normativa. Assim, em tese, o Direito Penal tutelaria o interesse público e bem jurídicos de alta dignidade e valoração ética, enquanto o Direito Civil tutelaria o interesse privado com foco na reparação dos prejuízos causados ao particular (PÜSCHEL; MACHADO, 2006, p. 4-15). O Direito Administrativo, por sua vez, estabeleceria um regramento mais flexível, voltado à ordenação da vida coletiva, à estruturação da administração pública e à disciplina dos mercados.

Essa distinção ontológica, no entanto, vem sendo colocada em xeque com a evolução dos diversos sistemas de responsabilização. Progressivamente, passou-se a reconhecer a responsabilidade civil por danos a interesses difusos, por exemplo, inserindo no âmbito da responsabilidade civil a proteção um interesse social e não privado. No âmbito penal, a introdução da reparação como possível resposta desse ramo do direito fez com que também nele se passasse a ter em conta os interesses privados das vítimas. Embora recorrente nos estudos dogmáticos, fato é que esse tipo de classificação vem sendo cada vez mais desafiada pela legislação mais recente em todo o mundo, diante da complexidade dos problemas que os sistemas jurídicos são instados a enfrentar (PÜSCHEL; MACHADO, 2006, p. 22).

Atualmente, “a maioria da doutrina posiciona-se a favor da tese unitária, segundo a qual não existiria qualquer diferença ontológica entre delito e infração administrativa, tratando-se exclusivamente de uma diferença normativa” (GRECO FILHO; RASSI, 2014, p. 330). De fato, parece razoável assumir que a questão acerca do campo próprio do Direito Penal, Civil ou Administrativo não admite uma solução única e matemática, devendo-se entender que se trata de uma questão empírica e dogmaticamente aberta e, por isso mesmo, sujeita a disputa. Essa disputa revela-se ainda mais claramente no que diz respeito à classificação do ilícito de improbidade administrativa.

Com efeito, por se tratar de uma norma que visa à responsabilização de agentes públicos sem, no entanto, dispor de maneira pormenorizada sobre os procedimentos correspondentes e os princípios incidentes, a LIA cria o ambiente propício para que a doutrina jurídica se debata sobre a natureza jurídica do ilícito improbidade, como forma de tentar encaixar a nova figura normativa em um conjunto dogmático já existente e consolidado, ainda que esse acoplamento não seja integralmente adequado ou viável.

Como se adiantou, a jurisprudência pátria firmou entendimento no sentido de afastar as sanções impostas aos atos de improbidade administrativa do regime do Direito Penal, mas deixou de firmar uma posição mais clara quanto ao regime jurídico próprio desse ilícito e das sanções a ele correspondentes. Como coloca Fábio Medina Osório (2005, p. 175-176),

“essa natureza não penal seria o equivalente à negativa de um regime jurídico sólido, porém demasiado formalista e rígido, em favor da opção pelas incertezas, obscuridades e terreno movediço que caracterizam tudo aquilo que possa ser genericamente conceituado como não penal. Daí que se torna compreensível o debate entre penalistas e não penalistas, entre os que rechaçam a tese penal, e os que afirmam a natureza ‘quase penal’ da improbidade, ou os que identificam tal fenômeno com os chamados crimes de responsabilidade. Tudo se torna possível em meio ao caos. Esse vazio contaminou a jurisprudência que, lastreada na constatação de uma suposta natureza ‘cível’ *lato sensu* das sanções aos atos ímprobos, permitiu uma série de restrições aos direitos dos acusados em geral, com presunções contrárias aos seus interesses e raciocínios fundados numa lógica mais próxima àquela empregada nas ações penais”.

Por considerar que a LIA tutela situações nas quais se verifica uma agressão à Administração Pública, Fábio Medina Osório (2018, p. 200-201) vem mais recentemente sustentando que os ilícitos previstos na LIA seriam materialmente administrativos e poderiam ser castigados tanto pela Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário, ambos responsáveis pela imposição de sanções dessa natureza.

Ao sustentar que o ilícito e a sanção administrativa sejam conceituados a partir do campo de incidência do Direito Administrativo formal e material, o autor afasta-se da noção de ilícito administrativo que, no direito brasileiro, vinha sendo definido como a infração que é apurada, processada e sancionada no âmbito da Administração Pública (OLIVEIRA, 2005, p. 20; BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 840).

A posição dominante na doutrina nacional é pautada pelo critério formal, segundo o qual o ilícito administrativo é aquele que é apurado e sancionado no exercício da função administrativa, ou seja “o ilícito é administrativo porque a ele é atribuída uma sanção administrativa; a sanção é administrativa porque a autoridade competente para impô-la integra a Administração Pública” (MUNHOZ DE MELLO, 2007, p. 64 e 157). Nesse sentido, os ilícitos administrativos, também submetidos aos princípios que regem o Estado democrático de direito, como a legalidade e o devido processo legal, referem-se

- (i) àqueles praticados por particulares em geral, que se submetem às normas de polícia, em razão da sujeição que marca suas relações com o Estado, recebendo sanções administrativas, como multas de trânsito, determinação de interdição de estabelecimento comercial, cassação de licença de funcionamento, advertência,

apreensão de bens, etc. – ramo que convencionou-se chamar de Direito Administrativo Sancionador; e

- (ii) aos ilícitos específicos ou internos, correspondentes às infrações disciplinares cometidas por aqueles que, estabelecendo uma relação de sujeição especial com o poder público, se situam em uma situação de submissão mais aguda às regras da Administração, pois agem no âmbito do aparelho estatal, como é o caso dos servidores públicos, prisioneiros e concessionários de serviços públicos.

Seria impossível enquadrar o ilícito de improbidade administrativa, apurado e sancionado necessariamente perante o Poder Judiciário, nesse conceito doutrinário acerca do ilícito administrativo. Fábio Medina Osório afasta-se desse posicionamento, alargando o conceito de Direito Administrativo Sancionador para que passe a designar o ramo do direito voltado à tutela dos ilícitos considerados “tipicamente administrativos”, podendo ser castigados tanto pela Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário (MEDINA OSÓRIO, 2014, p. 200). A partir da definição, a LIA passaria a integrar esse ramo do direito e, com isso, se distanciaria do paradigma dogmático do Direito Penal.

A posição é contraposta por autores como Fernando G. Neisser (2018) e Rafael Munhoz de Mello (2007), que, por sua vez, afirmam inexistirem bases teóricas ou históricas para tal alargamento do conceito de Direito Administrativo Sancionador. O debate, ressalte-se, tem impactos consideráveis no tratamento prático que se pretende que seja dado às ações de improbidade administrativa.

Um exemplo é o elemento subjetivo para a configuração da improbidade administrativa: se, no paradigma do Direito Penal, a responsabilidade depende da demonstração de dolo (à exceção dos tipos penais que expressamente preveem uma modalidade de culposa de crime), no paradigma do Direito Administrativo, a responsabilidade decorre, via de regra, da culpa (NEISSER, 2018, p. 103-104). Assim, construir uma teoria da improbidade administrativa aproximando-a do paradigma do Direito Penal poderia equivaler a ampliar as exigências de demonstração do dolo do agente, enquanto uma aproximação do paradigma do Direito Administrativo criaria condições para que a punição incidisse não apenas sobre os casos em que há intenção de lesar a Administração Pública, mas também sobre os de má-gestão ou desídia.

A utilidade da tentativa de distinguir diferentes paradigmas sancionatórios – penal, administrativo e civil – como modelos nos quais se poderia encaixar a LIA, no entanto, pode

ser questionada, na medida em que as fronteiras entre tais paradigmas são móveis e parecem se deslocar ao longo do tempo. Exemplo disso é que desde 1998 a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) admite a responsabilização penal da pessoa jurídica, rompendo com o paradigma da culpabilidade pessoal típica do âmbito penal. No mais, assistimos à progressiva construção de teorias de responsabilização baseadas na noção de criação de risco em diversos campos do Direito (PÜSCHEL; MACHADO, 2006, p. 19-21).

De todo modo, a divergência doutrinária quanto ao regime jurídico que deve reger as ações de improbidade administrativa e quanto à sua exata localização entre os regimes do Direito Civil, Administrativo e Penal decorre da necessidade de esclarecer os critérios de responsabilização por improbidade administrativa e a forma pela qual essas demandas devem ser processadas, obedecendo a tais ou quais princípios. Decorre, em síntese, da necessidade de acomodar, ao mesmo tempo, a garantia do devido processo legal, que se impõe para a aplicação de sanções gravosas a indivíduos em um Estado de Direito, e o estabelecimento de critérios materiais e processuais compatíveis com o combate efetivo e célere a esse tipo de conduta indesejada e reprovável.

O que se debate, portanto, é a aplicabilidade e a extensão de toda uma série de garantias processuais no curso de um novo processo de responsabilização apto a impor sanções gravosas com vistas a proteger a moralidade administrativa e o erário. A dogmática jurídica enfrenta, assim, o questionamento sobre como, ante o caráter sancionatório da LIA, ajustar o procedimento judicial e matizar a aplicabilidade, à espécie, de princípios como o da presunção de inocência, da tipicidade estrita, da proporcionalidade das sanções e do devido processo legal, sobretudo em matéria de provas, presunções e critérios de imputação subjetiva, uma vez que a lei não dispõe especificamente sobre essas questões.

O modelo dogmático da improbidade administrativa vem se construindo entre uma proposta mais focada na eficácia da norma e no combate à corrupção e à impunidade e outra proposta mais focada no estabelecimento de balizas jurídicas firmes a orientar a ação punitiva do Estado, com vistas a evitar abusos e arbitrariedades.

1.2.2 IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES GRAVOSAS: UM PROCEDIMENTO EM DISPUTA

A LIA tem um escopo bastante inclusivo, aplicando-se tanto aos agentes públicos como aos agentes privados eventualmente beneficiados pelas condutas ali tipificadas. À prática de um ato ilícito ímprobo, podem ser cominadas as seguintes sanções:

- restituição de valores, com a perda dos bens ou valores acrescidos ilegalmente ao patrimônio do acusado e **ressarcimento integral dos danos causados ao erário**;
- sanção pecuniária não restitutiva, com o pagamento de **multa civil**;
- restrição de direitos profissionais ou de empresa, com a **perda da função pública e a proibição de contratar com o poder público** ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário; e
- restrição de direitos fundamentais, com a **suspensão de direitos políticos**.

A simplicidade do texto legal quanto às sanções cominadas aos atos de improbidade pode conduzir à equivocada sensação de que seu cumprimento seria simples, mera aplicação de norma clara e direta. Não é, no entanto, o que se verifica na prática.

Em primeiro lugar, verifica-se que a norma não estabelece critérios claros de dosimetria das sanções, limitando-se a dispor que elas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato, e que o juiz deve levar em conta a extensão do dano causado e do proveito patrimonial obtido pelo agente. Não há balizas que orientem as circunstâncias que autorizam o aumento ou a redução das sanções e a proporção dessa dosimetria, o que cria condições para que a aplicação da norma seja casuística e pouco uniforme ou, ainda, para que as sanções sejam aplicadas “em bloco”.

As sanções patrimoniais (ressarcimento ao erário e multa) podem ser objeto de execução provisória, na forma do artigo 520 e seguintes do CPC. Já as sanções restritivas de direitos – de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, nos termos expressos da LIA (art. 20) – produzem efeitos apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Decisões judiciais no sentido de permitir a execução provisória da pena na seara processual penal, com a prisão do condenado após o julgamento em segundo grau,²⁶ levaram à tentativa de transpor a lógica encontrada pelo STF também para a aplicação da LIA, sob o

²⁶ Esse entendimento vigorou no STF desde 2016, a partir do HC 126.292/SP (STF, plenário, j. 17.02.2016). Todavia, em 7 de novembro de 2019, no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, o tribunal revidou seu entendimento para assentar que a prisão, para fins de cumprimento de pena, só é permitida depois que se esgotarem todos os recursos cabíveis e o processo transitar em julgado. A esse respeito, ver Ana Pompeu, Hyndara Freitas e Luiz Orlando Carneiro (2019).

argumento de que a presunção de inocência deveria ser flexibilizada em prol da efetividade e da celeridade do processo.²⁷

Quanto às sanções restritivas de direitos, especificamente no que diz respeito à perda da função pública, há divergência quanto ao vínculo que deve ser extinto em razão da condenação: se apenas aquele do momento da prática do ato ímprobo ou qualquer outro vínculo existente no momento da execução da condenação. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014, p. 671-676) entendem que a sanção incide sobre qualquer função pública que esteja sendo exercida no momento do trânsito em julgado da decisão condenatória, não importando se há variação quanto ao âmbito geográfico ou tipo de função pública exercida ao tempo da prática do ato ímprobo e ao tempo da execução da sanção:

“A denominada ‘Lei de Improbidade Administrativa’ objetiva afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida, o que tornaria no mínimo insensata a restrição dos efeitos da lei quando patente sua pertinência, já que similares os substratos embaixadores. (...) Em razão da mencionada incompatibilidade entre a personalidade do agente e a gestão da coisa pública, o que se tornou claro com a prática do ato de improbidade, deve a sanção de perda da função, quando aplicada, extinguir todos os vínculos laborais existentes junto ao poder público. (...) Assim, é irrelevante que o ilícito, *verbi gratia*, tenha sido praticado em detrimento de um ente municipal e o agente, por ocasião da aplicação da sanção, mantenha uma relação funcional com a administração estadual, pois a dissolução deverá abranger todos os vínculos mantidos com o Poder Público, designativo que abrange os sujeitos passivos dos atos de improbidade”.

Não obstante, é possível a interpretação de que a LIA, ao discorrer sobre a perda da função pública como sanção, não estabeleceu vedação para o exercício de atividades futuras na administração, ou seja, não abarca vínculos posteriores do agente com a Administração, mormente em atividade diversa. O entendimento é esposado por Calil Simão (2011, p. 803), por exemplo:

“o entendimento aqui defendido é no sentido de que o vínculo de trabalho a ser rompido é o do momento da prática do ato ímprobo, porque essa sanção pressupõe que esse vínculo ainda exista. É desarrazoado o argumento de que qualquer vínculo com o poder público pode ser rompido. Não compartilhamos, conseqüentemente, da posição de que o agente perde toda e qualquer função pública que estiver exercendo no momento da condenação.

²⁷ Nesse sentido, ver, por exemplo, o artigo do promotor Justiça em São Paulo César Dario Mariano da Silva (2016), publicado poucos dias após a decisão do STF de 2016. Segundo ele, “havendo condenação por ato de improbidade administrativa em que tenha sido observado o duplo grau de jurisdição, do mesmo modo que ocorre na esfera processual penal, será possível a execução provisória da sentença para a aplicação de todas as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/1992 sem que isso importe violação ao princípio da presunção de inocência ou ofensa ao artigo 20 do mesmo diploma legal”. O artigo encontra-se disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-fev-28/cesar-dario-sancoes-improbidade-podem-execucao-provisoria#_ftn6>. Acesso em 14 de fevereiro de 2019.

Em que pese a dúvida quanto ao vínculo a ser extinto, a imposição da sanção de perda da função pública não inabilita o indivíduo para posterior investidura em cargo, ou seja, não impede novo ingresso no serviço público depois da execução da condenação transitada em julgado, extensão que caracterizaria pena de caráter perpétuo, vedada expressamente no art. 5º, XLVII, *b* da Constituição Federal de 1988 (GARCIA; ALVES, 2014, p. 677).

A proibição de contratar com o poder público é, talvez, a sanção restritiva de direitos que mais suscite questões dogmáticas complexas do ponto de vista de sua aplicação. Obra referência sobre o tema é a de João Pedro Accioly (2017), na qual o autor aborda, em detalhe, questões cuja elaboração se mostra primordial, como a abrangência da medida em termos territoriais e temporais, os tipos de contratos e benefícios fiscais que poderiam ser atingidos pela medida e as especificidades do regime de prescrição para o tema.²⁸ Ao final, conclui pela necessidade de densificar o instituto jurídico, de contornos inacabados ou controvertidos, diante do tratamento jurídico que atualmente lhe é conferido pela doutrina e pela jurisprudência, o qual considera

“por vezes, atécnico e, noutras, incompatível com destacados valores tutelados pela ordem constitucional brasileira. Assim, a pretexto de bem tutelar a moralidade administrativa e a incolumidade do patrimônio público, patrocina-se – por meio de reprimendas indevidas, desproporcionais ou extemporâneas – a inviabilidade econômica de grande número de empresas, em prejuízo final do Estado e de toda a sociedade. Neste quadro histórico, de radicalizado clamor popular pelo fim da corrupção, é preciso evitar que os exageros ecoem doutrinariamente e traduzam-se em decisões judiciais imoderadas e sem lastro legal. Por outro lado, é também necessário corrigir pontuais distorções que dificultam ou impossibilitam a responsabilização adequada de pessoas que tenham cometido atos de improbidade administrativa” (ACCIOLY, 2017, p. 173).

É importante ressaltar que a condenação por improbidade administrativa também pode acarretar outras consequências jurídicas relevantes, para além das sanções expressas na LIA. Com efeito, a condenação à perda da função pública pode acarretar a perda de mandato

²⁸ Quanto à abrangência da medida em termos territoriais (ou institucionais) da proibição de contratar com o Poder Público, o autor analisa se a sanção implica automática e invariável interdição de contratar com todos os órgãos e entidades da Administração Pública, direta e indireta, de todos os milhares de entes políticos brasileiros. Quanto à abrangência da medida em termos do tipos de contratos e benefícios fiscais abarcados por tal reprimenda, investiga se seriam atingidos também contratos e benefícios fiscais que são colocados à ampla disposição da população (como serviços bancários, postais, energéticos, telefônicos, de água e esgoto, etc) ou só os privilégios fiscais e creditícios *intuitu personae*. No que diz respeito à abrangência temporal da medida, avalia se ela incide sobre os contratos já assinados e em execução quando do aperfeiçoamento do ato proibitivo, mesmo paralisando obras públicas estratégicas e a oferta de serviços públicos essenciais. Quanto ao momento da imposição da sanção, inquire se basta a prolação de sentença pelo juízo de primeiro grau, é suficiente o exaurimento dos recursos dotados de efeito suspensivo para a eficácia da condenação, ou é necessário o trânsito em julgado da sentença condenatória. No que toca à prescrição, avalia se seria extensível aos particulares o regime de prescribibilidade da pretensão punitiva aplicável aos agentes públicos pela LIA. Questiona, ainda, se as sanções da LIA também poderiam ser impostas às empresas estatais e quais os limites da desconsideração da personalidade jurídica de empresas para fins de aplicação da sanção a empresas criadas com o intuito de burlá-la.

eletivo do agente político condenado,²⁹ o que também pode decorrer da condenação à suspensão dos direitos políticos transitada em julgado.³⁰

Já a partir da segunda instância, a condenação por improbidade administrativa do agente político pode resultar, ainda, na sua inelegibilidade pelo prazo de até oito anos, nos termos da Lei Complementar nº 64/90, alterada pela Lei Complementar nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa).

A esse respeito, o STF debateu (ADC 29 e 30, plenário, j. 16.02.2012; ADI 4.578, plenário, j. 16.02.2012) se a inelegibilidade teria ou não caráter sancionatório. Em que pese o tribunal ter firmado entendimento de que não se trata de medida sancionatória, mas mero atendimento da regra constitucional que busca prezar pela moralidade no exercício dos mandatos eletivos, filia-se aqui ao entendimento de Fernando G. Neisser (2018, p. 183), no sentido de que a inelegibilidade constitui inegável sanção de caráter grave, uma vez que atrelada à prática de um ato ilícito, antijurídico e culpável: “uma sanção segue sendo sanção, ainda que se lhe chame de ‘novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo’.”

Outra consequência indireta que a condenação por improbidade administrativa pode acarretar é a cassação de aposentadoria do servidor público, porque os estatutos dos servidores costumam prever essa penalidade em caso de falta punível com demissão. E, entre elas, figura a improbidade administrativa. Na esfera federal, por exemplo, o artigo 132, inciso IV da Lei nº 8.112/1990 prevê que a pena de demissão será aplicada em casos de improbidade administrativa. Por sua vez, o artigo 134 determina que “será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão”.

A constitucionalidade da cassação de aposentadoria em razão da demissão do servidor na esfera administrativa vem sendo questionada (DI PIETRO, 2015), diante do caráter contributivo do regime previdenciário em vigor e das noções de direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo que há ainda maiores razões para se debater a possibilidade jurídica de aplicação

²⁹ A questão é alvo de debate doutrinário. A posição segundo a qual a sanção de perda da função pública pode acarretar a perda do mandato do agente político é sustentada por Garcia e Alves (2014, p. 675), em oposição a Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo, os quais, por sua vez, sustentam que a sanção de perda da função pública refere-se unicamente a cargos, empregos e funções, não alcançando o mandato eletivo.

³⁰ A esse respeito, note-se que a lei também prevê a possibilidade de a autoridade judicial determinar, cautelarmente, o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (art. 20, parágrafo único). Cuida-se, é certo, de medida fundada na necessidade de resguardar o interesse público. Não se pode olvidar, no entanto, sua gravidade.

automática da sanção de cassação de aposentadoria em casos de condenação à perda da função pública pela prática de ato de improbidade administrativa.³¹

A pretensão sancionatória regulada pela LIA sujeita-se à prescrição, nos termos do artigo 23 da lei. São três as hipóteses reguladas. Em primeiro lugar, no caso de o agente público ser detentor de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, a ação deve ser proposta até cinco anos após o término do exercício. Em casos envolvendo o servidor público em cargo efetivo ou emprego, o prazo prescricional equipara-se ao previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Por fim, quando os envolvidos são responsáveis legais por organizações da sociedade civil que fazem parceria com a Administração Pública, o prazo prescricional conta-se em até cinco anos da data da apresentação à Administração Pública da prestação de contas final pela entidade.

Com relação ao tema da prescrição, alguns debates relevantes do ponto de vista dogmático vêm sendo feitos. Com relação ao termo inicial do cômputo do prazo prescricional, discute-se, por exemplo, como ele deve ser calculado em caso de reeleição do agente público detentor de mandato. A esse respeito, a jurisprudência vem apontando que o termo *a quo* do lapso prescricional deve ser a data do término do segundo mandato.³²

Nos casos em que um servidor efetivo exerce também cargo em comissão, há dúvida sobre se a prescrição correria a partir do término do exercício do cargo em comissão ou se deveria ser levado em conta o prazo previsto na lei específica do estatuto do servidor.³³

³¹ A esse respeito, Garcia e Alves (2014, p. 698) sustentam que “a situação jurídica do agente inativo não é mera continuação da situação por ele ostentada quando em atividade. Nessa linha, é factível que perda da função pública e cassação da aposentadoria são sanções ontologicamente diversas e que produzem efeitos distintos na esfera jurídica do indivíduo. Não podem, portanto, ser vistas como verso e reverso da mesma moeda. Na medida em que consubstanciam sanções distintas, somente poderão ser aplicadas quando previstas em lei (v.g.: a Lei n. 8.112/1990 [...]).” Em que pese esse entendimento, os autores fazem uma proposta, *de lege ferenda*, no sentido de que a omissão da LIA quanto à possibilidade de aplicação da sanção de cassação de aposentadoria deveria ser sanada pelo legislador, “evitando que certos atos, indicadores de intensa degeneração de caráter e de um estilo de vida totalmente vil e deturpado, não venham a obstar que agentes públicos de considerável experiência, o que só realça a maior reprovabilidade da sua conduta, vejam a passagem para a inatividade como verdadeira comenda pelos ilícitos praticados durante a sua permanência na ativa” (p. 699). A proposta de punição, bastante dura, poderia ser criticada por ignorar a natureza contributiva do regime previdenciário, por ter efeitos duradouros, prolongando-se indeterminadamente no tempo, e por impactar direitos adquiridos ou, sob outro prisma, a esfera dos direitos fundamentais, razão pela qual, nos parece, mereceria ser debatida mais profundamente.

³² Ao apreciar a questão, o STJ entendeu que “a reeleição, embora não prorogue simplesmente o mandato, importa em fator de continuidade da gestão administrativa. Portanto, o vínculo com a Administração, sob o ponto de vista material, em caso de reeleição, não se desfaz no dia 31 de dezembro do último ano do primeiro mandato para se refazer no dia 1º de janeiro do ano inicial do segundo mandato. Em razão disso, o prazo prescricional deve ser contado a partir do fim do segundo mandato” (REsp 1.107.833/SP, STJ, 2ª Turma, j. 08.09.2009, p.2).

³³ A questão foi levada ao STJ no REsp nº 1.060.529/MG (2ª Turma, j. 08.09.2009, p. 1). Naquela ocasião, entendeu o tribunal que “a Lei de Improbidade não cuida (...) da hipótese de o mesmo agente praticar ato ímprobo no exercício cumulativo de cargo efetivo e de cargo comissionado. Por meio de interpretação teleológica da norma, verifica-se que a individualização do lapso prescricional é associada à natureza do vínculo jurídico mantido pelo agente público com o sujeito passivo em potencial. Partindo dessa premissa, o art. 23, I, da referida lei associa o

Debate-se, ainda, se o prazo prescricional é interrompido pela abertura de sindicância ou instauração de processo administrativo disciplinar em face do agente público e por quanto tempo.³⁴

Outra dúvida recai sobre a prescrição para os agentes privados. De fato, é digno de nota que a lei silenciou com relação ao prazo prescricional relativo aos atos praticados por particulares, o que pode suscitar dúvida sobre a aplicação do mesmo prazo aplicável ao agente público envolvido no ato ímprobo processado ou se seria necessário aplicar o prazo quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/32 e na Lei de Ação Popular, a contar da data do ato ilícito.³⁵

Talvez a questão mais pujante sobre o tema diga respeito à imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário. De fato, se é pacífico que as sanções restritivas de direitos são alcançadas pela prescrição prevista no art. 23 da LIA, por outro lado a Constituição Federal (art. 37, §5º) prevê, em redação confusa, que “os prazos de prescrição para ilícitos praticados contra o erário serão estabelecidos em lei” e acrescenta, “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Tal ressalva admitiu diversas interpretações, inclusive a de que qualquer ação de ressarcimento ao erário seria imprescritível.

No início de 2016, ao decidir o RE 669.069/MG (STF, plenário, j. 03.02.2016) sob regime de repercussão geral (tema 666), o STF entendeu que a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil está sujeita à prescrição, que é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a imprescritibilidade ficaria reservada apenas aos casos excepcionais. E, embora o próprio tribunal tenha entendido anteriormente que a improbidade consiste, justamente, em modalidade de ilícito civil,³⁶ optou por fazer uma

início da contagem do prazo prescricional ao término de vínculo temporário. Ao mesmo tempo, o art. 23, II, da mesma legislação, no caso de vínculo definitivo, não considera, para fins de aferição do prazo prescricional, o exercício de funções intermédias - como as comissionadas - desempenhadas pelo agente, sendo determinante apenas o exercício de cargo efetivo. Portanto, exercendo cumulativamente cargo efetivo e cargo comissionado ao tempo do ato reputado ímprobo, há de prevalecer o primeiro para fins de contagem prescricional, pelo simples fato de o vínculo entre agente e Administração Pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão, por esse ser temporário”.

A esse respeito, ver o Informativo de Jurisprudência nº 0406/2009 do STJ, disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270406%27>>. Acesso em 8 de março de 2019.

³⁴ A esse respeito, ver, a título de exemplo, as decisões do STJ no REsp 1.405.015/SE (1ª Turma, j. 24.11.2015) e no MS 18.664/DF (1ª Seção, j. 23.03.2014).

³⁵ A jurisprudência do STJ caminha no sentido de entender que o particular se submete ao mesmo prazo prescricional que o agente público que praticou o ato ímprobo. Nesse sentido, ver o REsp 1.186.389/PR, 2ª Turma, j. 07.04.2015; AgInt no AREsp 986.279/RJ, 2ª Turma, DJe 30.10.2017; EDcl no AgRg no REsp 1.066.838/SC, STJ, 2ª Turma, j. 07.04.2011; REsp 1.433.552/SP, 2ª Turma, j. 25.11.2014; AgRg no REsp 1.197.967/ES, STJ, 2ª Turma, j. 26.08.2010; REsp 1.156.519/RO, 2ª Turma, j. 18.06.2013; e REsp 1.405.346/SP, STJ, 1ª Turma, j. 15.05.2014.

³⁶ Especialmente no julgamento das ADI 2.797 e 2.860 (STF, plenário, j. 15.09.2005).

distinção entre o ilícito civil e o ato de improbidade, revestido de grau de reprovabilidade mais pronunciado e especialmente atentatório aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública.

A possibilidade de aplicação do entendimento aos casos de improbidade administrativa só veio a ser definitivamente esclarecida em agosto de 2018, quando a corte apreciou o RE 852.475 (STF, plenário, j. 08.08.2018), também sob regime de repercussão geral (tema 897). Firmou-se então, por maioria, a tese de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na LIA.

As sanções aplicáveis por meio das ações de improbidade administrativa, por certo, exprimem juridicamente a reprovabilidade de determinadas condutas, vinculando-as a determinadas reprimendas públicas. A LIA prevê expressamente em seu artigo 12 a imposição de “penas”, restringindo direitos e impondo obrigações, conforme a gravidade dos atos praticados. Cuida-se, nesse sentido, de uma expressão do direito estatal sancionador. Mesmo a multa civil, embora tenha caráter patrimonial, apresenta nítida finalidade retributiva, sobretudo tendo em vista que o ressarcimento do dano ao erário já esgota, por si só, a função compensatória da sanção. O mesmo se pode dizer da consequência indireta da cassação de aposentadoria.

Já as sanções de perda do cargo, suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o poder público e a consequência indireta da inelegibilidade “dialogam diretamente com a ideia de prevenção especial negativa, visando a neutralização do condenado (...) com o claro intuito de, por tempo determinado, impedir que os sujeitos responsabilizados pelos atos de improbidade administrativa delinquam novamente” (NEISSER, 2018, p. 194).

As sanções impostas pela LIA possuem, ainda, um considerável efeito estigmatizante,³⁷ associando-se à atribuição, pela sociedade, de uma série de características negativas ao condenado em razão da prática de uma conduta altamente reprovável, o que leva à sua diferenciação das pessoas comuns, à sua inferiorização e discriminação e à redução do seu acesso a oportunidades (GOFFMAN, 2017).³⁸

³⁷ Estudo referência sobre o estigma é o do sociólogo canadense, Erving Goffman (2017), que aponta que, desde a Antiguidade Clássica, marcas físicas foram usadas para indicar uma degenerescência, tornando visível algo de mau sobre o status de quem as apresentasse, avisando sobre a existência de um escravo, de um criminoso, de uma pessoa cujo contato deveria ser evitado.

³⁸ Nas palavras do autor, “a sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias. (...) As rotinas de relação social em ambientes estabelecidos nos permitem um relacionamento com ‘outras pessoas’ previstas sem atenção ou reflexão particular. Então, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua ‘identidade social’. (...) Baseando-nos nessas preconceções, nós as transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso. (...) Essas exigências

De fato, a culpa e o estigma que naturalmente acompanham as condenações judiciais nas sociedades constituem uma importante ameaça à liberdade e à autonomia do indivíduo, de modo que podem ser compreendidos como “a face oposta, mas indissociável, da moeda da prevenção geral negativa” (NEISSER, 2018, p. 196). E, no caso da improbidade administrativa, a estigmatização é especialmente elevada por se tratar de um debate socialmente sensível, em torno do tema da corrupção, certo que, aos olhos da sociedade, ‘crime’ e ‘improbidade’ “são termos que ostentam praticamente o mesmo caráter infamante” (NEISSER, 2018, p. 197).^{39,40}

A esses efeitos, some-se ainda o impacto eleitoral dessas condenações. Conforme demonstraram Cláudio Ferraz e Frederico Finan (2008), a mera disseminação, pela imprensa, de casos de corrupção em municipalidades fiscalizadas pelo TCU tem efeito significativo na performance eleitoral dos prefeitos: nas cidades em que a auditoria do tribunal ocorreu antes das eleições, expondo ao menos dois incidentes de corrupção, as chances de reeleição do prefeito foram consideravelmente menores (17%) do que em municipalidades que sofreram auditoria apenas após a eleição.

Se isso significa, por um lado, que um eleitorado bem informado tende a responsabilizar e punir, com o seu poder de voto, os políticos irresponsáveis e corruptos, melhorando a qualidade da democracia, por outro lado, também é certo que os casos de corrupção noticiados, ainda que não necessariamente provados e encerrados, têm um impacto

são preenchidas? (...) Enquanto o estranho está à nossa frente, podem surgir evidências de que ele tem um atributo que o torna diferente de outros que se encontram numa categoria em que pudesse ser incluído, sendo, até, de uma espécie menos desejável – num caso extremo, uma pessoa completamente má, perigosa ou fraca. Assim, deixamos de considerá-lo uma criatura comum e total, reduzindo-o a uma pessoa estragada e diminuída. Tal característica é um estigma, especialmente quando o seu efeito de descrédito é muito grande – algumas vezes ele também é considerado um defeito, uma fraqueza, uma desvantagem. (...) Por definição, é claro, acreditamos que alguém com um estigma não seja completamente humano. Com base nisso, fazemos vários tipos de discriminações, através das quais efetivamente, e muitas vezes sem pensar, reduzimos as suas chances de vida. Construimos uma teoria do estigma, uma ideologia para explicar a sua inferioridade e dar conta do perigo que ela representa, racionalizando algumas vezes uma animosidade baseada em outras diferenças (...). Tendemos a inferir uma série de imperfeições a partir da imperfeição original e, ao mesmo tempo, imputar ao interessado alguns atributos desejáveis mas não desejados” (GOFFMAN, 2017, pp. 11-15).

³⁹ Em pesquisa realizada no Google, com a expressão “crime de improbidade”, propositalmente equivocada, o autor encontrou mais de duzentos e sessenta mil resultados. O equívoco não ocorre apenas na imprensa, em sua cobertura jornalística, mas também em órgãos públicos, como a Receita Federal e a própria Câmara dos Deputados (NEISSER, 2018, pp. 197-198).

⁴⁰ Parece razoável o diagnóstico de Fernando G. Neisser (2018, pp. 201-202), segundo o qual o impacto estigmatizante vem sendo reforçado, mais recentemente, com a deflagração de uma série de escândalos de corrupção intensamente noticiados e televisionados, como é o caso do Mensalão e da Operação Lava Jato, uma vez que o efeito gerado pela cobertura da imprensa afeta vieses cognitivos e termina por definir a importância de determinados temas na opinião pública, conduzindo a um aumento da percepção da sua gravidade, ao qual corresponde, logicamente, um aumento da sua reprovabilidade.

político e eleitoral relevante. Como esclarece Rogério B. Arantes (2009, p. 59), a ação de improbidade administrativa

“tem um caráter explosivo um tanto nuclear: ela bate em um ponto, mas suas ‘ondas’ se espalham e podem comprometer decisivamente a imagem de políticos e administradores perante a opinião pública. Em entrevista, os próprios promotores de justiça admitem que a efetividade de suas ações é muito menos judicial e mais política ou, nas palavras da maioria dos entrevistados, ‘exemplar’.”

Dessa forma, ainda que a LIA tenha caráter parcialmente ressarcitório e que a ação de improbidade obedeça a um rito processual bastante próximo do processo civil, fato é que a norma se volta à prevenção e à retribuição de atos ilícitos, aplicando graves sanções aos particulares, distanciando-se, assim, da noção de reparação e indenização de danos materiais e morais, típico do paradigma do direito civil (LOBO DA COSTA, 2014, p. 112).

O conteúdo da sanção e sua finalidade é mais um dos critérios tradicionalmente empregados no direito para traçar uma distinção formal entre o Direito Civil e o Penal, caracterizando o primeiro como ramo do direito focado na questão da reparação e o segundo como preocupado na punição a partir da infligência de um castigo ao criminoso (PÜSCHEL; MACHADO, 2006, p. 4-5).

É fato, no entanto, que a distinção cada vez menos se presta a descrever, efetivamente, a realidade do ordenamento jurídico. Por um lado, a reparação vem sendo progressivamente introduzida no sistema penal: atenua-se parcela da pena caso o autor repare o dano causado, autoriza-se a celebração de acordos reparatórios que extinguem a punibilidade e, em alguns casos, a reparação do dano é tratada como sanção autônoma. Por outro lado, no âmbito do Direito Civil, são recorrentes os casos em que se atribui finalidade punitiva os danos morais, por exemplo (PÜSCHEL; MACHADO, 2006, p. 5-14).

A busca pela natureza das sanções abarca não apenas a distinção entre civil e penal, mas também discussões que buscam diferenciar aquelas sanções penais das administrativas, as quais integrariam um programa jurídico mais flexível e focado na disciplina dos mercados e na ordenação do Poder Público. Autores como Fábio Medina Osório entendem que as sanções impostas pela LIA seriam sanções administrativas, assim entendidas como

“o mal ou castigo imposto ao administrado ou jurisdicionado, em caráter geral e *pro futuro*, conforme as regras e princípios do direito administrativo, como consequência da prática de um ilícito administrativo por omissão ou comissão, traduzindo-se como privação de direito ou imposição de deveres, excluída a liberdade de ir e vir, com a restrição das penas disciplinares militares, no interior do processo administrativo ou judicial, tendo por finalidade a repressão da conduta ilegal, como reação jurídica à ocorrência de um comportamento proibido” (2018, p. 200-201).

O entendimento, no entanto, encontra oposição em autores como Regis Fernandes de Oliveira (2005, p. 19-20), para quem as sanções previstas na LIA, por serem aplicadas mediante ação judicial, não poderiam ser qualificadas como sanções administrativas:

“A distinção entre o ilícito civil e penal do ilícito administrativo vai depender do órgão que impõe a sanção, no exercício de sua função típica ou atípica. Juridicamente, a distinção encontra-se no regime jurídico a que a repulsa estiver subordinada. Assim, se há necessidade de um processo judicial (meio próprio para a apuração da antijuridicidade e aplicação da sanção), com as garantias previstas na Constituição Federal, através do órgão jurisdicional, cujo ato final possua força específica de *coisa julgada*, estamos diante da *pena criminal* ou da *sanção civil*. De outro lado, estamos diante de sanção administrativa se a apuração da infração resultar de procedimento administrativo, perante autoridade administrativa, funcionando a Administração como parte interessada em uma relação jurídica deflagrada sob a lei e em que o ato sancionador não tenha força própria de ato jurisdicional, possuindo presunção de legalidade, imperatividade, exigibilidade e exequibilidade (quando não vedada por lei). O que distingue é o regime jurídico e, em especial, a função exercida pelo órgão aplicador, sendo a infração apurada por procedimento próprio, tendo o ato final específica eficácia jurídica”.

Uma terceira corrente sustenta que a gravidade das sanções impostas a determinadas condutas contribuiria para essa distinção:

“haveria uma diferença ontológica entre delitos e ilícitos administrativos somente nos extremos que integram as duas áreas, ou seja: aquelas condutas proibidas pelo núcleo do direito penal, protetoras de bens jurídicos individuais fundamentais (vida, integridade física, liberdade), manifestam evidente diferença ontológica entre as sanções de polícia cotidianas da administração pública (multas)” (GRECO FILHO; RASSI, 2014, p. 331).

Essa posição é convencionalmente denominada *quantitativo-qualitativa*, pois as diferenças de quantidade (de pena), nos seus extremos, tornar-se-iam qualitativamente diferentes (CARLOS DE OLIVEIRA, 2014, p. 37). Haveria, assim, um espaço de transição entre os delitos mais brandos e as infrações administrativas mais graves dentro do qual não existiria nenhuma diferença ontológica entre as condutas, sendo ela meramente normativa. A diferença qualitativa somente seria evidente nos extremos de gravidade das sanções que compõem as penas do núcleo do direito penal – pena de prisão – e das leves multas impostas pelo poder de polícia da administração (MUNHOZ DE MELLO, 2007, p. 54-57).

Novamente, o debate mira consequências práticas importantes em termos de aplicação da norma em vigor no que diz respeito aos critérios materiais e às garantias processuais que devem ser obedecidas no processo de imposição das sanções previstas na LIA. Via de regra, o regime jurídico de sancionamento penal é mais formal e rígido, valorizando o princípio da tipicidade estrita e o paradigma da culpabilidade do agente, exigindo prova do dolo para a condenação, com vistas a evitar o abuso da autoridade sancionadora por parte do Estado. Já o regime sancionatório administrativo, mais focado em resultados céleres e efetivos em favor

da Administração, em geral admite a flexibilização dessas exigências, esfumando a exigência de tipicidade estrita e diluindo o paradigma da culpabilidade para permitir a condenação também do ato culposos.

Porém, como bem aponta Regina Helena Lobo da Costa (2014, p. 111-112), as sanções administrativas e penais não se distinguem quanto à finalidade ou gravidade; ambas

“desempenham as mesmas funções, já que se voltam à repressão de atos ilícitos (vertente retributiva) e à sua prevenção (vertente preventiva). (...) Os instrumentos para o atingimento dessas finalidades idênticas podem ser distintos – a pena privativa de liberdade, a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana são, por exemplo, sanções exclusivamente aplicáveis pela via penal – mas também podem ser semelhantes, tais como multa e as restrições de direito, que podem ser aplicadas tanto pela via penal quanto pela administrativa”.

A natureza das sanções impostas pela LIA, portanto, não se extrai de considerações relativas à sua finalidade ou gravidade. A própria busca pela definição da natureza das sanções imposta pela LIA talvez seja menos produtiva do que admitir que tal distinção é construída socialmente, abrindo espaço para que ela seja discutida a partir de uma visão mais ampla sobre os processos de responsabilização existentes no ordenamento jurídico:

“Se tivermos em mente que tanto a responsabilidade penal quanto a civil são práticas sociais por meio das quais se estrutura o fluxo infinito dos acontecimentos, para atribuir determinados fatos a uma pessoa como consequência de uma ação ou omissão sua, isto é, se tivermos em mente que, tanto as normas de imputação penal quanto as civis, têm o papel de interromper o fluxo infinito dos acontecimentos – um novelo confuso de múltiplas relações de causalidade – em um ponto determinado, para atribuir a uma pessoa – o responsável – um certo fato e suas consequências, será possível abrir o sistema jurídico para soluções novas e criativas que dêem conta dos problemas contemporâneos da responsabilidade” (PÜSCHEL; MACHADO, 2006, p. 23).

O debate retorna, assim, à questão anteriormente exposta sobre o enquadramento da LIA no regime do Direito Administrativo Sancionador e sobre os seus contornos. É certo que a atividade estatal de imposição de sanções a particulares, com impacto nos seus direitos fundamentais, por natureza exige definição clara, limitação material e o estabelecimento de algumas garantias processuais para que a sua aplicação se dê de forma legítima em um Estado democrático de direito. A definição de todos esses limites encontra-se, atualmente, em disputa no âmbito dogmático quando se trata das sanções previstas pela LIA.

1.2.3 O FENÔMENO DA MÚLTIPLA INCIDÊNCIA E A DIFICULDADE DE COORDENAÇÃO INSTITUCIONAL

Editada como parte de um projeto de combate à corrupção, a LIA estabeleceu um procedimento judicializado específico, não penal, voltado a punir severamente agentes públicos ou privados que atuem de forma desleal ou desonesta em prejuízo da Administração Pública, garantindo ainda o ressarcimento de eventuais danos causados ao erário. A norma surgiu em um contexto político conturbado e terminou por criar uma nova forma de responsabilização para agentes que já eram responsabilizados em diversas outras esferas jurídicas, fortalecendo uma cultura jurídica de controle.

O tema do controle, em matéria de Administração Pública, refere-se à “vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”, com vistas a assegurar que a Administração atue com legitimidade, segundo as normas pertinentes e de acordo com a finalidade e o interesse coletivo na sua realização (MEIRELLES, 2013, p. 739-740).

Clássico no campo do Direito Administrativo, o estudo de controle da Administração Pública refere-se ao conjunto dos mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce a fiscalização e a revisão da atividade administrativa realizada em qualquer uma das esferas de poder (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1001). A fiscalização verifica o atendimento aos princípios que regem a Administração Pública, bem como se os atos emanados de seus integrantes buscam atender à finalidade e aos interesses públicos. A revisão, por sua vez, diz respeito aos mecanismos que conferem poder para que seja possível corrigir as condutas administrativas eventualmente equivocadas.

Tais mecanismos de controle procuram assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, em especial o da legalidade. Em alguns casos excepcionais, o controle pode incidir também sobre o mérito do ato administrativo, ou seja, sobre os aspectos discricionários da atuação administrativa (DI PIETRO, 2017, p. 907). Como em todas as esferas de poder são praticados atos administrativos, os mecanismos de controle são abrangentes e alcançam todas elas.

Atualmente, existe no Brasil um sistema de controle da Administração Pública bastante complexo, marcado pela sobreposição de diversas instituições e regimes de responsabilidade, justamente com vistas a assegurar que a Administração atue dentro dos quadrantes da legalidade. Para que se possa ter clareza do papel desempenhado pela LIA nesse sistema, é importante conhecê-lo e visualizá-lo em sua integridade.

Fundamentalmente, os órgãos e instituições de controle podem ser classificados entre os internos, que são responsabilidade do próprio órgão integrante da Administração, e os externos, efetuados por outros braços do Estado (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 927).

Os **controles internos** existem em todos os âmbitos do governo, seja no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário. São aqueles que a própria Administração Pública (em sentido amplo), no exercício da função administrativa, deve exercitar para obstar ou corrigir comportamentos indevidos praticados no seio dos seus diversos órgãos e pessoas jurídicas auxiliares. O controle que um órgão ministerial exerce sobre os vários departamentos administrativos que o compõem se caracteriza como interno, já que todos eles integram o Poder Executivo, por exemplo. Já no Poder Judiciário, é interno o controle que a Corregedoria exerce sobre os atos dos serventuários da Justiça. Além disso, cada poder possui, em sua estrutura, órgãos especialmente destinados ao controle interno financeiro, vale dizer, à verificação dos recursos do erário, nos termos do art. 70 da Constituição Federal (CARVALHO FILHO, 2018, 1.004).

O controle interno decorre do poder de autotutela e da estrutura hierárquica da Administração Pública, o que permite que atos ilegais, inoportunos ou inconvenientes sejam revistos de ofício por órgãos hierarquicamente superiores, ou mediante provocação do administrado, a quem é assegurado constitucionalmente o direito de petição.⁴¹ Esse direito pode ser mobilizado por meio de representações, reclamações administrativas, pedidos de reconsideração e pelos recursos hierárquicos próprios e impróprios (DI PIETRO, 2017, p. 909-910).

O exercício do controle interno é realizado pelos diversos sistemas internamente fixados em cada órgão e que podem variar bastante, mas normalmente incluem ouvidorias e corregedorias e, no caso específico da União, também é exercido por um órgão autônomo: a Controladoria-Geral da União (CGU), criada especificamente com a finalidade de prevenir o avanço da corrupção.⁴²

⁴¹ A respeito do direito de petição, José Afonso da Silva (2012, pp. 443-444) esclarece que o direito de petição define-se 'como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação, seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade. Ele está consignado no art. 5º, XXXIV, a, que assegura a todos o *direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*. (...) É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação'. Sobre o tema, ver também Gilmar F. Mendes e Paulo Gustavo G. Branco (2014, pp. 473-476).

⁴² Criada em 28 de maio de 2003 (Lei nº 10.683/03), a Controladoria Geral da União (CGU) é o órgão encarregado, no âmbito do Poder Executivo, da defesa do patrimônio público e do incremento da transparência da gestão, por meio das atividades de controle interno, auditoria pública, correição, prevenção e combate à corrupção e ouvidoria.

O controle interno pode ter natureza preventiva, revisional ou, ainda, punitiva, como no caso dos processos administrativos disciplinares movidos em face de funcionários públicos que tenham cometido falta funcional. As sanções aplicáveis aos servidores pela via administrativa variam desde a advertência ou multa até a demissão a bem do serviço público. É importante ressaltar que, em relação às entidades da Administração indireta e fundacional, há um duplo controle interno:

“aquele que é efetuado por órgãos seus, que lhe compõem a intimidade e aos quais assiste esta função, e aquele outro procedido pela Administração direta. A este último talvez se pudesse atribuir a denominação, um tanto reverbativa ou paradoxal, reconheça-se, de controle interno exterior” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, P. 927).

Ao controle no campo da Administração indireta ou descentralizada, pode-se chamar de controle finalístico, decorrente da vinculação administrativa e limitado aos termos da lei (MEIRELLES, 2013, p. 740-741), justamente com vistas a não ofender a autonomia de tais órgãos relativamente à Administração direta ou centralizada.

Destacam-se, entre os controles internos da Administração Pública, a Lei nº 8.112/90, que estabelece o regime jurídico dos servidores públicos federais e prevê sanções administrativas em caso de faltas funcionais e a Lei nº 8.666/93, que trata de licitações e contratos administrativos e estabelece procedimentos e sanções administrativas para o âmbito das contratações públicas.

Os controles internos, ou administrativo-burocráticos, baseiam-se na noção de que, em termos weberianos

“o caráter racional das organizações do Estado moderno pode exercer um controle sobre as ações dos agentes públicos, com base em um arranjo institucional pautado na impessoalidade, na neutralidade e no cumprimento dos deveres de acordo com procedimentos de ação descritos em uma legalidade, a qual fundamenta a ação do Estado na sociedade”, em termos weberianos (FILGUEIRAS e AVRITZER, 2013, p. 217-218).

O Quadro 1 a seguir ilustra, de maneira esquemática, os tipos de mecanismos internos de controle existentes na Administração Pública brasileira, nos termos da legislação vigente:

O órgão foi criado com a competência de órgão central dos sistemas de Controle Interno e de Correição no Governo Federal. Mais informações sobre a CGU estão disponíveis no site do órgão, através do link <<https://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/historico/historico>>. Acesso em 11 de março de 2019. Ver, ainda, a Lei nº 13.844/2019.

Quadro 1 – Controle interno da Administração Pública em sentido amplo

<p>Controle interno ou administrativo</p> <p><i>Decorre do poder de autotutela e da estrutura hierárquica da Administração;</i></p> <p><i>Objetiva assegurar a obediência à legalidade e a busca do interesse público</i></p>	<p>Controle dos atos da Administração Direta</p> <p><i>* de ofício ou por provocação, como decorrência do direito de petição ou de recurso administrativo</i></p> <p><i>* conduzido por órgãos internos, como ouvidorias, corregedorias, ou ainda por órgão autônomo, como é o caso da CGU</i></p>	<p>Controle Preventivo</p> <p><i>Assegura que o ato administrativo final obedeça aos critérios legais</i> Ex.: controle financeiro interno (art. 70, CF)</p>
		<p>Controle Punitivo</p> <p><i>Impõe sanções a agentes e servidores públicos, sujeitos a uma relação de subordinação especial com o poder público</i> Ex.: Processo Administrativo Disciplinar (PAD) para apuração de falta funcional</p>
		<p>Controle Revisional</p> <p><i>Processo administrativo tendente a revisar ato administrativo por iniciativa da própria administração, por critérios de legalidade, oportunidade e conveniência ou em razão da interposição de recurso administrativo por parte do administrado contra decisão administrativa que fere direito individual</i></p>
	<p>Controle dos atos da Administração Indireta</p>	<p>Controle por vinculação ou finalístico</p> <p><i>Exercido pela Administração direta (ou centralizada) sobre entidades da Administração indireta (ou descentralizada) e fundacional, limitado por lei para não ofender a autonomia do órgão</i></p>

Fonte: elaboração própria.

No que toca à improbidade administrativa, é certo que todas essas modalidades de controle interno poderiam prestar-se especialmente ao diagnóstico precoce e ao combate de atos que poderiam se caracterizar como atos de improbidade *meramente administrativa* na classificação de Igor S. Tamasauskas (2019), vale dizer, aqueles relativos à burocracia estatal que, em suas relações diretas com o cidadão, usa da sua discricionariedade indevidamente para auferir ganhos com propina e suborno.

Para além dos mecanismos de controle interno, há também os **controles externos** sobre os atos da Administração Pública e dos gestores e servidores públicos. São exercidos pelo Poder Legislativo, em parte com o apoio dos Tribunais de Contas; e pelo Poder Judiciário, que também conta com a participação importante do Ministério Público (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 930).⁴³

⁴³ Digno de nota que, modernamente, debates e experiências de controle social da Administração Pública vêm ganhando força com a implantação de mecanismos de gestão participativa, como consultas e audiências públicas. No Congresso Nacional, por exemplo, existe previsão constitucional nesse sentido (CF, art. 58, §2º, II). Ademais, institutos como o *amicus curiae*, cuja utilização vem se ampliando no STF, permitem o ingresso de entidades que

O **controle Legislativo** diz respeito ao poder de fiscalização que os órgãos desse poder exercem sobre os atos do Poder Executivo e também do Poder Judiciário quanto este executa função administrativa. Ele engloba o controle financeiro e o controle político (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.070; DI PIETRO, 2017, p. 921).

O controle financeiro é exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas, os quais são responsáveis pela fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Executivo, do Judiciário e do próprio Legislativo. Os Tribunais de Contas integram a estrutura do Poder Legislativo, mas os órgãos, de caráter auxiliar e especializado, têm relativa autonomia, desfrutando de quadros próprios, ministros e conselheiros com as prerrogativas da magistratura e leis próprias de auto-organização (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.075).

Assim, o Tribunal de Contas da União, por exemplo, é responsável por apreciar as contas do presidente da República e elaborar um parecer prévio, submetido à apreciação do Congresso Nacional (CF, art. 71, inc. I). Mecanismo semelhante se verifica nas esferas Estadual e Municipal (DI PIETRO, 2017, p. 925).

Além disso, os tribunais de contas realizam auditorias em todas as unidades administrativas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse âmbito, é realizado um controle de legalidade, de legitimidade, de economicidade, de fidelidade funcional e de resultados de cumprimento de programas de trabalho e de metas, podendo ser impostas sanções nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, proporcional ao dano causado ao erário. Eles podem, ainda, determinar a adoção de medidas corretivas, necessárias ao cumprimento da lei, além de possíveis suspensões de atos impugnados. A ouvidoria do órgão recebe denúncias de irregularidades ou ilegalidades de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato (DI PIETRO, 2017, p. 924-925).

Do ponto de vista da improbidade, o controle externo financeiro também se reveste de importância preventiva, ao de evitar que se estructurem esquemas economicamente poderosos, aptos a se apropriar do poder político, elevando o patamar de infiltração da corrupção nos órgãos do Estado (TAMASAUSKAS, 2019, p. 110-111).

A segunda modalidade de controle do Poder Legislativo é o controle político, aquele que se verifica, no âmbito federal, quando alguns atos do Executivo são submetidos ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados ou do Senado, por determinação constitucional

representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais em processos de controle abstrato de constitucionalidade, ampliando a legitimação social das decisões do STF ao viabilizar que ele se realize sob uma perspectiva pluralística. Também no sentido de promover o controle social da Administração Pública, a Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação) representou avanço importante no âmbito do Poder Executivo.

(CF, arts. 49 a 52). Conforme se extrai dos referidos dispositivos constitucionais, o Congresso Nacional e o Senado e devem autorizar determinados atos do Poder Executivo. A Câmara dos Deputados e o Senado podem, ainda, convocar ministros de Estado ou titulares de órgãos subordinados à Presidência para prestar esclarecimentos, além da possibilidade das mesas da Câmara dos Deputados e do Senado encaminharem pedidos escritos de informação ao próprio presidente, sob pena de crime de responsabilidade em caso de não obediência. Além disso, atos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou os limites de delegação legislativa podem ser sustados pelo Congresso Nacional.

Cuida-se, certamente, de prerrogativa de fundamento constitucional, atinente ao sistema de freios e contrapesos que marca a separação dos Poderes da República. O controle político é realizado sobretudo em face de critérios políticos e financeiros e incide, assim, tanto sobre os aspectos de legalidade quanto sobre os aspectos de mérito, relativos à conveniência e à oportunidade, dos atos administrativos do Poder Executivo (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.070; DI PIETRO, 2017, p. 921).

O processo de responsabilização política relaciona-se, intimamente, à representação política e à responsividade do poder público às demandas dos representados, ao viabilizar que explicações sejam exigidas do representante flagrado em situação de potencial irregularidade, com vistas à manutenção da sua legitimidade democrática. Permite, em síntese, realinhar as expectativas entre representantes e representados e, se comparado aos processos jurídicos de responsabilização, é marcado por um discurso mais aberto, por um grau mais elevado de incerteza e de flexibilidade e por uma pressão pela celeridade, pois opera na lógica da decisão pela maioria e sanciona não necessariamente o ilícito, mas a inidoneidade para o exercício da atividade e a retirada de confiança que fundamentou o estabelecimento da relação de representação política (TAMASAUSKAS, 2019, p. 80).

Esse realinhamento, evidentemente, pode ter lugar no plano político-eleitoral, com os cidadãos aferindo as condutas de seus representantes eleitos ao longo dos processos eleitorais; mas também pode ocorrer no âmbito de parlamentos e órgãos de controle ético, por meio de institutos e mecanismos específicos para aferição de responsabilidade política em momento diverso do eleitoral (TAMASAUSKAS, 2019, p. 41).

Há que se mencionar, nesse sentido, os Conselhos de Ética e Decoro Parlamentar, responsáveis pela aplicação de sanções que podem até envolver a cassação de mandato de parlamentares que descumpram regras relativas ao decoro parlamentar. Com relação ao Poder Executivo, a medida mais drástica de controle político exercido pelo Poder Legislativo é aquela reservada ao Senado, de, após autorização da Câmara dos Deputados, processar e julgar

autoridades públicas por crimes de responsabilidade, nos termos da Lei nº 1.079/50, o que pode resultar até mesmo no afastamento de representantes de cargos eletivos – impeachment.⁴⁴

A Constituição prevê, ainda, a possibilidade de instauração das Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs (art. 58, par. 3º, CF), dotadas de amplos poderes investigatórios, com vistas a apurar fatos e, eventualmente, encaminhar suas conclusões ao Ministério Público, para que este promova a responsabilização civil e criminal dos responsáveis por eventual ato danoso à Administração Pública e ao erário.

Para além do controle Legislativo, todos os atos da Administração Pública – do Executivo, do Legislativo e do próprio Poder Judiciário – estão sujeitos ao **controle judicial**, por força da cláusula constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O Poder Judiciário pode ser considerado o órgão, por excelência, de controle da Administração, distanciando-se dos interesses políticos que permeiam o Executivo e o Legislativo, para equilibrar os poderes desempenhando a relevante missão de examinar a legalidade e a constitucionalidade de atos e leis (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.082).

A esse respeito, é interessante anotar que os sistemas de controle judicial podem ser genericamente classificados entre dois tipos: o sistema da dualidade de jurisdição, adotado em alguns países europeus, como a França e a Itália; e o sistema da unidade de jurisdição, adotado em países como a Inglaterra e os EUA. No primeiro, o ordenamento jurídico contempla, ao lado do Poder Judiciário, uma Justiça Administrativa especializada, que tem jurisdição e competência sobre alguns litígios específicos relacionados ao poder público. Já no segundo sistema, todos os litígios, envolvendo ou não o poder público, são sujeitos à apreciação e à decisão da Justiça comum (CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.085-1.086).

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, “pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa

⁴⁴ Os crimes de responsabilidade previstos na Lei nº 1.079/50 têm natureza político-administrativa e constituem ferramenta de preservação da legitimidade da representação popular no exercício de cargos públicos de alta relevância. Nesses casos, compete ao Senado Federal processar e julgar o presidente da República, o vice-presidente da República e os ministros de Estado, bem como os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles. Também cabe ao Senado o processamento e julgamento dos crimes de responsabilidade cometidos por ministros do STF, por membros do CNJ e do CNMP, pelo PGR e pelo AGU (art. 52). Já na esfera estadual, compete privativamente aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público (art. 96). Na esfera municipal, os crimes de responsabilidade são regulados pelo Decreto-Lei nº 201/67, em razão do qual os prefeitos e vice-prefeitos submetem-se ao julgamento da Câmara de Vereadores por infrações político-administrativas. Embora parte dos crimes de responsabilidade na esfera municipal também sejam processados e julgados no âmbito do Poder Legislativo, a legislação prevê, em alguns casos, a possibilidade de julgamento pelo Poder Judiciário, assegurando às autoridades a garantia de responderem perante foro especial.

julgada, a lesão ou ameaça a direitos individuais e coletivos” (DI PIETRO, 2017, p. 926). Não se editou uma lei geral com um código específico para as ações judiciais envolvendo a Administração Pública, que são reguladas pelo direito processual comum, dos processos civis, em conjunto com algumas especificidades estabelecidas em leis sobre ações específicas (SUNDFELD, 2017, p. 324).

Embora não seja uma classificação usualmente encontrada, seria possível dividir o controle realizado pelo Poder Judiciário em quatro modalidades: **(i)** controle de constitucionalidade das leis; **(ii)** controle dos abusos de autoridade e violações a direitos fundamentais protegidos por remédios constitucionais; **(iii)** controle de legalidade dos atos administrativos em geral; e **(iv)** sancionamento de agentes públicos que causem lesão à Administração ou a terceiros pela via de ações de natureza civil e penal previstas nas legislação federal.⁴⁵

O tema é amplo e, evidentemente, não se pretende aqui esgotar a compreensão de todos os detalhes do grande espectro do funcionamento do Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro vigente. Basta, para os propósitos da presente pesquisa, apresentar as suas linhas gerais.

Tradicionalmente, o controle de constitucionalidade é vinculado à noção de supremacia da Constituição. Assim, considera-se que a ordem jurídica fundamental da coletividade está contida na Constituição, que contém as linhas básicas do Estado e estabelece diretrizes e limites ao conteúdo da legislação vindoura (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1.023-1.024). O reconhecimento da supremacia da Constituição e da sua força vinculante em relação aos poderes públicos conduz à discussão sobre as formas e os modos de defendê-la, resultando na eleição de um (ou mais) guardiões. O controle de constitucionalidade pode ser visto, portanto, como uma técnica especial, delineada na própria Constituição, para a defesa de sua supremacia (SILVA, 2012, p. 45).

Existem diversos modelos de controle de constitucionalidade. No Brasil, adotou-se um sistema que prevê uma série de mecanismos para que o Poder Judiciário decida sobre a constitucionalidade de leis e atos normativos. Esse controle pode ser feito de forma

⁴⁵ Nos termos da legislação em vigor, também cabe ao Poder Judiciário, em algumas hipóteses, processar e julgar crimes de responsabilidade praticados por autoridades públicas, às quais é assegurada a garantia de responderem perante foro especial. Assim, os ministros de Estado, os comandantes das Forças Armadas, os membros dos Tribunais Superiores e do TCU respondem por crimes de responsabilidade perante o STF (CF, art. 102, I, c). Já os membros dos Tribunais de Justiça, dos TRFs, TRTs, TREs, TCEs, TCMs e do MPU que oficiam perante tribunais são julgados pelo STJ (CF, art. 105, I, a). Todavia, cuida-se de espécie de julgamento *sui generis*, dada a sua natureza fortemente política.

difusa/incidental, outorgando-se a juízes e tribunais o poder de, ao decidir um caso, afastar a aplicação de lei *in concreto* (CF, arts. 97, 102, III, *a a d* e 105, II, *a e b*). Pode, ainda, ser realizado de forma concentrada/abstrata, de modo que determinada questão constitucional é submetida de forma autônoma ao STF, em um processo que tem por objeto justamente a questão da constitucionalidade da norma.

As ações de controle concentrado de constitucionalidade estão previstas na Constituição Federal, nos artigos 102, 103 e 103-A. São elas a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, a Ação Direta de Constitucionalidade – ADC, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão – ADO e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. O manejo dessas ações é reservado a alguns legitimados ativos representantes de interesses coletivos, entre os quais o presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; as Mesas das Assembleias Legislativas Estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; os Governadores dos Estados ou do Distrito Federal; o procurador-geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; os partidos políticos com representação no Congresso Nacional; as confederação sindicais de âmbito nacional e outras entidades de classe de âmbito nacional.

Como esclarece Gilmar F. Mendes (2014, p. 1.085),

“(…) praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência”.

Mais recentemente, vem sendo ressaltada a importância de não se compreender o controle judicial de constitucionalidade simplesmente como um conjunto de medidas processuais que permitem a anulação das leis pelo Poder Judiciário. Cuida-se, ao contrário, de complexo componente do jogo democrático, em que a decisão judicial não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas pura e simplesmente uma parte de um diálogo incessante entre os três Poderes, como garantia da legitimidade das normas e decisões coletivas (SILVA, 2009).⁴⁶

Além do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos aprovados (ou não aprovados, dada a possibilidade de inconstitucionalidade por omissão) pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário também realiza outro tipo de controle sobre os atos da

⁴⁶ Para um estudo mais aprofundado do tema, ver também Conrado Hübner Mendes (2013), Ran Hirschl (2004), Alec Stone Sweet (2000), Rogério Arantes (2013) e Matthew Taylor (2008).

Administração Pública que têm impacto sobre os administrados. Com efeito, o Judiciário assumiu, historicamente, um papel crucial no controle do arbítrio estatal e dos abusos de autoridade ao coibir ilegalidades praticadas por autoridades públicas. O ordenamento prevê, assim, os remédios constitucionais, especificamente voltados à proteção dos direitos e liberdades individuais em face das autoridades públicas.⁴⁷

Em que pese a existência de uma divergência teórica quanto à possibilidade de chamá-los de remédios ou de garantias constitucionais (TAVARES, 2014, p. 693-696), referimo-nos aqui às “normas constitucionais que conferem, aos titulares de direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos” (SILVA, 2012, p. 189). Como sintetizam Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi (2013, p. 375),

“Os remédios constitucionais são processos regulamentados pela Constituição que objetivam reparar danos e/ou afastar impedimentos no exercício de direitos fundamentais causados por decisões estatais com vício jurídico. Utilizamos três critérios para incluir um remédio no processo constitucional no sentido amplo. Primeiro, sua regulamentação – ainda que rudimentar – na Constituição. Segundo, o fato de o Estado ser causador da lesão. Terceiro, a finalidade de tutelar direitos fundamentais”.

São eles: **(i)** o *habeas corpus*, que tutela o direito à liberdade de ir e vir; **(ii)** o *habeas data*, que assegura o conhecimento e a eventual retificação de informações pessoais que constem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; **(iii)** o mandado de segurança, que protege direito líquido e certo de ilegalidades e abusos de poder; **(iv)** o mandado de injunção, para que eventual falta de norma regulamentadora não torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; e **(v)** a ação popular, que tutela interesses coletivos como o patrimônio público, histórico e cultural, bem como a moralidade e o meio ambiente.

Ademais, incumbe ao Poder Judiciário realizar o controle de legalidade dos atos administrativos em geral, o que acontece pela via de ações de natureza civil previstas na legislação federal. Atos da Administração Pública podem ser desafiados judicialmente por meio de ações ordinárias, declaratórias ou de interditos possessórios, por exemplo.

Se, por um lado, há unanimidade quanto à possibilidade de o Poder Judiciário realizar um controle de legalidade formal (vícios de competência, forma e objeto), apenas com o tempo a doutrina passou também a admitir o controle da legalidade substancial ou material

⁴⁷ Exceção feita à ação popular, cujo manejo é atrelado à condição de cidadão no gozo dos direitos políticos por parte do autor e que, por isso mesmo, pode ser compreendida como forma de participação política (TAVARES, 2014, p. 698).

dos atos administrativo, o que permite que se analisem os seus motivos e finalidade, sob a égide do instituto do desvio de poder (GIACOMUZZI, 2013).

Há amplo e interessante debate doutrinário sobre o tema do controle judicial dos atos da Administração Pública, sobretudo no que diz respeito à sua extensão. Uma das principais questões cinge-se a saber até que ponto um Poder Judiciário não eleito e dotado de evidentes restrições institucionais teria legitimidade e condições materiais para se imiscuir em decisões políticas e administrativas tomadas pelos demais poderes, em especial pelo Poder Executivo ao elaborar políticas públicas.⁴⁸

Ressalte-se que algumas leis especiais objetivam assegurar ao poder público e às suas autoridades tratamento especial da Justiça, referindo seu poder na definição de objetivos relativos ao interesse público. A Lei do Tombamento (Decreto-Lei nº 25/1937) e a Lei de Desapropriação (Decreto-Lei nº 3.365/1941) são dois exemplos

“perfeitamente alinhados com o senso comum sobre direito administrativo, segundo o qual a Administração Pública é quem constrói o interesse público (definindo, por exemplo, que bens serão protegidos pelo tombamento), o que justifica o exercício de poderes especiais pelas autoridades administrativas (como o de declarar a utilidade pública de bens a serem desapropriados ou o de declarar a urgência da desapropriação)” (SUNDFELD, 2017, p. 325-326).

A situação, no entanto, é diversa em outras leis, como no caso da ação popular e do mandado de segurança. Com efeito, tais remédios constitucionais também se prestam ao controle de legalidade dos atos da Administração Pública, na medida em que ambos visam repelir eventuais atos administrativos ilegais e lesivos praticados por integrantes do poder público. A ação popular permite que se anule ou que se declare a nulidade de atos ilegais lesivos ao patrimônio público. Já o mandado de segurança, que pode ser individual ou coletivo, vai além, pois em vez de afrontar o Estado, contesta a pessoa da “autoridade coatora”, “violadora de direito líquido e certo”, desconstruindo a majestade da própria autoridade administrativa e fragilizando-a (SUNDFELD, 2017, p. 328). Diante deles, anulam-se atos e negócios ilegais.

Por fim, nos casos em que determinados atos praticados pelo Estado ou por seus agentes provoquem danos a terceiros, resta autorizada a incidência de normas de responsabilização. Do ponto de vista patrimonial, é possível que o particular pleiteie indenização por danos causados pelo Estado ou por pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal, o Estado

⁴⁸ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, ver especialmente Marcos Paulo Veríssimo (2006), José Reinaldo de Lima Lopes (2006), Daniel Wang (2009) e Ada Pellegrini Grinover (2014).

tem responsabilidade objetiva pelos danos causados a particulares, podendo, ainda, o agente público responder pessoalmente se tiver atuado com culpa ou dolo.

Quando, diferentemente, a atuação estatal causa danos patrimoniais e morais não a indivíduos específicos, mas a interesses coletivos e difusos, o controle pode ser feito pela via da Ação Civil Pública (ACP), prevista na Lei nº 7.347/85. Essa ação prevê ampla responsabilização de agentes públicos e privados por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social.

A ACP pode ser proposta pelo Ministério Público; pela Defensoria Pública; pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; por autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista; e por quaisquer associações que, constituídas há pelo menos um ano, incluam entre suas finalidades institucionais a proteção aos direitos e interesses coletivos protegidos pela LACP.

É o Ministério Público, no entanto, o grande protagonista da função de controle instituída no âmbito das ACPs. Após o processo de redemocratização do país e a promulgação da Constituição Federal de 1988, a garantia de uma série de direitos difusos e coletivos, lidos como direitos indisponíveis, elevou o Ministério Público à qualidade de representante desses interesses, amplificando a relevância política da instituição.

Caso determinada situação ilegal e potencialmente lesiva seja levada ao conhecimento do Ministério Público, este irá instaurar inquérito civil para apurar a responsabilidade dos agentes envolvidos, podendo, inclusive, firmar os termos de ajustamento de conduta, o que permite prevenir demandas e lides judiciais. Caso não seja possível o acordo, todavia, o inquérito poderá originar uma ACP, ao final da qual o Poder Judiciário poderá impor obrigações de fazer ou não fazer, bem como condenar a Administração, seus agentes e particulares ao pagamento de indenização pelo dano causado, verba que é revertida a um fundo de interesses difusos e coletivos gerido por um conselho federal ou por conselhos estaduais com a participação do Ministério Público e representantes da comunidade, com vistas à sua utilização para a reconstituição dos bens lesados.

A LACP é, nesse sentido, expressão de uma tendência contemporânea de que juízes e promotores, mais aparelhados, fortes e presentes, passem a disputar com os administradores a definição e a realização do “interesse público” (SUNDFELD, 2017, p. 332-336).

Caso a atuação de determinado agente público constitua crime, sua conduta pessoal pode também ser objeto de apuração e de persecução na esfera penal. A ação penal, via de regra,

é pública, devendo ser promovida pelo Ministério Público (CP, art. 100), na qualidade de responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF/88).

A esse respeito, merecem destaque os crimes praticados por funcionário público, nesta condição, contra a Administração, previstos nos artigos 312 a 326 do Código de Penal, que envolvem o peculato, a concussão, a corrupção, a prevaricação, o abandono de função, a facilitação de contrabando, a violação de sigilo funcional ou de proposta de concorrência. Por sua vez, os ilícitos de natureza eleitoral são perseguidos pela via da Justiça Eleitoral, nos termos da Lei nº 4.737/65.

Finalmente, desde o início da década de 1990, os atos de agentes públicos que causam enriquecimento ilícito próprio ou de outrem, dano ao erário ou até mesmo violação dos princípios que regem a Administração Pública também podem ser alvo das ações de improbidade administrativa, previstas na Lei nº 8.429/92. Como coloca Carlos Ari Sundfeld (2017, p. 331-332),

“a intensa judicialização em torno das questões públicas, que em tantos Países é fenômeno do século XX, aqui no Brasil esteve, no início, muito dependente do mandado de segurança, campeão da defesa individual de direitos. A ele vieram se juntar, nos últimos anos, a ação civil pública (...) e, após, a ação de improbidade, ambas instrumentos formidáveis para o Ministério Público fustigar autoridades. (...) A Lei da Improbidade é a lei de luta do Ministério Público nos ‘abusos’ contra a ‘coisa pública’.”

Como se vê, a LIA pode ser compreendida como um dos instrumentos jurídicos disponíveis para a realização do **controle externo** da Administração Pública, mediante ajuizamento da ação cabível perante o Poder Judiciário para fins de ressarcimento do erário e imposição de sanções aos agentes públicos responsáveis pela conduta ilícita e lesiva.

O Quadro 2, a seguir, ilustra, de maneira esquemática, os mecanismos externos de controle da Administração Pública brasileira, nos termos da legislação vigente:

Quadro 2 – Controles externos da Administração Pública em sentido amplo

Controle Legislativo <i>Poder de fiscalização que os órgãos do Poder Legislativo exercem sobre os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário quando executa função administrativa</i>	Controle financeiro	Processo de fiscalização de contas realizado com auxílio dos Tribunais de Contas CF, art. 70 e seguintes
	Controle político	Atos reservados ao Congresso Nacional CF, art. 49 e 50
		Atos reservados ao Senado CF, art. 52 e Lei nº 1.079/50 (julgamento por crime de responsabilidade – impeachment)
		Atos reservados à Câmara dos Deputados CF, art. 51, I e II
		Investigação pelas CPIs CF, art. 58, §3º
		Conselhos de ética e decore parlamentar Regimento interno
Controle Judicial <i>Poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário</i>	Controle de constitucionalidade das leis	Controle difuso – ações judiciais em geral
		Ação Direta de Inconstitucionalidade CF, arts. 102, 103 e 103-A e Lei nº 9.868/99
		Ação Direta de Constitucionalidade CF, arts. 102, 103 e 103-A e Lei nº 9.868/99
		Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão CF, art. 103, §2º e Lei nº 9.868/99
		Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental CF, art. 102, §1º e Lei nº 9.882/99
	Controle de ilegalidades ligadas ao abuso de autoridade <i>Remédios constitucionais dos cidadãos</i>	Habeas Corpus CF, art. 5º, LXVIII e Código de Processo Penal (Livro III, Título II, Capítulo X)
		Habeas Data CF, art. 5º, LXXII e Lei nº 9.507/97
		Mandado de Segurança (individual e coletivo) CF, art. 5º, LXIX e LXX e Lei nº 12.016/09
		Mandado de Injunção (individual e coletivo) CF, art. 5º, LXXI e Lei nº 13.300/16
		Ação popular Lei nº 4.717/65
		Controle de ilegalidades em geral
	Ação popular Lei nº 4.717/65	
	Mandado de Segurança (individual e coletivo) CF, art. 5º, LXIX e LXX e Lei nº 12.016/09	
	Sancionamento de atos ilícitos	Ação indenizatória CF, art. 37, §6º e Código Civil
		Ação Civil Pública Lei nº 7.347/85
		Ação de Improbidade Administrativa Lei nº 8.429/92
		Ação penal Código Penal e Código de Processo Penal
		Ações que tramitam perante a Justiça Eleitoral Código Eleitoral

Fonte: elaboração própria.

Cuida-se de burocracia estatal criada para controlar a própria burocracia estatal, com expansão dos órgãos especializados de controle aptos a lidar com a questão da corrupção nos Estados contemporâneos (FILGUEIRAS; AVRITZER, 2013).⁴⁹ Em razão de todos esses mecanismos de controle em vigor, encontra-se o agente público sujeito a diferentes **esferas de responsabilidade**.

Um servidor público, por exemplo, responderá administrativamente, via processo administrativo disciplinar, caso tenha praticado infração disciplinar, o que pode cominar na imposição de sanções administrativas pelo superior hierárquico. Além da responsabilidade administrativa, o desatendimento a deveres funcionais pode suscitar a responsabilização civil em caso de prejuízos para o erário público ou para terceiros em razão de ação ou omissão dolosa ou culposa, exaurindo-se com a indenização, apurada na forma do direito civil, perante a justiça comum (ação civil, ação popular ou ação civil pública). Por fim, pode ainda responder criminalmente em casos de infrações ou crimes praticados na qualidade de servidor público.⁵⁰ Caso as infrações caracterizem crime eleitoral, a responsabilização ocorrerá perante a Justiça Eleitoral, nos termos da Lei nº 4.737/65.

Já o agente político, que não está submetido à responsabilidade administrativa disciplinar, sujeita-se ao controle político exercido nos moldes da Constituição Federal, dos regimentos internos dos respectivos Poderes e da Lei de Crime de Responsabilidade, processada perante o Legislativo, além das responsabilidades civil, penal e eleitoral.

A todas essas esferas de responsabilidade, acrescenta-se a improbidade administrativa. A improbidade administrativa exsurge, assim, como mecanismo de responsabilização distinto e independente, mas que se sobrepõe a outros já existentes.

É importante ter em conta, no entanto, que nos casos envolvendo práticas de improbidade administrativa, nem sempre se verifica a atuação apenas de um agente público.

⁴⁹ Um dos aspectos negativos desse fenômeno é que a criação de um processo de vigilância permanente termina por interferir na eficiência da Administração Pública, ao criar poucos incentivos à cooperação interinstitucional, um processo de decisão lento, uma supercentralização da autoridade e uma gerência defensiva e pouco criativa que se desvia em relação aos seus próprios objetivos institucionais (FILGUEIRAS; AVRITZER, 2013, pp. 218-219). Por outro lado, é certo que a alternativa de estruturar o controle da corrupção a partir da desregulamentação, com a oferta privada de bens públicos e da autonomia do mercado também se provou, historicamente, inadequada, ao revelar-se incapaz de conter os avanços das práticas de corrupção (Ibidem, p. 216). Justamente diante dessas dificuldades é que autores como Filgueiras e Avritzer (Ibidem, p. 222) vêm defendendo a necessidade de complementar os instrumentos de controle administrativo-burocrático e judicial com o controle público não estatal, exercido pela sociedade civil em ambiente democrático a partir da implementação de instrumentos que possibilitem e incentivem o debate público, a ampliação da participação e do controle público sobre as ações do governo e o conteúdo das políticas públicas.

⁵⁰ A divisão das esferas de responsabilidade em três (administrativa, civil e penal) é proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, pp. 324-326).

Embora isso possa acontecer, com frequência os casos de improbidade envolvem também a participação de particulares. É possível, portanto, visualizar o regime jurídico da improbidade administrativa inserido em uma **zona de intersecção** entre, de um lado, o controle estatal, exercido sobre os seus servidores e agentes, fundado na premissa de que seus atos devem adequar-se aos limites da legalidade, e, de outro lado, o direito sancionador voltado à punição dos particulares que desobedeçam às leis vigentes no seu relacionamento com o Estado.

Os particulares também estão submetidos à responsabilização civil, penal e eleitoral, além de poderem ser sancionados pela Administração Pública direta no exercício do poder de polícia. A expressão é aqui tomada em sentido restrito para designar as “intervenções, quer gerais e abstratas (...) quer concretas e específicas (...) do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 815).⁵¹

Caso sejam pessoas jurídicas, estarão também sujeitas à responsabilização pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁵² e, a depender da atividade que exerçam, a eventuais sanções cominadas pela Administração indireta, via agências reguladoras,⁵³ ou, ainda, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ou pelo Banco Central do Brasil (BACEN). Por fim, mais recentemente, com a edição da Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), criou-se ainda mais um regime de responsabilização de pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos à Administração Pública.⁵⁴ As sanções nela previstas, podem ser aplicadas na esfera administrativa ou na esfera judicial, conforme o caso, mas sem excluir os processos de responsabilização baseados na LIA.

⁵¹ No mesmo sentido, ver também Marçal Justen Filho (2009, pp. 488-561).

⁵² O CADE é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. Tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, por investigar e punir condutas de cartelização ou outras nocivas à livre concorrência, além de promover medidas preventivas e educativas. Mais informações podem ser obtidas diretamente no site, através do link <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional>>. Acesso em 8 de março de 2019.

⁵³ As agências reguladoras são autarquias sob regime especial criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 172). Multiplicaram-se, no Brasil, com a Reforma Administrativa que, na década de 1990, desconstituiu um modelo de desenvolvimento econômico baseado na centralidade estatal paralelamente à abertura do mercado brasileiro às disputas comerciais internacionais, com a privatização dos serviços públicos. A elas incumbe a regulamentação técnica no sentido de tentar solucionar a tensão entre as necessidades dos usuários (efetivação de direitos) e os imperativos econômicos dos prestadores (persecução lucrativa) e de garantir o funcionamento de uma economia concorrencial em segmentos dotados de extensas falhas de mercado. Para um panorama esclarecedor sobre os setores regulados, ver Mario G. Schapiro (2009).

⁵⁴ O regime de responsabilidade dessa nova lei é mais flexível, admitindo-se até mesmo a responsabilidade objetiva. As sanções, todavia, são praticamente idênticas àquelas impostas pela LIA.

Existe, assim, uma série de processos de responsabilização distintos, mas não mutuamente excludentes, voltados à imposição de sanções em razão da prática de ilícitos disciplinados por diversas áreas do direito. A tendência, na prática, é a de que os diversos regimes normativos sejam suscitados simultaneamente. Grande parte dos ilícitos que podem ser enquadrados como atos de improbidade administrativa também se encontram tipificados pela legislação penal. Grande parte também poderia ser enquadrada na Lei Anticorrupção. Outros poderiam dar origem a demandas civis de ressarcimento ou, ainda, a processos administrativos disciplinares. Desse modo, determinadas condutas *in concreto* podem dar origem a distintos processos de responsabilização, o que se convencionou chamar de “fenômeno da **múltipla incidência**” (GIACOMUZZI, 2013, p. 292; MACHADO, 2015, p. 196).

A própria norma constitucional prevê que a responsabilização por ato de improbidade administrativa processa-se “sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37, §4º). Da mesma forma, a LIA prevê a cominação de sanções aos atos ímprobos, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica” (art. 12).

Referenciando Pontes de Miranda, José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 302) sustenta ser “lugar-comum a observação de que um único e mesmo fato ou comportamento humano pode surtir vários efeitos no mundo do Direito, bastando que mais de uma regra jurídica o preveja como suporte fático de sua incidência”.

A existência de diversas instâncias punitivas e a concorrência entre instituições para a repressão de ilícitos não é incomum e justifica-se “ao minimizar os riscos de captura do sistema de controle, além de suprir eventuais falhas técnicas, motivacionais ou circunstanciais, além de deficiências estruturais dos órgãos encarregados da ação sancionadora estatal” (DOBROWOLSKI, 2018, p. 148). Dessa forma, eventuais dificuldades à efetividade e eficácia da repressão estatal em determinado âmbito, subsiste margem para a punição e a reparação dos danos em outros campos.

Assim, um único e mesmo fato pode dar origem a dois ou mais procedimentos de responsabilização. Bastante problemático, no entanto, é o fato de que as normas vigentes não esclarecem exatamente de que maneira tais procedimentos devem ser coordenados.

Alguns autores buscam evidenciar como deve ser realizada a coordenação entre esferas de responsabilidade. Isso se verifica, especialmente, nos casos em que há ação de improbidade administrativa e ação penal para punir crimes contra a Administração Pública. Nesse sentido, José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 302) sustenta que:

“se crime há, o fato é necessariamente um ilícito de improbidade, desde que o agente se enquadre nos ditames dos arts. 2º e 3º da LIA, que definem os sujeitos ativos dos

atos ímprobos. O inverso não será necessariamente verdadeiro, mas, devido à forte similitude descritiva das condutas, e considerando o exigente elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade, a condenação judicial do ímprobo faz prova da existência do ilícito penal, restando, em verdade, analisar somente a adequação típica do fato e a culpabilidade do agente” (p. 302-303).

Por esse prisma, o fenômeno da múltipla incidência aponta para as exigências dogmáticas, geralmente mais reduzidas para a configuração do ilícito civil – seara na qual a legislação prevê até mesmo a responsabilidade objetiva –, mas progressivamente mais extensas para que se possa falar em configuração de ilícito penal, aumentando-se os standards de prova para a superação da presunção de inocência, exigindo-se a tipicidade estrita, além de serem mais rígidos os requisitos de imputação subjetiva, que via de regra dependem da demonstração de dolo.

Situando o ilícito de improbidade entre os campos penal e civil, Fernando G. Neisser (2018) sustenta a necessidade de uma aplicação matizada de ambos os regimes processuais às ações de improbidade administrativa. Resta à doutrina, no entanto, a tarefa de elaborar exatamente de que forma esses regimes processuais devem se integrar e conjugar nas ações de improbidade administrativa. Parte relevante do debate sobre a delimitação dos contornos de um regime jurídico de responsabilização por ato de improbidade administrativa parece estar ocorrendo, na dogmática jurídica brasileira, sob o manto da discussão sobre a adequação da LIA ao Direito Administrativo Sancionador e aos contornos dogmáticos impostos por esse ramo do Direito, como se viu anteriormente.

Do ponto de vista processual, esse fenômeno inaugura um debate relevante sobre a possível alocação de ações de proteção da moralidade administrativa, como as ações previstas na LIA no **microssistema processual das ações destinadas à tutela de direitos coletivos em geral** – composta pelos instrumentos destinados à defesa do direito do consumidor, à proteção do meio ambiente e aos bens de interesse histórico, artístico e cultural, como o Código de Defesa do Consumidor, a Ação Civil Pública e a Ação Popular.⁵⁵ De fato, um mesmo ato pode ser objeto de uma ação de improbidade administrativa, de uma ação civil pública e de uma ação popular, por exemplo.

Como esclarece Júlio Camargo de Azevedo (2012, p. 117-119),

“um microssistema legal pode ser definido como a instrumentalização harmônica de diversos diplomas legais (Constituição Federal, Códigos, Leis especiais, Estatutos etc.), destinados ao trato particular de determinada matéria, cuja amplitude e peculiaridade exijam aplicação conjunta dos comandos normativos para efetiva aplicação de seus ditames.
(...)”

⁵⁵ Sobre o tema, ver Susana Henriques da Costa (2006).

O microsistema de processo coletivo pode ser tomado como o microsistema mais complexo do direito brasileiro. (...) baseia-se, essencialmente, em dois diplomas fundamentais que acompanham todo e qualquer procedimento que se instaure a título de processo metaindividual. São eles: a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). (...)

São inúmeras as outras legislações que compõem o microsistema, podendo-se citar (...) as legislações referentes à Habitação e Urbanismo (Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257/2001 e Parcelamento do Solo – Lei n. 6.766/79); ao Meio Ambiente (Código Florestal – Lei n. 4.771/65; Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental – Lei n. 6.902/81; Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938/81; lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – Lei n. 9.985/2000; Proteção do Bioma Mata Atlântica – Lei n. 11.428/2006; Política Nacional de Biossegurança PNB – Lei n. 11.105/2005 etc.); aos Portadores de Deficiência (Política nacional da pessoa com deficiência – Lei n. 7.853/89; Prioridade de atendimento – Lei n. 10.048/2000; Promoção da acessibilidade – Lei n. 10.098/2000; Direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais – Lei n. 10.216/2001 etc.); à Saúde (Lei Orgânica do SUS – Lei n. 8.080/90); à proteção do Patrimônio Público (Lei de Improbidade Administrativa - Lei n. 8.429/92; Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 8.666/93), entre outras”.

A esse respeito, já entendeu o STJ que a LIA, juntamente com as leis de ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, além do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se.⁵⁶

Uma das características mais importantes dessa compreensão sistemática é a confluência de uma série de normas que conferem maior abertura cognitiva ao processo, invertendo-se ou distribuindo-se o ônus da prova entre as partes conforme sua capacidade de produzi-las ou fazendo incidir mais incisivamente o princípio da precaução ou a responsabilidade objetiva por determinados tipos de dano, de modo a possibilitar a melhor proteção possível ao bem jurídico coletivo tutelado.

Em razão dessa grande abertura, sobretudo no que diz respeito ao ônus da prova e à dilação probatória, há quem sustente que, ainda que a defesa da moralidade administrativa deva ser enquadrada na categoria de interesse geral, as técnicas processuais mais características do microsistema de processo coletivo não são integralmente adequadas aos processos de cunho sancionatório, como é o caso das ações de improbidade administrativa.⁵⁷ A esse respeito, Igor S. Tamasauskas (2019, p. 95-98) defende que seria mais adequado alinhar as **ações destinadas à tutela da moralidade** segundo o direito material perseguido e, portanto, mediante um modelo de constatação mais rígido:

⁵⁶ STJ, REsp 510.150/MA, 1ª Turma, j. 17.02.2004.

⁵⁷ A esse respeito, ver Sarah Merçon-Vargas (2018).

“(...) as técnicas usualmente utilizadas para a defesa dos demais interesses coletivos (consumidor, meio ambiente, patrimônio histórico etc.) contrariam a ideia de existir, do outro lado da balança, um indivíduo sujeito às penalizações severas da Lei de Improbidade para ficar nesse exemplo. (...) Parece-nos, portanto, mais consentânea com a lógica de um processo sancionatório a noção de um *sistema de defesa da moralidade*, de que tratam Moreira Neto e Freitas (2014) ou um *microsistema de tutela ética nas relações político-administrativas*, mencionado por Ferraz (2014). (...) As ações destinadas à tutela da moralidade administrativa [ação popular, ação civil pública, MS coletivo e ação de improbidade administrativa] compõem um conjunto próprio de instrumentos processuais com viés marcadamente sancionatório, ainda que se tenha como objeto, nalgumas hipóteses, somente a recomposição do erário”.

Para além das dúvidas que o fenômeno da múltipla incidência suscita quanto à necessidade de matização dos regimes de responsabilidade e das regras processuais aplicáveis nos casos de improbidade administrativa, outra questão relevante se coloca no nível institucional, quando da aplicação da LIA, que diz respeito à coordenação dos processos de responsabilização conduzidos pelos diversos órgãos responsáveis pelo *enforcement* de diversos programas jurídicos sancionatórios. Isso porque faltam, no ordenamento jurídico brasileiro, maiores definições quanto à coordenação entre as diversas esferas de responsabilidade que podem ser acionadas em caso de um ato que configure, simultaneamente, improbidade administrativa, crime e ilícito administrativo, por exemplo.

De maneira geral, a normatização vigente apenas esclarece que, se a ação penal for julgada antes, haverá prova sobre a existência do fato e sobre a autoria. Caso contrário, abre-se espaço para que sejam proferidas decisões contraditórias. Além disso, fica indefinido se um processo deveria ser suspenso para aguardar o julgamento do outro, se deveria ocorrer o compartilhamento de provas e se o juízo cível deve ou não ter em conta a sanção criminal aplicada para o mesmo caso ou vice-versa, de modo a evitar a desproporcionalidade da sanção (MACHADO, 2015).

Se já são graves as dificuldades ao considerarmos casos processados como improbidade perante o juízo cível e como corrupção perante o juízo criminal, elas se ampliam ao se considerar o fato de que outras esferas de responsabilização também podem ser mobilizadas nesses casos. A confusão que pode decorrer concretamente dessa situação é claramente ilustrada por Walfrido Warde (2018, p. 47-48), ao intentar uma análise das consequências dos acordos de leniência firmados no bojo da Operação Lava Jato:

“em meio ao que parece uma indefinição de competências institucionais (...) as empresas não sabem com quem falar. (...) A empresa que celebra um acordo com o Ministério Público não se livra da pesada mão do Estado; pode, independentemente desse acordo, ser declarada inidônea pela CGU ou pelo TCU. A indenização e a multa podem ser revistas e aumentadas. Quando a empresa se convence de que se livrou de uma ação de improbidade ou de qualquer outra medida judicial proposta pelo Ministério Público, descobre que esse não é, digamos, o entendimento da AGU, que também é competente para ajuizar essas demandas. Pode ainda acreditar que está quite

com algum ou com todos esses órgãos, e ser condenada por prática anticoncorrencial pelo CADE, ou por afronta à regulação do sistema financeiro e do mercado de capitais pelo BACEN e pela CVM, respectivamente. Sem que haja segurança sobre os benefícios da cooperação, não há leniência”.

Essa situação decorre do fato de que, como se viu, as instituições de controle e os regimes de responsabilização se superpõem e poucas são as iniciativas pelo estabelecimento de mecanismos de cooperação entre eles. Busca-se, sobretudo, preservar a autonomia de cada ente para conduzir o processo de responsabilização em seu correspondente âmbito, sem que haja qualquer ordem de primazia do exercício do controle entre as diversas instituições, que passam a competir entre si (MARQUES NETO; PALMA, 2017, p. 33).

Não se trata, evidentemente, de propor um regime único de responsabilização. Além de se tratar de uma realidade institucional cristalizada e, portanto, de difícil alteração na prática, é a diversidade de regimes sancionatórios, com diferentes possibilidades para que se descubram, investiguem e responsabilizem agentes políticos ímprobos e corruptos, que garante, em boa medida, a potência do sistema de controle. Todavia, uma maior clareza a respeito do regime de compartilhamento de provas entre as diferentes esferas e a autonomia decisória de cada uma delas seria um passo relevante no sentido de garantir maior segurança jurídica aos destinatários das normas.

A matriz a seguir sintetiza, de maneira simplificada, como diferentes programas jurídicos sancionatórios podem incidir sobre os agentes em caso de conduta lesiva ao patrimônio público ou à Administração Pública:

Matriz 1 – Programas jurídicos sancionatórios incidentes em caso de conduta lesiva ao patrimônio público ou à Administração Pública, em função da pessoa imputada

Programas jurídicos sancionatórios		Agente público		Agente privado	
		Servidor público	Agente político	Pessoa física	Pessoa jurídica
Via Poder Judiciário	Ação civil indenizatória/regressiva (Código Civil, art. 927 e CF, art. 37, §6º)	X	X	X	X
	Ação Popular (Lei nº 4.717/65)	X	X	X	X
	Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85)	X	X	X	X
	Ação penal (Código Penal e Código de Processo Penal)	X	X	X	
	Ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92)	X	X	X	X
	Ação prevista na Lei anticorrupção (Lei nº 12.846/13)				X
Via Poder Executivo	Processo Administrativo Disciplinar Estatuto do servidor	X			
	Processo administrativo sancionatório de ilícitos administrativos – Adm. Direta			X	X
	Processo administrativo sancionatório de ilícitos administrativos – Adm. Indireta (Autarquias e agências reguladoras, como BACEN, CVM, ANEEL, ANATEL, etc.)			X	X
	Processo Administrativo para Imposição de Sanções por Infrações à Ordem Econômica – CADE			X	X
	Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13)				X
Via Poder Legislativo	Crime de responsabilidade (Lei nº 1.079/50)		X		

Fonte: elaboração própria.

O fenômeno da múltipla incidência gera, ainda, preocupação no que diz respeito à possibilidade de imposição de diversas sanções, por diversos órgãos, a uma determinada pessoa em razão de um único fato. Com efeito, se a independência entre esferas de responsabilização for interpretada como se autorizasse a cumulação de sanções, o agente público poderá sofrer sanções administrativas, civis, políticas e criminais pelo mesmo ato de corrupção ou improbidade administrativa, o que acarretaria violação ao princípio do *ne bis in idem* (MACHADO, 2015).

O mesmo fenômeno também se verifica em outros países e, na ausência de soluções legislativas, vem demandando dos tribunais a construção de mecanismos de integração dos diferentes ramos integrantes do aparato sancionador do Estado, justamente com vistas a evitar a irrazoabilidade de um indivíduo se ver confrontando o Estado em diversas frentes,

procedimentos e ritos. Como esclarecem Adriano Teixeira, Heloisa Estellita e Marcelo Cavalli (2018),

“nos EUA, essa política de sobreposição de sanções foi alcunhada de *piling on*, numa referência ao termo utilizado no futebol americano quando os jogadores saltam uns sobre os outros, formando uma pilha sobre um único oponente já neutralizado – algo parecido com o nosso popular “montinho”. Outra alegoria que ilustra bem a situação da pessoa que se vê confrontada com a multiplicidade de mecanismos repressivos é a Ogura da Hidra de Lerna, que tinha, segundo a lenda, corpo de dragão e várias cabeças de serpente. No lugar de cada cabeça do monstro mitológico cortada por Hércules, nasciam outras duas.

Esse acúmulo sancionatório baseado em uma só conduta não precisa ser aceito passivamente como mero dado da realidade. Aquele que comete infrações contrárias a bens jurídicos relevantes deve ser adequadamente punido, mas não parece razoável que tenha que se defrontar com várias cabeças do mesmo Estado (...)

Ao princípio do *ne bis in idem* (proibição de dupla punição), tradicionalmente reconhecido no âmbito de um aparato sancionador de mesma natureza ou de um mesmo ramo do direito, tem sido atribuída vigência também entre infrações de naturezas jurídicas distintas, como as do Direito Administrativo e as do Direito Penal. Isso se faz notar de modo especial na nova jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que muito recentemente tratou diretamente do assunto”.

Segundo Regina Helena Lobo da Costa (2014, p. 115), embora não seja tão evidente, a impossibilidade de imposição de diversas sanções de naturezas diversas sobre o mesmo fato decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade, em sua vertente de necessidade, que deve ser observado sobretudo em termos de política sancionadora, por viabilizar uma atividade sancionatória mais legítima, mais clara para o destinatário da norma, mais proporcional e menos dispendiosa para o Estado. Para a autora,

“essa concepção de independência entre as instâncias nega todos esses pontos de contato entre direito administrativo e direito penal, como se pudessem se desenvolver um paralelamente ao outro, criando um fechamento artificial no sistema e gerando, por consequência, resultados muitas vezes insatisfatórios em termos de coerência e lógica jurídicas” (LOBO DA COSTA, 2014, p. 113).

De fato, para que a atividade sancionadora do Estado opere de maneira legítima e racional, faz-se necessário o desenvolvimento de uma política sancionadora integrada, que viabilize a interpretação e a aplicação sistematizada das normas e delimite as regras de contato entre os diferentes regimes de responsabilização, estabelecendo regras para a prevalência de um ou outro órgão quando houver competências comuns, sob pena de não se poder falar, como vem-se pretendendo, em um “microsistema normativo anticorrupção”. Evidentemente, a existência de um *sistema* implica, necessariamente, uma ordenação das diversas normas e instituições atuantes em uma dada realidade.

Típico do regime da improbidade administrativa, o fenômeno da múltipla incidência desencadeia debates jurídico-dogmáticos relevantes, essenciais para a construção de

um regime dogmático específico às improbidades, mas ainda sem resolução definitiva. Restam indefinidos o regime de processual aplicável, bem como a forma de coordenação entre as diferentes instituições responsáveis pelos distintos programas jurídicos sancionatórios que podem incidir sobre um mesmo ato, desembocando no problema da incidência do princípio do *ne bis in idem* à espécie.

Com efeito, todos os órgãos envolvidos nas atividades de controle disputam entre si a interpretação da legalidade para definir o que se considera improbidade administrativa e qual a resposta que se lhe deve dar. Tais atores agem baseando-se em um conceito formal e altamente abstrato do que seja o interesse público, o qual é extraído do ordenamento jurídico e das normas legais válidas e que depende, em última análise, da interpretação realizada pelo Judiciário, que atua segundo critérios próprios do campo jurídico e comunica as suas compreensões como verdade inerente à vida pública (FILGUEIRAS; AVRITZER, 2013).

A LIA não é clara quanto aos critérios de responsabilização por improbidade administrativa e a forma pela qual essas demandas devem ser processadas. As omissões legislativas quanto às garantias processuais aplicáveis ou não às ações de improbidade administrativa, de caráter sancionatório, aliadas à falta de bases dogmáticas mais estruturadas sobre o tema impõem dificuldades à aplicação da norma. Essa situação parece abrir espaço para o subjetivismo do aplicador, além de criar condições para que os atores sociais vinculados à aplicação da norma – e que ocupam as posições de autor, de réu e de juiz – se engajem em uma disputa pelos sentidos da norma e da proteção à moralidade administrativa por ela veiculada.

Em vigor desde 1992, a LIA é tida como imprescindível para os esforços voltados à eliminação da corrupção. Os resultados de sua aplicação pelos tribunais, no entanto, em seus quase trinta anos de vigência, ainda não são inteiramente claros.

1.3 O RETRATO ATUAL DA APLICAÇÃO DA LIA

O universo de ações de improbidade administrativa é bastante extenso e se hoje é possível conhecê-lo minimamente, isso em grande medida se deve à edição recente de uma série de relatórios e de pesquisas empíricas de grande fôlego elaboradas por grupos de pesquisa com apoio governamental.⁵⁸

⁵⁸ Embora pesquisas empíricas sobre a efetividade LIA tenham se tornado mais frequentes e disponíveis, é de se notar que ainda não são frequentes os esforços de comparação dos resultados encontrados por cada uma delas. Além do mais, as pesquisas são frequentemente realizadas com base nos dados informados pelos Tribunais ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), havendo uma série de entraves metodológicos que poderiam ser aprimorados.

Com efeito, sobretudo órgãos como o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça vem investindo tempo e recursos públicos na compreensão da forma pela qual as leis relativas à corrupção e à improbidade administrativa vêm sendo efetivamente implementadas no Brasil. Essa iniciativa se explica em um contexto internacional mais amplo, no qual o tema do combate à corrupção vem ganhando força.

De fato, internacionalmente o combate ao crime organizado e ao terrorismo conduziu a uma tendência de uniformização da legislação penal econômica que se expandiu para as demais áreas do direito estatal. Como bem esclarece Maíra Rocha Machado (2003, p.16),

“no plano jurídico, há muito já se diagnostica que as funções reguladoras dos Estados-nação derivam e dependem dos imperativos formulados por organizações internacionais (FMI, OMC, Banco Mundial etc.) e pelas empresas multinacionais dos Estado hegemônicos. Se o impulso à transnacionalização do campo jurídico teve início no âmbito do direito econômico e no esforço de regulação jurídica do fenômeno da internacionalização do capital, hoje parece alcançar, sob diferentes formas e intensidades, todo o direito estatal”.

Os países são, assim, conduzidos por agências internacionais a adotar novas normas em determinados âmbitos em troca de acesso a mercados, tecnologias e linhas de financiamento favoráveis (FARIA, 2018). E temas como o combate à corrupção ganham ênfase,⁵⁹ tanto que o próprio CNJ, ao compilar dados estatísticos sobre os processos que tratam de lavagem de dinheiro, corrupção e improbidade administrativa, justificou a medida em função das seguintes finalidades:

Subsidiar o Estado brasileiro no processo de avaliação de implantação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – UNCAC; (...)
Dar cumprimento à Ação 1/2001 da Estratégia Nacional contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro – ENCLA, da qual o CNJ é coordenador, que consiste em

Como relatam Jaqueline Barbão e Fabiana Luci Oliveira (2018, p. 26), por exemplo, o Cadastro de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa “não inclui informação sobre a classe processual e, uma vez que um mesmo processo pode trazer condenação em decorrência de mais de um ato (ou crime) praticado, a separação das condenações entre improbidade administrativa, crimes contra a Administração Pública e inelegibilidade torna-se difícil, podendo um mesmo processo incidir em mais de um tipo de condenação”. Há, ainda, indicação de que existem problemas no preenchimento e na frequência de atualização dos dados por parte dos tribunais. Apesar das limitações existentes, no entanto, as pesquisas permitem conhecer, ainda que de forma aproximada, a atuação do Poder Judiciário no combate à prática de atos ímprobos.

⁵⁹ O Brasil já ratificou três tratados internacionais que preveem a cooperação internacional no combate à corrupção: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da OEA; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e promulgada por meio do Decreto nº 5.687/06, e que complementa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto nº 5.015/04, conhecida como Convenção de Palermo (GRECO FILHO; RASSI, 2004, p. 323).

“implementar mecanismos de levantamento de dados e estatísticas nos órgãos relacionados ao combate à corrupção, à improbidade administrativa e à lavagem de dinheiro, inclusive de recuperação de ativos existentes”;
Subsidiar o Estado brasileiro no processo de resposta ao Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI, que avaliou de forma desfavorável as ações brasileiras para o combate à lavagem de dinheiro, especialmente em decorrência da falta de estatísticas processuais
(CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

Como se vê, a exigência, por parte de organismos internacionais, de que fossem criados mecanismos para fazer frente à corrupção e à improbidade administrativa contribuiu para o aumento dos investimentos por parte do Estado brasileiro em pesquisas que permitam, em alguma medida, diagnosticar como esse controle vem sendo feito pelo Poder Judiciário no Brasil, de modo a permitir também a eventual implantação de melhorias.

Os dados expostos a seguir apresentam algumas limitações importantes. Em primeiro lugar, sua obtenção depende sobremaneira das informações prestadas pelos tribunais, sendo, portanto, impactados pelas variações na estrutura e organização dos tribunais brasileiros. Ademais, em diversos estudos, as informações compiladas sobre improbidade administrativa não são separadas daquelas relativas aos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, dificultando um diagnóstico preciso e específico sobre a aplicação da LIA. De todo modo, a partir dos dados já divulgados parece possível extrair conclusões relevantes sobre o fenômeno da improbidade administrativa no Brasil.

A base do “Selo Justiça em Números” apontou a existência de mais de 36 mil processos em tramitação na classe “improbidade administrativa” no ano de 2015 no país (BARBÃO; OLIVEIRA, 2018, p. 27-28).⁶⁰ Esses processos, conforme verificaram as autoras, tramitam mais devagar que a média dos processos em geral, apresentando uma taxa de congestionamento⁶¹ de 95,3% em 2015, comparada à taxa total de congestionamento observada de 72,2% para o mesmo ano.

Tal realidade, a longo prazo, acarreta um acúmulo de processos não decididos, o que vai na contramão da tendência atual de busca por celeridade e eficiência na prestação jurisdicional. Por esse motivo, mais recentemente, as ações de improbidade administrativa passaram a ser alvo de políticas judiciárias específicas, justamente com vistas à redução desse estoque de ações sem desfecho ao longo de anos de tramitação.

⁶⁰ Esse número exclui os tribunais de justiça estadual de São Paulo e Rio Grande do Norte, e os tribunais federais da 1ª e 3ª regiões, que não forneceram os dados, e contabiliza ações civis e penais, relativas a processos sobre corrupção, lavagem de dinheiro e improbidade administrativa.

⁶¹ A taxa de congestionamento é o indicador que determina o percentual de processos que tramitou durante um ano e que não foi baixado.

Em 2013, o CNJ estabeleceu, entre suas metas,⁶² a de identificar e julgar, até 31 de dezembro de 2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública, distribuídas até 31 de dezembro de 2011 (meta 18).⁶³ A partir de 2014, o CNJ passou a fixar metas para identificar e julgar, até o final de cada ano, um determinado percentual de todas as ações de improbidade administrativa e as ações penais relacionadas a crimes de corrupção e contra a Administração Pública, distribuídas em determinados períodos (meta 4). Essa abordagem vem se repetindo desde então, de 2015 a 2019.⁶⁴

A esse respeito, é interessante notar o tratamento unificado que o Poder Judiciário vem dispensando às ações de improbidade administrativa e às ações penais envolvendo os crimes de corrupção e contra a Administração Pública ao formular as metas de política judiciária, revelando mais uma vez a forte e inescapável vinculação entre a noção de improbidade administrativa e o regime sancionatório do Direito Penal na dogmática jurídica brasileira.

⁶² As Metas Nacionais do Poder Judiciário, voltadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, com incremento da celeridade, eficiência e qualidade, são votadas e aprovadas pelos presidentes dos tribunais no Encontro Nacional do Poder Judiciário. O evento é anualmente organizado pelo CNJ para reunir a alta administração dos tribunais brasileiros. A esse respeito, ver <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/sobre-as-metas>. Acesso em 7 de fevereiro 2019.

⁶³ As metas para o Judiciário brasileiro nos anos de 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 e 2018 podem ser consultadas no endereço: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-de-exercicios-antiores?id=17513>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2019.

⁶⁴ A meta fixada para o ano de 2019 foi “priorizar o julgamento dos processos relativos à corrupção, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar da União e dos Estados). Identificar e julgar até 31/12/2019:

- No Superior Tribunal de Justiça: 99% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2016 e 85% das ações distribuídas em 2017;
- Na Justiça Militar da União: pelo menos 95% das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública, abrangendo, inclusive, a Lei 13.491/17 distribuídas até 31/12/2017 no STM, e 90% das distribuídas até 31/12/2017 no 1º grau;
- Na Justiça Estadual: 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública, distribuídas até 31/12/2016, em especial a corrupção ativa e passiva, peculato em geral e concussão;
- Na Justiça Federal: FAIXA 1: 70% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2016; FAIXA 2: 60% das ações de improbidade administrativa e das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública distribuídas até 31/12/2016;
- Na Justiça Eleitoral: 90% dos processos referentes às eleições de 2016 e 75% dos processos de candidatos eleitos nas Eleições 2018, distribuídos até 31/12/2018, que possam importar na perda de mandato eletivo;
- Nos Tribunais de Justiça Militar Estaduais: pelo menos 93% das ações penais relacionadas a crimes contra a Administração Pública, abrangendo, inclusive, a Lei 13.491/17, distribuídas até 31/12/2017 no 1º grau, e pelo menos 95% das distribuídas no 2º grau até 31/12/2018.

Disponível no endereço

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/01/d95c425e46cb84cf72cce3f1079c1776.pdf>>. Acesso em 7 de fevereiro de 2019.

As metas estabelecidas pelo CNJ, ainda que nem sempre sejam efetivamente cumpridas, indicam uma prioridade no foco da atuação do sistema de Justiça e, ademais, exercem pressão sobre a atuação de juízes e tribunais, monitorados pelo Conselho.

Produzir e publicar informações sobre o represamento dos processos de corrupção e improbidade administrativa pode, no entanto, ter efeitos perversos, ao criar incentivos reputacionais para que os atores do sistema de justiça acelerem os julgamentos ou, ainda, deem prioridade aos casos de corrupção, que em geral não envolvem réu preso, em detrimento de tantos outros casos em que isso se verifica (MACHADO, 2015, p. 195). Ademais, convém questionar o potencial que esse tipo de programa de metas apresenta para, efetivamente, promover a alteração das práticas e dos padrões institucionais no longo prazo.

Do que se tem ciência hoje, a partir de pesquisas de viés quantitativo e estatístico já realizadas, **as ações de improbidade administrativa são, em geral, movidas pelo Ministério Público.** Uma pesquisa bastante abrangente realizada por pesquisadores da USP em 2011 a pedido da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) concluiu que mais de 58% das ações analisadas naquela oportunidade haviam sido propostas pelo Ministério Público Estadual e 30,44% pelo Ministério Público Federal, enquanto apenas 9,9% das demandas haviam sido ajuizadas pelas entidades lesadas (ALVES DA SILVA; HENRIQUES DA COSTA, 2011, p. 51).

Da mesma forma, outra pesquisa, realizada em 2015 a pedido do CNJ e que também analisou processos provenientes de todo o território nacional, concluiu que 74,02% dos processos de improbidade administrativa foram iniciados pelo Ministério Público (GOMES JUNIOR, 2015, p. 25-26).

Já quanto ao polo passivo, **as condenações recaem, majoritariamente, sobre homens.** Segundo Jaqueline Barbão e Fabiana Luci Oliveira (2018, p. 30), dos 4.291 condenados identificados como agentes públicos nos processos constantes do Cadastro Nacional de Condenados por Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI),⁶⁵ apenas 727 são mulheres, enquanto 3.564 são homens. No mesmo sentido vão as conclusões de Luiz Manoel Gomes Junior (2015, p. 17), segundo o qual “mais de 78% dos processos foram movidos contra pessoas do sexo masculino, sendo que 9% não

⁶⁵ O CNCIAI foi criado pelo CNJ e reúne informações sobre pessoas físicas e jurídicas definitivamente condenadas por atos de improbidade administrativa e por atos que ocasionem inelegibilidade. Para mais informações, ver Jaqueline Barbão e Fabiana Luci Oliveira (2018).

indicaram a resposta”. Tal situação é coerente com a prevalência da atuação masculina na política e na esfera pública no Brasil.⁶⁶

Além disso, **via de regra, os agentes públicos são mais condenados do que as pessoas físicas e as empresas**. Entre os processos analisados por Gomes Junior (2015, p. 17) 71% foram movidos contra agentes públicos. Também Paulo Eduardo Alves da Silva e Susana Henriques da Costa (2011, p. 52) concluem pela “prevalência de réus agentes públicos (1.192 réus), seguido por réus pessoas jurídicas (444 réus) e, por fim, réus pessoas físicas (259 réus)”.

Dados mais recentes dão conta de que os agentes públicos são 65,4% dos condenados – grande parte dos quais com cargo eletivo (BARBÃO; OLIVEIRA, 2018, p. 29-30). Com efeito, **o agente político detentor de mandato é a espécie de agente mais demandado**, conforme apontam Paulo Eduardo Alves da Silva e Susana Henriques da Costa (2011, p. 53):

“do total de casos em que foi possível identificar que o réu era agente político, 46,09% dos casos envolviam agentes políticos detentores de mandato, 11,18% envolviam agentes políticos de cargo comissionado, 1,27% dos casos envolviam magistrados e nenhum caso foi verificado contra promotor de justiça (aqui representando a classe de membros do Ministério Público tanto Estadual quanto Federal)”.

Por fim, é de se notar que, em geral, **os agentes políticos que são condenados por improbidade administrativa costumam exercer cargos na Administração Municipal**. Jaqueline Barbão e Fabiana Luci Oliveira (2018, p. 30) informam que, dos 2.013 agentes públicos com cargos eletivos condenados por improbidade administrativa constantes do CNCIAI, 1.572 são prefeitos ou vice-prefeitos. Semelhantemente, a pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (2012, p. 14) chegou à conclusão de que “os cargos/funções com maior número de condenações são os de prefeito(a), vereador(a) e secretário municipal”. Também no mesmo sentido vai o achado de Luiz Manoel Gomes Junior (2015, p. 17), cuja pesquisa constatou que aproximadamente 33% das ocorrências envolviam prefeitos e ex-prefeitos.

Assim, o perfil majoritário dos condenados nesse tipo de demanda é o seguinte: homens, agentes públicos detentores de mandato na esfera municipal.

⁶⁶ Segundo dados do IBGE e do TSE analisados pelo Projeto Mulheres Inspiradoras em 2018, entre 186 países analisados, o Brasil ocupa a 161ª posição no ranking mundial de presença feminina no Poder Executivo, abaixo das médias regional e mundial. O estudo pode ser lido na íntegra em <<http://urlmaster.com.br/ctratk/marlene-campos-machado/Ranking-de-Presença-Feminina-no-Poder-Executivo-2018.pdf>>. Acesso em 19 de março de 2019.

Não parece haver uma considerável prevalência partidária entre os condenados nesse tipo de demanda, conforme apontam Jaqueline Barbão e Fabiana Luci Oliveira (2018, p. 31),⁶⁷ mas faltam estudos mais conclusivos a esse respeito

As pesquisas sugerem que **a maior parte das ações de improbidade são julgadas procedentes**. Conforme apontam Paulo Eduardo Alves da Silva e Susana Henriques da Costa (2011, p. 59), de todas as demandas analisadas naquela pesquisa, 48,87% foram julgadas procedentes e 14,95% parcialmente procedentes. Apenas 29,58% das ações de improbidade foram improcedentes:

“Os acórdãos analisados levam à constatação de que a premissa de inefetividade da demanda de improbidade é falsa. Foi verificada a constante do maior número de demandas de improbidade administrativa julgadas procedentes (48,87%). Se somados os dados das demandas julgadas procedentes, com as demandas julgadas parcialmente procedentes, chega-se a um percentual êxito (total ou parcial) de 63,82%, contra um percentual de 29,58% de improcedência.

É realmente baixo o percentual de demandas extintas sem o julgamento do mérito (6,59), o que mais uma vez aponta para a efetividade da demanda de conhecimento de improbidade administrativa” (ALVES DA SILVA e HENRIQUES DA COSTA, 2011, p. 59).

É importante, neste passo, chamar a atenção para o fato de que **a condenação, nas ações de improbidade administrativa, não pode ser tomada como parâmetro de sucesso da atuação das instituições jurídicas**. Isso porque, quando a condenação é o parâmetro geral de sucesso da atuação do sistema de justiça, todos os demais desfechos passam a ser observados como insucesso. Com isso, medidas como o arquivamento de um inquérito civil, a rejeição de uma petição inicial e a improcedência ou procedência parcial de uma ação de improbidade administrativa, por mais adequadas que fossem em determinado caso concreto, diante dos elementos constantes do processo, são percebidas como decisões que impedem o sistema de justiça de atingir a sua finalidade precípua (condenar o ímprobo), desconsiderando que, eventualmente, aquela decisão pudesse efetivamente ser a mais acertada naquelas circunstâncias.

As pesquisas convergem para a conclusão de que **as condutas que levaram ao maior índice de condenação são aquelas que violam os princípios da Administração Pública, enquadrados no art. 11 da LIA**, seguidas pelas condutas que causam dano ao erário,

⁶⁷ “O CNCNAI não possui a informação do partido político dos condenados. Para obter essa informação foi realizada uma busca por CPF e nome do condenado no Repositório de dados eleitorais. (...) O resultado é uma estimativa, mesmo que imprecisa, para o perfil dos cargos eletivos por partido político. (...) Para aqueles que se obteve essa identificação, o PMDB representa 15,9% dos casos – dado que não surpreende, por ser o partido com o maior número de prefeituras, e prefeitos e vices serem os principais cargos eletivos cadastrados no CNCIAI. Na sequência, aparecem PSDB, com 13,1%; PTB, com 8,6% e PFL com 8,4%” (BARBÃO E OLIVEIRA, 2018, p. 31).

na forma do artigo 10 da lei. As condutas que geram menos condenações em improbidade administrativa são as previstas pelo art. 9º da lei, ou seja, aquelas que geraram o enriquecimento ilícito do agente (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 18; ALVES DA SILVA; HENRIQUES DA COSTA, 2011, p. 59-60).

No que se refere às consequências das condenações, fica evidente o viés sancionatório da LIA, certo que na pesquisa recente de Jaqueline Barbão e Fabiana Luci Oliveira (2018, p. 30) constatou-se que a maior parte dos agentes públicos foi condenada ao pagamento de multa (73,9%), à suspensão de seus direitos políticos (71,6%) e à proibição de contratar com o poder público (66,9%). Apenas a sanção de perda da função pública parece ter menor incidência.

Todavia, a LIA parece mais eficaz na imposição de sanções aos agentes condenados do que na recuperação de valores em favor do erário. Com efeito, ainda que o ressarcimento dos danos causados ao erário e a determinação do pagamento de multa sejam frequentes, há indícios de baixa efetividade das condenações pecuniárias.

Com base nos dados cadastrados no CNJ, Jaqueline Barbão e Fabiana Luci Oliveira (2018, p. 30) apontam que, enquanto as condenações cadastradas entre 2006 e 2016 somam aproximadamente R\$ 1,9 bilhão de reais, os valores efetivamente recuperados em execuções representam R\$ 2,7 milhões de reais, ou seja, cerca de apenas 0,1% do total nas condenações. Ainda que se considere a possibilidade de erros e problemas na alimentação da base de dados do CNJ, a situação pode indicar a existência de entraves na etapa de execução judicial, transformando-a em um gargalo na prestação jurisdicional desejada.

Como a legislação pune severamente o agente político ímprobo, seria plausível esperar uma redução dos casos de improbidade ao longo dos anos, após a entrada em vigor da norma. Não é, no entanto, o que se verifica na prática. Segue-se observando o crescimento das ações de improbidade administrativa intentadas. Dados do Ministério Público Federal, por exemplo, dão conta de que, apenas entre 2014 e 2017, houve um crescimento de 62% no número de ações ajuizadas, que somaram 2.371 novas demandas apenas em 2017.⁶⁸

O crescimento identificado, ainda não adequadamente explicado por estudos sobre o tema, permite que se problematize a aplicação da LIA no Brasil. É possível cogitar que uma atuação mais eficiente e independente dos órgãos de controle contribua para o aumento das

⁶⁸ Ministério Público Federal – PGR – Notícias: “Balanço de 2017 aponta eficiência do MPF no combate à improbidade administrativa”. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/balanco-de-2017-aponta-eficiencia-do-mpf-no-combate-a-improbidade-administrativa>>. Acesso em 12 de abril de 2018.

ações de improbidade administrativa. Vale dizer, casos e situações que antes não eram descobertos ou não eram processados, mais recentemente passaram a ser.

Não é possível descartar, no entanto, que tal crescimento também possa ser impulsionado por outros fatores. O aumento do número de casos de improbidade pode indicar que, em que pesem as gravosas sanções a eles associados, a legislação seja incapaz de coibir, por si só, as condutas ímprobas.

A ideia de que as pessoas moldam seu comportamento de acordo com as penalidades associadas a determinados tipos de conduta embasa um amplo corpo de literatura conhecida como *deterrence literature*. Autores nessa linha de pesquisa associam sanções legais a um efeito de intimidação que levaria os cidadãos a evitar infringir a lei. Assim, o aumento da severidade das penas e da certeza da punição por condutas reprováveis poderia ser considerada uma forma eficaz de reduzir corrupção (GIBBS, 2007).

Não obstante, existe um amplo debate no campo das ciências sociais a respeito dos motivos pelos quais se obedece a lei e, embora a existência de sanções seja um dos fatores que contribui para que as pessoas obedeçam às regras, também é plausível supor que, cotidianamente, grande parte das pessoas as obedeçam por outros motivos que não se vinculam diretamente à existência de sanções para o caso de descumprimento.

Alguns autores apontam que a motivação individual para cooperar com outros indivíduos e obedecer a regras estabelecidas para a coletividade decorre não unicamente do desejo de evitar sanções ou receber recompensas, mas baseia-se em relações sociais e julgamentos éticos. Por esse motivo, a percepção da legitimidade da autoridade que cria as normas por parte dos seus destinatários é um fator relevante para a sua obediência, de modo que se tornam cruciais considerações acerca de participação, de devido processo e de transparência (TYLER, 2006).

Para além do estabelecimento das sanções de improbidade administrativa, observa-se, mais recentemente, o aprimoramento das estratégias de incentivo, como na nova Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), para que empresas criem mecanismos internos de denúncia de irregularidades (*compliance*). Nesse sentido, há diversos estudos no campo do Direito Administrativo acerca da importância do *accountability* e do *rule of law*.

A recalcitrância da improbidade poderia indicar que os destinatários da norma simplesmente não tenham receio de ser condenados e efetivamente punidos quando a praticam. Também é possível que os destinatários da norma não sejam capazes de cumpri-la, pois não sabem exatamente o que será considerado ímprobo pelos órgãos de controle ou porque sejam pressionados, de forma extraoficial, a não o fazerem. Outra possibilidade é que as ações de

improbidade sejam crescentemente manejadas como instrumento de pressão política,⁶⁹ sobretudo em casos que envolvem os altos escalões do Estado, nos quais a persecução pode contaminar-se com discussões políticas (TAMASAUSKAS, 2019, p. 13).

Não se pretende, aqui, desvendar exatamente quais as causas do aumento consistente verificado no número de ações de improbidade intentadas pelo país. Responder categoricamente a questão tão complexa demandaria uma séria de estudos no campo das ciências sociais, se descortinando como interessante agenda de pesquisa aplicada no campo do Direito Administrativo. Importa, no entanto, ter em conta esse panorama e essas hipóteses como pano de fundo para o desenvolvimento da presente pesquisa, que se debruça mais especificamente sobre a problemática da aplicação da LIA pelos tribunais brasileiros.

Em suma, as pesquisas parecem confirmar que o que se viu, após a edição e vigência da LIA, foi um fenômeno raro de eficiência no sistema normativo nacional: muitas ações de improbidade foram movidas, com vistas ao combate à corrupção e à impunidade no Brasil (GIACOMUZZI, 2013, p. 293), ainda que se possam discutir os seus resultados em termos de duração do processo e recuperação de valores para o erário.

Mais recentemente, no entanto, esse protagonismo da LIA como instrumento de proteção do patrimônio público e da moralidade administrativa parece ter arrefecido e cedido espaço para uma nova abordagem mais focada no Direito Penal. De fato, novos instrumentos jurídicos reforçaram a eficácia da ação penal, como é o caso da colaboração premiada, de modo que os escândalos de corrupção mais recentes do país deram origem a ações penais e conduziram à prisão muitos políticos e empresários, algo considerado inédito na história do país. A esse respeito, esclarece Oscar Vilhena Vieira (2019):

“O processo do mensalão e a Operação Lava Jato estabeleceram um novo padrão de relacionamento entre os Poderes no Brasil. A tradicional cordialidade e complacência dos agentes de aplicação da lei em relação ao corpo político, agraciada com generosos privilégios corporativos, foi subitamente substituída por uma postura de confronto. Alavancados pela introdução das delações premiadas, instrumento essencial para o combate ao crime organizado, introduzido pela Lei nº 12.850/13, agentes da lei foram expondo as teias de corrupção que enredaram nosso sistema representativo”.

Essa mudança do eixo de atuação dos órgãos de controle para a esfera penal foi acompanhada, ainda, de um processo de fortalecimento institucional da Polícia Federal, que favoreceu um deslocamento do foco das justiças estaduais para a justiça federal (ARANTES,

69 Como esclarece Luciana Zaffalon Leme Cardoso (2017, p. 28-29), com alguma frequência, “nas instituições de justiça, verificam-se processos de decisão que lembram muito a política convencional. (...) as disputas envolvidas no controle da administração local da justiça têm um componente político-partidário estruturante, imbricadas às pautas remuneratórias e corporativas das carreiras jurídicas”.

2015). Como resultado, nos grandes casos recentes de corrupção, as ações de improbidade administrativa ajuizadas na Justiça Estadual perderam centralidade para as ações penais ajuizadas na Justiça Federal, embora ainda sigam sendo manejadas, até mesmo como desdobramento das demandas penais.

Tal fenômeno não afasta, no entanto, o fato de que a LIA segue sendo utilizada pelo Ministério Público para promover o controle judicial da atuação de representantes eleitos nas diversas esferas da federação, circunstância que termina por criar tensões entre os diferentes poderes envolvidos na sua aplicação. Tendo em vista suas omissões quanto aos critérios de responsabilização e a forma de processamento das demandas e o frequente recurso a termos fluidos, a LIA deixa uma série de definições cruciais a cargo de seus aplicadores, criando condições para que os atores sociais envolvidos com a sua aplicação canalizem conflitos políticos para a esfera judicial e se engajem em uma disputa pelos sentidos da aplicação da norma e da proteção à moralidade administrativa por ela veiculada.

Uma melhor compreensão dessa interação e desse processo de construção judicial dos sentidos da norma passa por uma pesquisa empírica, que permita avaliar o fenômeno da responsabilização judicial de agentes políticos. É o que se passa a fazer nos capítulos seguintes.

2 A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA PRÁTICA E SUAS TENSÕES INSTITUCIONAIS

A ação governamental de combate à corrupção e à improbidade administrativa encontra forte ressonância no ambiente internacional e, mais recentemente, tornou-se uma das prioridades nas metas de política judiciária no Brasil. Nesse sentido, o Estado vem fomentando o desenvolvimento de instrumentos para que se possa compreender melhor o funcionamento do sistema de justiça nesses casos, além de estimular a resolução mais célere das ações de improbidade administrativa.

A improbidade administrativa não pode ser prontamente classificada como um instituto de direito civil, penal ou administrativo. Portadora de uma natureza jurídica dúbia, a improbidade se aproxima e, ao mesmo tempo, se afasta dos conceitos de crime e de pena. Por meio do procedimento previsto na LIA, condutas lesivas ao patrimônio público ou aos princípios que regem a Administração Pública, praticadas por agentes públicos em comunhão ou não com agentes privados, recebem sanções gravosas, com finalidades ressarcitória, preventiva e retributiva. O processo punitivo não penal tramita em varas cíveis ou da fazenda pública, obedecendo a um rito processual próprio, ainda que marcadamente regido pelo Código de Processo Civil.

A LIA pode ser incluída no rol de instrumentos de controle externo da Administração Pública e uma das características inerentes à sua aplicação é o fenômeno da múltipla incidência, pelo qual indivíduos podem, por um único ato, ser submetidos a diversos programas jurídicos sancionatórios. Essa situação suscita dúvidas dogmáticas importantes quanto ao regime jurídico processual aplicável às improbidades, sobretudo no que diz respeito aos standards de prova, aos critérios de distribuição do ônus da prova, à aplicação do princípio da tipicidade estrita e aos requisitos de imputação subjetiva.

Com efeito, a análise da literatura produzida sobre o tema permite concluir, em síntese, que muito pouco do que se diz em relação à improbidade administrativa é pacífico. De todo modo, em vigor desde 1992, a LIA vem sendo aplicada sobretudo pelo Ministério Público, visando à responsabilização de agentes políticos detentores de mandato.

Quando mobilizada para o combate à improbidade política ou sistêmica, a LIA revela seu potencial para se tornar um importante instrumento jurídico-político no sistema de freios e contrapesos, ao mediar interações entre os Poderes constituídos e fornecer ao Poder

Judiciário e ao Ministério Público instrumentos para cobrar e sancionar agentes públicos e políticos em todas as esferas de poder.

Essa interação, é certo, pode se dar de maneira produtiva, melhorando a qualidade da democracia ao permitir que se coíbam práticas que contrariam o interesse público e atentam contra a Administração Pública e contra o erário. A princípio, parece ter sido esse o intento do legislador ao afastar a LIA da esfera penal, de modo a viabilizar um ganho preventivo e repressivo em relação ao combate à corrupção e à impunidade dos malfeitos dos agentes públicos e políticos de alto escalão. Por outro lado, no entanto, ao se utilizar de termos genéricos e deixar em aberto uma série de previsões processuais relevantes, o texto da LIA criou grandes dificuldades para a sua aplicação.

Assim, se a LIA é em grande medida mobilizada como um instrumento para balizar as interações entre os Poderes constituídos, essa calibragem acontece nas trincheiras de uma batalha dogmática, em que diferentes concepções filosóficas, jurídicas e políticas estão em disputa. Ao que tudo indica, a legislação vigente possibilita uma caracterização casuística e subjetiva da improbidade administrativa, de modo que não sabemos e continuamos sem saber, em concreto, quais relações entre público e privado caracterizam a improbidade.

A esse respeito, Marques Neto e Palma (2017) apontam que as normas legitimadoras da atuação do Ministério Público para apurar atos de improbidade administrativa têm por base o cânone da plena autonomia individual dos promotores e pauta-se em termos fluidos como “interesse social”, “interesse difuso”, “razoabilidade”, “intervenção suficiente” e “omissão injustificada por parte da Administração Pública”, o que termina por conceder ao controlador uma ampla margem de discricionariedade para definir, segundo sua orientação pessoal, o que será considerado improbidade em cada caso concreto.

Ao investigar especificamente o conteúdo dogmático da moralidade administrativa, José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 189) chama atenção para a

“importância de, nada obstante a alegada fluidez do termo ‘moralidade’, se precisarem os contornos ou, mais claramente, indicar um mínimo conteúdo (ou dar um sentido) ao *significante* ‘moralidade administrativa’. E isso porque, observando (...) a discrepância do tratamento conferido à matéria, não é difícil perceber a tremenda incerteza jurídica que daí pode advir. Esse é um primeiro – e importante – problema. Um outro, tantas vezes mencionado, é o do subjetivismo que o *signo* ‘moralidade administrativa’ carrega, dando azo às mais variadas interpretações da lei e da Constituição, desde os órgãos administrativos até os tribunais – ou seja, do administrador ao seu último controlador”.

Da mesma forma, ao analisar a necessidade de demonstração de dolo para que se caracterize a improbidade administrativa, Fernando G. Neisser (2018, p. 77) aponta para a situação casuísta que vem se estabelecendo na jurisprudência pátria. Segundo o autor,

“a definição de dolo adotada pelo Superior Tribunal de Justiça para as ações de improbidade administrativa apresenta incongruências que a tornam, a um só tempo, excessivamente abrangente – permitindo que se vislumbre dolo em situações nas quais o elemento cognitivo é presumido – e pouco operativa – na medida em que a invocação de um necessários *animus* por parte do agente lança ao subjetivismo a tomada de decisão judicial. A razão principal pela qual essas deficiências campeiam é a falta de organicidade e tecnicidade quando da construção do subsistema ao qual está inserida a improbidade administrativa. Sem uma ponderação científica quanto ao direito que circunda o tema da improbidade administrativa, as necessidades tópicas e casuísticas de resposta acabam sendo atendidas com soluções *ad hoc*, partes desconexas que, mal-ajambradas, não resistem ao teste da coerência”.

A ausência de bases legislativas e dogmáticas mais estruturadas abre espaço ao subjetivismo do aplicador e pode se converter em mecanismo de acomodação de interesses políticos dos diversos atores envolvidos. Assim, se por um lado a LIA pode ser vista como um compromisso genuíno com a moralização da Administração Pública, por outro, talvez ela possa ser mais bem compreendida se entendida como produto de uma interação estratégica entre os atores envolvidos na sua aplicação.

Importante ressaltar que não se trata de interpretar a LIA como mero instrumento de política partidária. Embora, em alguns casos, a política partidária possa ser relevante e interferir no comportamento dos atores do mundo jurídico, parte-se do pressuposto de que esses agentes atuam em prol de uma agenda própria, que pode ou não coincidir com a dos agentes do mundo da política, a partir de uma racionalidade e de uma argumentação autônomas:

“As ações dos agentes jurídicos possuem uma racionalidade própria e (...) encenam uma maneira própria de fazer política, uma ‘política jurídica’, que se explicita, principalmente, na tomada de decisões que implicam, necessariamente, adotar uma certa interpretação das leis e dos casos já decididos” (RODRIGUEZ, 2019b, p. 483-484).

Essa política jurídica traduz-se em uma disputa política acerca do poder efetivo das instituições – Judiciário, Executivo, Legislativo, Ministério Público etc. – em sua busca por autonomia, recursos financeiros e poder para influenciar os rumos do país, além de diferentes projetos no que diz respeito à relação entre sociedade e Estado e sobre a função do sistema estatal sancionatório.

2.1 PESQUISA EMPÍRICA E ANÁLISE DE DECISÕES

Com vistas a aprofundar o estudo da dimensão político-jurídica da aplicação da LIA, realizou-se uma pesquisa empírica de natureza qualitativa, com o objetivo de descrever como se dá o fenômeno de responsabilização judicial de agentes políticos e avaliar se esse processo resulta em maior segurança jurídica ou se abre espaço para o voluntarismo dos órgãos de controle. Assim, foram mapeadas as insuficiências dogmáticas suscitadas, bem como as teses que vêm sendo firmadas nos tribunais superiores e quais agentes ou instituições vêm obtendo êxito no processo de definição do sentido da aplicação da lei. Com efeito, o regime de responsabilidade previsto na LIA não se reduz à realidade estática da norma, mas opera como um processo articulado e dinâmico de controle social e de poder.

Buscou-se trabalhar o fenômeno jurídico de forma indutiva, a partir da sua dimensão decisória, aplicando a metodologia de análise das decisões (FREITAS FILHO e LIMA, 2010, pp. 12-13). A referida metodologia possui características similares às do estudo de caso e da análise de jurisprudência. Parte, como a análise de jurisprudência, de um corpo de julgados sobre determinado problema jurídico, com o objetivo de realizar um retrato do estado da arte sobre o assunto.⁷⁰ E visa, como o estudo de caso, à investigação de eventos contemporâneos sobre os quais o pesquisador não detém controle e a respeito do qual se procura responder questões qualitativas do tipo *como* ou *por que*, de modo a desvelar processos (YIN, 2010, p. 24).

Em síntese, a metodologia aqui empregada pode ser dividida em três etapas. A primeira delas consiste na realização de uma pesquisa de jurisprudência exploratória, seguida da verificação acerca de como os decisores utilizam conceitos, valores, institutos e princípios presentes nas narrativas decisórias e, por fim, uma reflexão crítica sobre a prática decisória, identificando seu sentido a partir da narrativa de justificação das decisões. Buscou-se, assim, organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto, enfocando a prática jurídica no tempo. A partir da interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos, torna-se possível verificar a sua coerência e produzir uma explicação sobre o sentido das decisões (FREITAS FILHO; LIMA, 2010, p. 7).

⁷⁰ Refere-se, aqui, às pesquisas que utilizam e estão calcadas em uma análise que sistematiza e gera dados estatísticos sobre casos e decisões judiciais. A esse respeito, ver Fabiana Luci de Oliveira (2012).

2.1.1 NOTAS METODOLÓGICAS

A pesquisa de jurisprudência enfocou os tribunais superiores uma vez que, por não analisarem fatos ou provas,⁷¹ eles terminam por se concentrar em discussões sobre os contornos jurídico-dogmáticos da improbidade administrativa.

É bastante problemática a distinção entre fatos e normas, podendo-se afirmar, como Leonard Ziesemer Schmitz (2015, p. 144-149), tratar-se de uma cisão fictícia, na medida em que não há questão de fato que não se refira a algum ramo do direito e não há um problema de direito que não se refira a determinados fatos. A distinção, todavia, é útil e amplamente empregada na sistemática processual vigente. Sendo assim, a análise dos acórdãos dos tribunais superiores pode ser bastante proveitosa no sentido de identificar, justamente, os pontos mais combatidos das decisões judiciais nos tribunais originários, permitindo entrever, assim, com maior clareza as situações em que a aplicação da norma pelos tribunais nacionais pode se revelar mais problemática e sujeita a casuísmos ou subjetivismos. Isso possibilitou também que fossem analisados casos oriundos de tribunais de todo o território nacional.

Uma busca inicial no STJ a partir do termo “improbidade administrativa” no campo “pesquisa livre” retornou quase 5.000 acórdãos e mais de 35.000 decisões monocráticas, impondo, assim, a necessidade de um recorte. Assim, tendo em vista o interesse em identificar as teses jurídicas firmadas sobre a aplicação da LIA, a análise concentrou-se sobre os acórdãos do STF com repercussão geral⁷² e sobre os acórdãos repetitivos do STJ,⁷³ que veiculam justamente teses jurídicas a serem aplicadas a diversos outros processos, bem como sobre os acórdãos de ambos os tribunais que constavam dos informativos de jurisprudência, os quais veiculam teses e decisões consideradas inovadoras ou relevantes pelos tribunais.

⁷¹ Cf. Súmula nº 7/STJ (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial”) e Súmula nº 279/STF (“para simples reexame de prova não cabe Recurso Extraordinário”).

⁷² Pela sistemática da repercussão geral, os processos que tratem sobre tema com repercussão geral reconhecida ficam sobrestados nas demais instâncias do Poder Judiciário até que o STF profira decisão sobre a matéria. Fixada a tese pelo Supremo, as instâncias anteriores aplicam o entendimento aos demais casos sobrestados. Previsto no artigo 102, §3º da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.418/2006 e pelo Regimento Interno do STF, o instituto busca uniformizar a interpretação, sem exigir que o STF decida casos idênticos sobre a mesma questão constitucional. Mais informações sobre o funcionamento da repercussão geral podem ser obtidas no site do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283298>>. Acesso em 5 de dezembro de 2019.

⁷³ O art. 1.036 do Código de Processo Civil dispõe que, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica controvérsia, a análise do mérito recursal pode ocorrer por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem de maneira adequada, a controvérsia. O recurso repetitivo representa um grupo de recursos especiais com teses idênticas. Mais informações podem ser obtidas no site do STJ: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Repetitivos-e-IACs/Saiba-mais/Sobre-Recursos-Repetitivos>>. Acesso em 5 de dezembro de 2019.

As bases eletrônicas de julgados dos tribunais serviram como fonte primária dos dados utilizados, o que se justifica, uma vez que essas são bases de dados fundamentalmente utilizadas pelos atores que se envolvem na aplicação da LIA no seu cotidiano profissional, enquanto operadores jurídicos. Pesquisadores têm constatado que nem todas as decisões são disponibilizadas nos bancos eletrônicos dos tribunais; que, em alguns casos, as decisões não são disponibilizadas na íntegra; e que as ferramentas de busca e de indexação de acórdãos nem sempre são precisas (VEÇOSO et al., 2014, pp. 110). Todavia, há avanços sendo feitos, com a progressiva estruturação de uma política de acesso às decisões judiciais por parte do CNJ, o que tem levado a uma significativa melhora nos sistemas de busca dos tribunais brasileiros nos últimos anos.

As limitações relativas aos mecanismos de busca poderiam ser problemáticas, do ponto de vista metodológico, caso se tratasse de uma pesquisa quantitativa com pretensões de generalização estatística, o que, como se adiantou, não é o caso. Como se pretende retratar as teses mais relevantes que os Tribunais Superiores firmaram acerca da aplicação da LIA, a seleção das decisões a partir dos mecanismos que o próprio tribunal utiliza para apresentá-las aos operadores do direito revela-se plenamente adequada.

A busca foi inicialmente realizada em outubro de 2018, e posteriormente atualizada em outubro de 2019, a partir do campo “ementa/indexação”, por meio do termo de pesquisa amplo “improbidade PROX1 administrativa”.⁷⁴ Procurou-se, assim, utilizar o termo de pesquisa mais amplo possível, de modo a englobar as teses firmadas em todos os casos de improbidade administrativa, para que eventuais restrições quanto ao tema ou aos agentes envolvidos não viessem a, porventura, omitir ou distorcer aspectos específicos sobre a aplicação da LIA. A amplitude da pesquisa também visou permitir que se observasse a interação entre os agentes ao longo do tempo, permitindo uma melhor compreensão do *processo* de disputa político-jurídica na aplicação da LIA.

No STJ, foram localizadas 162 decisões, proferidas entre 2000 e 2017: dois acórdãos provieram de recursos repetitivos, enquanto os outros 160 foram divulgados nos informativos de jurisprudência do tribunal. Do total de decisões, 29 foram excluídas da análise, resultando, portanto, em uma amostra de 133 acórdãos.⁷⁵ No STF, a busca retornou 111

⁷⁴ O conectivo “PROX1” em “improbidade prox1 administrativa” permite localizar apenas acórdãos em que os termos “improbidade” e “administrativa” aparecem juntas.

⁷⁵ Uma das decisões foi excluída por estar absolutamente indisponível no sistema eletrônico do STJ (AgRg na AIA 8/SP, STJ, de 2006). De fato, embora a decisão tenha aparecido como um resultado a partir do mecanismo de busca, não foi possível acessar a íntegra do acórdão, nem mesmo ao se realizar uma busca específica pelo caso, seja pelo número, origem ou nome das partes. Outras quatro decisões foram excluídas por serem repetidas, de

resultados, sendo 105 informativos de jurisprudência, além de seis acórdãos de repercussão geral, relativos a decisões proferidas entre 1998 e 2019. Realizado um filtro de pertinência temática e eliminados os resultados repetidos,⁷⁶ restou uma amostra de 31 acórdãos. Assim, no total, foram analisadas 164 decisões dos tribunais superiores.

Para viabilizar a análise sistemática das decisões judiciais, fez-se necessária a criação de categorias de classificação – base fundamental para que se possa reduzir a complexidade do fenômeno jurídico investigado, permitindo a descrição e a compreensão de grandes volumes de dados (BAILEY, 1994, p. 12-16), além de possibilitar futura replicação da pesquisa. A classificação qualitativa aqui adotada, comum na literatura das ciências sociais, em especial nas pesquisas etnográficas, combina a tipologia conceitual e a taxonomia empírica, identificando as características fundamentais do fenômeno estudado a partir do conhecimento teórico anterior sobre o tema.⁷⁷

Assim, uma análise superficial das decisões constantes dos informativos de jurisprudência, conjugada à revisão bibliográfica sobre o tema,⁷⁸ serviu de base para a

modo que já seriam analisadas de qualquer maneira (REsp 1.366.721/BA, STJ, 1ª Seção, j. 26.02.2014; REsp 1.192.758/MG; REsp 1.391.212/PE, STJ, 2ª Turma, j. 02.09.2014; REsp 1.163.643/SP). As outras 24 decisões tratavam de temas estranhos à aplicação da LIA, de modo que não poderiam integrar o universo de análise. A maior parte delas (11) cuidavam de processos administrativos disciplinares nos quais se debatia o envolvimento de servidores em atos de improbidade administrativa e a imposição de sanções como demissão, destituição de cargo ou cassação de aposentadoria ainda na via administrativa. Outros oito casos referiam-se a ações penais e notícias crime nas quais eram debatidos crimes contra as licitações (Lei nº 8.666/93), peculato ou crimes praticados por militares. Três decisões foram excluídas por tratar de temas relativos ao direito civil – duas delas cuidavam de ações de indenização em favor de pessoas jurídicas de direito público e uma era uma ação de deserção, movida em razão de atos do herdeiro que teriam, em tese, acarretado o ajuizamento de ação de improbidade em face do autor da herança. Por fim, dois acórdãos foram excluídos pois tratavam de mandados de segurança sobre concurso público e sobre servidor aposentado.

⁷⁶ Com frequência, os julgamentos no STF estenderam-se por diversas sessões, sendo os resultados parciais divulgados pelo tribunal nos informativos de jurisprudência. Assim, muitos dos retornos da pesquisa referiam-se repetidamente a um mesmo caso. As 37 repetições encontradas foram excluídas da planilha de análise. Além disso, em razão de algum defeito do sistema de busca do tribunal, um dos resultados, embora fosse computado como resultado válido, não trazia qualquer informação, dado ou texto, mas apenas um campo vazio, razão pela qual o resultado também foi excluído. Outras 42 decisões constantes dos resultados de busca foram excluídas por incompatibilidade temática. Entre essas decisões, 19 tratavam de matéria penal ou processual penal; 7 cuidavam de processos administrativos disciplinares; 5 de tema eleitoral; 3 de responsabilidade civil do Estado; 3 de fixação de competências e limites do federalismo e outras 6 de temas distintos e variados, mas não vinculados à LIA.

⁷⁷ Isso, de certa forma, evidencia a impossibilidade absoluta de uma neutralidade científica, na medida em que qualquer análise da realidade depende da interpretação de um observador.

⁷⁸ Nesse sentido, como já esclarecido anteriormente, estudos recentes tem indicado que há amplo debate acerca do elemento subjetivo exigido pela LIA para configuração de ato de improbidade administrativa (NEISSER, 2018). Além disso, discute-se em quais circunstâncias é possível falar configuração do ato de improbidade por violação aos princípios que regem a Administração Pública, nos termos do artigo 11 da LIA (SUNDFELD, 2007). A doutrina também indica que a falta clareza sobre se o regime jurídico da improbidade administrativa deve se situar mais ou menos próximo ao campo do Direito Civil ou do Direito Penal traz sérias implicações para a tramitação das demandas, sobretudo no que ao regime processual em matéria de prova, as presunções processuais admitidas ou não para que se demonstre o dolo ou dano ao erário e a motivação das decisões nos casos em que se trata de princípios (NEISSER, 2018; MEDINA OSÓRIO, 2018). Outra questão relevante diz respeito a verificar como se

formulação de conceitos e categorias que estruturaram o formulário de pesquisa, constante do Anexo I.

O formulário buscou capturar, em primeiro lugar, os dados básicos para a identificação da decisão no tribunal: número do caso, tipo de decisão (repercussão geral, recurso repetitivo ou informativo de jurisprudência), órgão julgador e relator. Foi identificada, ainda, a origem geográfica do caso, bem como a origem processual da medida processual analisada. Com efeito, muitos Recursos Especiais e Extraordinários originam-se não do julgamento de mérito de uma ação de improbidade, mas de um incidente recursal decorrente de decisões interlocutórias de indisponibilidade de bens ou recebimento de inicial, por exemplo.

Quanto ao resultado, foram criados campos para identificar o autor da demanda e o agente político incluído no polo passivo, os recorrentes e recorridos, quem se saiu vencedor, se a decisão foi unânime ou não e quando se deu o julgamento. Tendo em vista que a maior parte dos acórdãos encontrados se refere a recursos excepcionais, que não admitem o amplo reexame dos fatos e provas, fez-se necessário incluir campos para verificar se o recurso das partes foi ou não conhecido, total ou parcialmente, e se a análise de determinadas questões relativas à aplicação da LIA ao caso concreto foram rejeitadas com base na utilização de súmulas que obstassem o conhecimento do recurso.

Quanto às práticas consideradas ímprobas, foram identificados os grandes temas tratados. Em seguida, foram mapeadas as questões controvertidas, do ponto de vista processual da aplicação da LIA, levadas ao tribunal. Foram criados campos, assim, para registrar os temas de que cada acórdão trata e quais teses foram firmadas sobre eles. Do ponto de vista do direito material, buscou-se identificar os critérios para absolvição ou condenação dos réus mais frequentemente mobilizados. No mais, quanto às sanções, verificou-se se o tribunal apreciou a dosimetria da pena aplicada, majorando-a, reduzindo-a ou mantendo-a.

Ademais, nos votos proferidos pelos ministros, foram identificados os trechos em que o ato de improbidade administrativa, o agente ímprobo, a sociedade brasileira, a política ou o Estado fossem alvo de considerações ou qualificação. Buscou-se, ainda, identificar trechos em que a institucionalidade da norma foi debatida, apresentando reflexões sobre o papel do Ministério Público ou do próprio Poder Judiciário, bem como eventual preocupação com a efetividade da lei ou com o seu uso político pelos agentes envolvidos na sua aplicação. Além

opera a coordenação entre as diferentes esferas de responsabilização jurídica dos atos que são enquadrados como improbidade administrativa, mas também como ilícitos penais, administrativos ou eleitorais (MACHADO, 2015; NEISSER, 2018). Todas essas questões informaram a elaboração da tabela de análise, que foi sendo ajustada e revisada ao longo da coleta de dados, diante do aparecimento de novas questões relevantes.

disso, foram selecionados os trechos em que os ministros, em seus votos, procuraram explicitamente aproximar a LIA do regime processual civil ou penal. Por fim, foram catalogados os princípios jurídicos expressamente invocados pelos julgadores ao tomar decisões, classificando-os conforme tenham sido utilizados para justificar uma decisão em favor dos órgãos de controle ou do acusado.

Com o preenchimento dos formulários, foi obtida uma tabela de Excel⁷⁹ e, com a utilização de filtros, foi possível isolar dados e cruzar variáveis. A partir desse banco de dados, procedeu-se a uma sofisticação da análise qualitativa dos julgados, que por vezes exigiu o retorno às decisões para uma análise mais aprofundada dos argumentos ali veiculados.

É importante ter em conta que os dados extraídos das decisões e a seguir apresentados não se pretendem generalizáveis para todo o território nacional no sentido de permitir a previsão dos comportamentos do Poder Judiciário relativamente à aplicação da LIA. Também não se prestam a generalizações estatísticas que permitam afirmar *como* se dá a aplicação da norma pelos tribunais de todo o país, *onde* a LIA tem maior incidência ou *quais* são os seus resultados.

Ao contrário, a amostra foi selecionada de modo a englobar casos que trazem as teses jurídicas divulgadas pelos próprios tribunais superiores aos operadores do direito como sendo paradigmáticas, inovadoras ou relevantes em alguma medida. Buscou-se, assim, esclarecer como e em que medida as omissões legislativas e o desenvolvimento teórico dogmático deficitário sobre temas afetos à improbidade administrativa abrem espaço ao casuismo e ao subjetivismo do aplicador.

Sabe-se que o STF e o STJ são órgãos jurisdicionais colegiados pouco deliberativos e que adotam o sistema de voto individual, o que dificulta a tarefa de avaliar suas razões de decidir.⁸⁰ A esse respeito, como esclarecem Dimitri Dimoulis e Luciana Gross Cunha (2014, p. 18),

“O modo pelo qual os ministros alcançam uma decisão é relevante, pois o modelo de deliberação se relaciona com a previsibilidade que promove a segurança jurídica. Sabe-se que a segurança jurídica é um objetivo do Estado de direito, que pode ser fomentado de diversas maneiras, entre as quais o alto grau de previsibilidade das decisões judiciais. A verificação do caráter previsível das decisões indica se determinadas decisões são coerentes com o que já foi decidido ou se resultam de um

⁷⁹ Os dados brutos obtidos na primeira etapa da pesquisa empírica estão disponíveis em: <<https://www.dropbox.com/sh/sod30sythcwivnd/AACG5gwobbBdBT38UHLYkvZga?dl=0>>. Acesso em 5 de janeiro de 2020.

⁸⁰ A esse respeito, ver Virgílio Afonso da Silva (2009) e Adriana M. Vojvodic, Ana Mara F. Machado e Evorah Cardoso (2009).

casuismo arbitrário e, portanto, inaceitável. Esta avaliação não deve se limitar ao exame dos resultados decisórios (o Tribunal costuma decidir X em casos de danos morais), mas deve também abranger as razões de decidir, pois são elas que interessam os futuros jurisdicionados e os operadores do direito”.

Parte-se, assim, do pressuposto de que o órgão jurisdicional deve ter em conta as suas decisões anteriores, realizando um esforço argumentativo para explicar por que a sua decisão não foi tomada de maneira casuística. Decisões fundamentadas em precedentes contraditórios ou integradas por votos que, embora concordem quanto ao resultado, adotam fundamentações absolutamente distintas, podem ser, assim, consideradas incoerentes. A partir da análise das razões de decidir do mesmo tribunal em diversas ocasiões é possível avaliar se o esforço argumentativo do órgão jurisdicional é suficiente e adequado (DIMOULIS E GROSS CUNHA, 2014, pp. 18-19).

Além do respeito aos precedentes e da possibilidade de extração da razão de decidir do tribunal em cada uma das decisões analisadas, a avaliação também buscou verificar em que medida os tribunais se esforçam para promover a densificação do conteúdo normativo dos termos vagos adotados pela LIA e para definir regras processuais acerca das quais o legislador se omitiu. Isso porque, a depender da forma como se opera o processo judicial de construção dogmática de critérios e limites para a responsabilização por improbidade administrativa, ele poderia, em tese, ampliar a segurança jurídica ou, ao contrário, o voluntarismo, o casuismo e o subjetivismo dos órgãos de controle.

A pesquisa buscou alcançar o sentido da aplicação da LIA, tomando os tribunais brasileiros como arenas de interação entre agentes políticos, que se utilizam de um discurso técnico-jurídico e mobilizam a bandeira da moralização do Estado para a aplicação da norma em contextos políticos e sociais complexos. O sentido da prática jurídica é, aqui, tomado em sentido weberiano, para designar o sentido subjetivamente visado que cada pessoa dá à sua conduta e a partir de cuja compreensão é possível explicar estrutura da ação humana (WEBER, 2012).⁸¹

⁸¹ Nas palavras do autor: “por ‘ação’ entende-se, caso a caso, um comportamento humano (...) sempre que e na medida em que o agente ou os agentes o relacionem a um *sentido* subjetivo. Ação ‘social’. Por sua vez, significa uma ação que, quanto a seu sentido visado pelo agente ou os agentes, se refere ao comportamento de *outros*, orientando-se por este em seu curso. (...) ‘Sentido’ é o sentido subjetivamente visado: *a*) na realidade α , num caso historicamente dado, por um agente, ou β , em média e aproximadamente, numa quantidade dada de casos, pelos agentes, ou *b*) num tipo *puro* conceitualmente, construído pelo agente ou pelos agentes concebidos como típicos. Não se trata, de modo algum, de um sentido objetivamente ‘correto’ ou de um sentido ‘verdadeiro’ obtido por indagação metafísica. Nisso reside a diferença entre as ciências empíricas da ação, a Sociologia e a História, e todas as ciências dogmáticas, a Jurisprudência, a Lógica, a Ética e a Estética, que pretendem investigar em seus objetos o sentido ‘correto’ e ‘válido’” (Weber, 2012, pp. 3-4).

Embora não se despreze a relevância de estudos que permitam o reconhecimento de discursos opostos e das contradições internas existentes nas instituições, o foco da pesquisa foi o funcionamento sistemático das instituições de justiça. Ressalte-se que os argumentos foram analisados e explicitados de maneira anonimizada, evitando, assim, que o debate recaísse sobre os posicionamentos de um ou outro ministro, especificamente. Com efeito, a identificação dos julgadores revela-se desnecessária para que se proceda a uma avaliação global da atuação dos tribunais enquanto instituições.

Ao longo da coleta de dados, os temas passaram a ser explorados na tentativa de compreender não cada caso isoladamente, ainda que alguns exemplos pontuais possam ser usados para levantar debates mais amplos, mas o funcionamento do sistema de justiça no âmbito das improbidades como um todo. As narrativas contidas nos acórdãos analisados revelam disputas discursivas sobre o significado da improbidade administrativa, sobre o agente ímprobo, sobre a sociedade, sobre o Estado e sobre a política.

2.1.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA AMOSTRA

A amostra de julgados do STJ, composta de 133 acórdãos, é integrada majoritariamente por recursos e incidentes processuais oriundos de ações de improbidade administrativa, com exceção de três mandados de segurança (MS). Dois deles foram impetrados, respectivamente, contra a instauração de um processo administrativo para apuração de ato de improbidade fulminado pela prescrição e contra a instauração de um inquérito civil para apuração de ato de improbidade administrativa com base em denúncia anônima. Foi localizado, ainda, um caso em que o réu tentou se utilizar do remédio constitucional para impugnar a decisão de um órgão colegiado fracionário que não conheceu do seu Recurso Especial. Diante da pertinência temática e da sua íntima relação com processos de improbidade existentes ou em potencial, os mandados de segurança foram mantidos na amostra para análise.

Quanto aos demais casos, a esmagadora maioria (114) referia-se a Recursos Especiais interpostos pelas partes com vistas a obter do STJ uma decisão acerca da correta interpretação da legislação federal aplicável, ou seja, sobre a LIA.⁸² Entre eles, incluem-se

⁸² Nos termos do artigo 105, III da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça “julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Agravos em Recursos Especiais (AREsp)⁸³ manejados pelas partes contra as decisões monocráticas proferidas pelos ministros em Recursos Especiais (REsp), além de eventuais Embargos de Declaração (ED em REsp)⁸⁴ contra decisões monocráticas ou colegiadas proferidas nesses recursos. Incluem-se, ainda, dois casos de Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp),⁸⁵ manejados com vistas a uniformizar a jurisprudência do STJ a respeito de determinado tema, debatido em Recurso Especial.

A amostra é composta, ainda, por cinco Reclamações (Rcl)⁸⁶ e quatro Petições (Pet)⁸⁷ que visavam discutir especificamente a aplicabilidade do foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa; por quatro Medidas Cautelares (MC) em que se debatem efeitos de recursos interpostos ou o teor de decisões cautelares proferidas na origem em ações de improbidade administrativa;⁸⁸ por dois Conflitos de Competência (CC)⁸⁹ e por duas Suspensões de Liminar (SL),⁹⁰ manejadas pelo poder público em ações de improbidade administrativa. Também nesses casos, considerando a pertinência temática e a íntima relação dos incidentes com processos de improbidade existentes ou em potencial, os acórdãos foram mantidos na amostra para análise.

⁸³ Contra a decisão do tribunal de origem que inadmitte Recurso Especial, cabe Agravo em Recurso Especial, nos termos do artigo 1.042 e seguintes do CPC/15.

⁸⁴ Cabem Embargos de Declaração contra qualquer decisão judicial para o fim de esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão acerca de ponto ou questão sobre o qual o julgador deveria se pronunciar de ofício ou a requerimento e corrigir erro material, conforme regulado no artigo 1.022 e seguintes do CPC/15.

⁸⁵ No âmbito do STJ, os Embargos de Divergência prestam-se à uniformização da jurisprudência na aplicação da legislação federal, permitindo a confrontação de teses jurídicas divergentes, seja na aplicação do direito material, seja na aplicação de direito processual. O recurso é regulado, atualmente, pelo artigo 1.043 e seguintes do CPC/15.

⁸⁶ A Reclamação é prevista no artigo 105, I, *f* da Constituição Federal como instrumento de preservação da competência do STJ. Atualmente, também está prevista no artigo 988 e seguintes do CPC/15.

⁸⁷ Nos termos do Regimento Interno do STJ (artigo 67, parágrafo único, VIII), os expedientes que não tenham classificação específica, nem sejam acessórios ou incidentes, são incluídos na classe “Petição (Pet)” se contiverem requerimento da parte peticionante. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/Regimento/article/view/3115/3839>>. Acesso em 1 de jun de 2019.

⁸⁸ As Medidas Cautelares, destinadas a prevenir o perecimento de direito e resguardar situações de urgência, são reguladas pelo CPC, em seus artigos 294 (tutela provisória de urgência) e 305 a 310 (tutela cautelar em caráter antecedente).

⁸⁹ O Conflito de Competência, regulado pelo artigo 951 e seguintes do CPC/15, pode ser suscitado por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou pelo juiz, a fim de que o tribunal defina o foro competente para a tramitação de uma dada ação judicial.

⁹⁰ A Suspensão de Liminar é incidente processual calcado na Lei nº 8.437/92, que restringe as hipóteses de liminares judiciais contra o poder público ao permitir que a pessoa jurídica de direito público interessada provoque o presidente do tribunal para que suspenda a execução da liminar em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Quanto aos julgados do STF, a maior parte dos casos analisados referia-se a casos concretos, tendo sido localizadas pouquíssimas ações decididas em sede de controle concentrado de constitucionalidade – foram apenas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI),⁹¹ além do acórdão do julgamento dos Embargos de Declaração⁹² relativo a uma delas. Oito dos casos analisados referiam-se a Recursos Extraordinários (RE)⁹³ e a agravos contra decisões que negaram seguimento a Recursos Extraordinários (ARE)⁹⁴ – destes, cinco foram afetados para decisão em regime de repercussão geral, com efeitos *erga omnes*.

A amostra do STF é composta por mais por sete Petições (Pet),⁹⁵ seis Reclamações (Rcl),⁹⁶ três Ações Cautelares (AC), duas Ações Cíveis Originárias (ACO).⁹⁷ Foram localizados, ainda, um Mandado de Segurança (MS), impetrado para evitar a execução de sanção imposta em ação de improbidade administrativa, e um *Habeas Corpus* (HC), impetrado para discutir a natureza civil ou penal de um inquérito instaurado contra deputado.⁹⁸

⁹¹ Nos termos do artigo 102, I, *a* da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

⁹² Cabem Embargos de Declaração quando houver no acórdão obscuridade, dúvida, contradição ou omissão que devam ser sanadas – artigo 337 do Regimento Interno do STF, disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 13 de dezembro de 2019.

⁹³ Nos termos do artigo 102, III da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal “julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”.

⁹⁴ Contra a decisão do tribunal de origem que inadmite Recurso Extraordinário, cabe Agravo em Recurso Extraordinário, nos termos do artigo 1.042 e seguintes do CPC/15. Sob a égide do CPC/73, era cabível agravo de instrumento (artigo 544), razão pela qual dois dos casos analisados foram autuados como AI – Agravo de Instrumento.

⁹⁵ Nos termos do Regimento Interno do STF (artigo 56, IX), os expedientes que não tenham classificação específica, nem sejam acessórios ou incidentes, são incluídos na classe “Petição”, se contiverem requerimento da parte peticionante. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>>. Acesso em 13 de dezembro de 2019.

⁹⁶ A Reclamação é prevista no artigo 102, I, *l* da Constituição Federal como instrumento de preservação da competência do STF e garantia de autoridade das suas decisões. Atualmente, também está prevista no artigo 988 e seguintes do CPC/15.

⁹⁷ Nos termos do artigo 102, I da Constituição, cabe ao STF “processar e julgar, originariamente, as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta”. Os casos analisados cuidavam de conflitos entre o Ministério Público Federal e o Estadual para investigar e propor ações de improbidade administrativa.

⁹⁸ Nos termos do artigo 5º, LXVIII e LXIX da Constituição Federal, conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, quando o

Considerando a pertinência temática e a íntima relação dos incidentes com processos de improbidade existentes ou em potencial, os acórdãos foram mantidos na amostra para análise.

As decisões analisadas distribuem-se em 22 Estados da federação,⁹⁹ porém com uma concentração maior nos Estados nas regiões Sudeste e Sul e menor nas regiões Centro-Oeste, Nordeste e Norte. Evidentemente, os dados encontrados não autorizam concluir que no Nordeste sejam ajuizadas menos ações de improbidade per capita ou que no Centro-Oeste e no Sul elas sejam mais frequentemente ajuizadas. Também não permitem que se conclua que ações dessas localidades cheguem em menor ou maior proporção ao STJ ou ao STF. Cuida-se, apenas, de uma distribuição geográfica aleatória, decorrente da seleção histórica, realizada pelos tribunais, dos casos considerados relevantes para a fixação de determinadas teses.

No STJ, a maior parte dos casos analisados diz respeito a demandas originadas no interior dos estados e não a casos originados nas capitais, mas a proporção foi bastante equilibrada nas decisões selecionadas no âmbito do STF.¹⁰⁰ É interessante notar que, em 22 acórdãos analisados, os relatórios não continham informações que permitissem identificar a cidade de origem da ocorrência, o que é indicativo de que os relatórios dos processos podem, eventualmente, ser bastante superficiais quanto aos elementos fáticos dos casos analisados.¹⁰¹

Quanto à competência, as demandas analisadas tramitaram majoritariamente na Justiça Estadual. A este respeito, é interessante notar que, se o combate à corrupção no Brasil teve um forte impulso a partir da década de 1990 com a propositura de demandas de improbidade administrativa pelos Ministérios Públicos estaduais, mais recentemente parece ter havido um deslocamento do eixo de atuação dos órgãos de controle, em função do protagonismo da Polícia Federal e do Ministério Público Federal e da propositura de demandas criminais perante a Justiça Federal (ARANTES, 2015). Tal fenômeno, no entanto, não é observável na presente pesquisa, que se volta à análise qualitativa da forma pela qual como os tribunais superiores vem lidando com os problemas dogmáticos decorrentes da aplicação da LIA, de modo que não é capaz de capturar a frequência de tais demandas nos tribunais território nacional.

responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

⁹⁹ São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná, Distrito Federal, Goiás, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Sergipe, Pernambuco, Rondônia, Bahia, Ceará, Mato Grosso, Espírito Santo, Pará, Amazonas, Paraíba, Tocantins, Maranhão e Mato Grosso do Sul.

¹⁰⁰ No STJ, 72 dos casos analisados eram provenientes de cidades no interior, enquanto apenas 40 de capitais. Já no STF, a proporção foi mais equilibrada, sendo 14 casos oriundos do interior e 13 de capitais.

¹⁰¹ No STF, não foi possível identificar a cidade de origem do caso em apenas uma decisão, o que aponta para relatórios mais detalhados por parte desse tribunal.

2.1.3 O AUTOR, O RÉU E O ATO ÍMPROBO

Entre os casos analisados, de maneira geral, o autor das demandas era o Ministério Público, o que não surpreende, diante dos resultados das pesquisas quantitativas anteriormente apresentadas (ALVES DA SILVA; HENRIQUES DA COSTA, 2011, p. 51; GOMES JUNIOR, 2015, p. 25-26). No que diz respeito ao polo passivo, dos casos analisados no STJ, a grande maioria dos casos envolviam agentes políticos¹⁰² e, em uma pequena quantidade de casos, os relatórios eram tão superficiais que não foi possível identificar a qualificação do réu. Também no STF, a maior parte dos casos envolvia agentes políticos, sendo uma pequena parte dos casos relativa a servidores públicos e, muito raramente, os casos envolviam agentes privados. A prevalência dos agentes políticos no polo passivo das demandas de improbidade administrativa já foi amplamente demonstrada por pesquisas empíricas de natureza estatística e, por isso, dificilmente deixaria de se refletir na amostra ora coletada (ALVES DA SILVA; HENRIQUES DA COSTA, 2011, p. 52-53; GOMES JUNIOR, 2015, p. 17; BARBÃO; OLIVEIRA, 2018, p. 29-30).

Também em consonância com as pesquisas anteriormente apresentadas (BARBÃO; OLIVEIRA, 2018, p. 30; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 14), a esmagadora maioria dos casos analisados junto ao STJ em que os réus eram agentes políticos dizia respeito à esfera municipal e os réus eram, sobretudo, prefeitos. Poucos dos casos analisados envolviam políticos da esfera estadual e alguns casos mais raros envolveram conselheiros de Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, ministros de Estado e deputados federais. Em um caso, não foi possível identificar o cargo do agente político implicado.

Nas ações observadas junto ao STF, contudo, o quadro se altera. Embora a proporção de agentes políticos da esfera municipal processados ainda seja muito maior do que a de agentes políticos da esfera estadual, em razão das suas competências constitucionais o STF foi chamado a decidir, em quase metade das ocorrências analisadas, litígios envolvendo agentes políticos da esfera federal, como senadores, deputados federais, ministros de Estado e o Advogado Geral da União.

¹⁰² Para os fins desta pesquisa, foram considerados agentes políticos aqueles que ocupam cargos em razão de mandato eletivo ou de nomeação por parte de agente detentor de mandato. Por outro lado, agentes que ocupam cargos em função de seleção mediante concurso público, como juízes e promotores de justiça, foram considerados não políticos.

Já entre os réus das ações de improbidade administrativa analisadas que não foram classificados como políticos, encontra-se uma variedade de agentes públicos, que vão desde servidores em geral, passando por juízes e servidores da justiça, funcionários de bancos públicos, empresas públicas e sociedades de economia mista, policiais, funcionários de autarquias ou fundações públicas, médicos de hospitais públicos, professor da rede pública de ensino, reitor de universidade pública e procurador do estado e promotores de justiça em estágio probatório.

Chama atenção que os relatórios de muitos dos acórdãos sejam tão superficiais e incompletos que sequer seja possível identificar o ato ímprobo perseguido em cada processo. Isso se verificou em 24 acórdãos do STJ, o equivalente a 18% das decisões analisadas naquele tribunal; e em 13 acórdãos do STF, o equivalente a 46,43% dos casos.

Quanto às ocorrências em que se pôde identificar o ato ímprobo imputado ao réu, verificou-se que, na maior parte das vezes, o acusado responde por uma ação, o que não afasta, contudo, a possibilidade de ser processado por omissão: em alguns dos casos analisados, o réu respondeu judicialmente por condutas como deixar de prestar contas sobre recursos recebidos do governo federal, omitir informações a órgãos de controle, descumprir ordem de superior hierárquico, deixar de praticar atos de ofício, não avaliar adequadamente as consequências de determinados atos para o erário, não prevenir dano ambiental, não cessar situação de contratação ilegal e, até mesmo, em um caso, não pagar precatórios judiciais.

Agrupando-se os casos por temas afins, nota-se que a parcela mais expressiva dizia respeito a situações envolvendo licitações e contratações públicas, bem como casos de alegado superfaturamento de obras e serviços, o que aponta para a necessidade de se investigar até que ponto a Lei nº 8.666/93, que buscou regular detalhadamente o processo de licitações na Administração Pública, vem funcionando, efetivamente, como um mecanismo apto a moralizar e tornar mais eficientes os processos de compra de bens e de contratação de serviços e obras públicas.

Outros assuntos dominantes foram gastos públicos irregulares e problemas relativos ao orçamento ou à prestação de contas, bem como as situações relacionadas a servidores públicos, a cargos em comissão e à exigência de concursos públicos, incluindo-se nessa categoria acusações de nepotismo. Ainda que não tão recorrentes, as situações em que agentes políticos são acusados de terem sido indevidamente favorecidos por atos com potencial impacto eleitoral também foram identificadas. Outras decisões trataram de acusações de uso indevido

do trabalho de servidores públicos ou de bens públicos por agentes políticos com vistas à obtenção de vantagens particulares.¹⁰³

2.1.4 PREVALÊNCIA DE QUESTÕES PROCESSUAIS E FORMAIS NOS CASOS ANALISADOS

Ainda que, de maneira geral, grande parte dos recursos analisados se originassem em decisões de mérito (89 dos 164 acórdãos analisados), chama a atenção que 62 deles sejam originários de decisões interlocutórias,¹⁰⁴ o que pode ser indicativo de um alto grau de litigiosidade nas ações de improbidade administrativa, no sentido de haver uma tendência a que as partes recorram frequentemente das decisões proferidas ao longo do processo, bem como de que essas questões não sejam definitivamente resolvidas em segunda instância, sendo levadas até os tribunais superiores para apreciação.

Se a tramitação de muitos recursos interpostos em face de decisões interlocutórias nas ações de improbidade administrativa certamente tem, como consequência, impacto no tempo de duração dessas demandas, suas causas podem ser relacionadas a uma série de fatores, sendo plausível cogitar, por exemplo, que

- (i) em uma ação de improbidade, estão em jogo interesses políticos e consequências muito graves, de modo que as partes fazem questão de tentar garantir que o desenrolar do processo lhes favoreça, razão pela qual recorrem das decisões interlocutórias;
- (ii) a interposição de recursos integra a estratégia da defesa, a fim de que o processo se prolongue, evitando a execução das sanções gravosas da LIA no curto prazo; e
- (iii) em razão da redação da LIA não ser clara quanto ao procedimento, diversas questões relativas aos seus aspectos processuais surgem ao longo do feito, impondo ao Poder Judiciário a fixação de teses caso a caso.

Ainda que, muito provavelmente, todos esses fatores atuem em conjunto, a terceira hipótese – quanto à ausência de clareza da LIA acerca do procedimento para o processamento

¹⁰³ Temas variados podem agrupados na categoria “outros”, que inclui decisões sobre questões que apareceram de forma menos recorrente na amostra, como tortura e violência policial ou abuso de autoridade, recebimento ou exigência de propina, negócios jurídicos envolvendo bens públicos como doação e permuta, dano ambiental, empréstimos em bancos públicos com favorecimento indevido, sonegação fiscal, assédio sexual, omissão de informações do MP, cobrança indevida pela prestação de serviço público, uso de informação privilegiada obtida em função do cargo para obtenção de vantagem econômica e irregularidades na política de privatizações conduzida pelo Governo do Estado de São Paulo.

¹⁰⁴ Outros 9 acórdãos referiam-se a demandas propostas em face de inquéritos civis ou procedimentos em fase administrativa, 3 diziam respeito a controle de constitucionalidade em abstrato e em um caso não foi possível identificar se o recurso se originava de uma decisão interlocutória ou de mérito.

das demandas – é reforçada pelo achado de que, na grande maioria dos casos analisados, os Tribunais Superiores debateram exclusivamente questões processuais trazidas pelas partes. De fato, em 105 das 164 decisões analisadas, o debate limitou-se a matéria processual, sem que houvesse, portanto, qualquer debate quanto à matéria de mérito.

A divisão entre o direito processual e o direito material é aqui empregada por sua utilidade para a compreensão do fenômeno estudado. Não se ignora, no entanto, que embora o direito processual tenha “identidade, função, finalidade e natureza próprias, serve, atende e volta-se para a aplicação concreta do direito material”, a ponto de “diversos institutos processuais civis só [terem] sentido, é esta a grande verdade, quando analisados à luz do plano do direito material” (BUENO, 2007, p. 49).

Caso se somem aos casos em que o debate foi exclusivamente procesual também os casos em que se discutiu apenas a questão da prescrição – que, embora seja processualmente classificada como matéria de mérito, ainda assim é uma discussão de natureza formal que impede a apreciação das demais questões de fundo envolvidas em um caso concreto – chegue-se ao patamar de 118 decisões, entre os 164 acórdãos analisados, que não discutem expressamente o ato ímprobo em si e as circunstâncias subjetivas e objetivas relativas à sua imputação.

É certo que a amostra, composta por decisões selecionadas pelos próprios tribunais, pode carregar o viés de excluir decisões de mérito, mais polêmicas e politicamente sensíveis, e concentrar-se em questões mais processuais e formais. Ainda assim, as discussões processuais encontradas nos acórdãos analisados refletem as questões dogmáticas que a doutrina de Direito Administrativo vem apontando, como se viu no capítulo 1, como as principais chaves de debate sobre o tema da improbidade administrativa, o que conduz à impressão de que o discussão nos tribunais superiores, efetivamente, tende a ter um forte caráter processual.

É possível cogitar que a Súmula nº 7/STJ e a Súmula nº 279/STF, ao impedirem a reanálise de fatos e provas pelos tribunais superiores, contribuam para essa situação. Isso porque, ao invocar uma questão processual, as partes podem ter aumentadas as chances de terem seus recursos analisados, já que as questões de direito material guardam maior relação com os fatos e as provas arroladas aos autos.

Seja qual for a causa dessa aparente prevalência das discussões processuais, no entanto, fato é que os tribunais superiores debruçaram-se sobre elas consistentemente, tendo em vista que a LIA deixou em aberto questões cruciais para a sua aplicação, do que decorre uma ampla disputa entre as partes diretamente implicadas nessas ações pela interpretação da

norma e pelo estabelecimento de uma narrativa acerca da sua inserção no ordenamento jurídico vigente.

2.2 OS SENTIDOS DA APLICAÇÃO DA LIA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Em toda decisão jurídica, especialmente nos tribunais superiores, estão em disputa não apenas o desfecho adequado para o caso concreto, mas os contornos de um projeto de Estado. Ao decidir, os julgadores definem o papel que atribuem ao Direito na construção e resolução de conflitos, bem como os papéis do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes políticos representativos na organização social. Determinam, assim, a forma de funcionamento das investigações e dos processos de improbidade administrativa, discutindo os limites legítimos às práticas de promotores e gestores públicos, bem como do poder punitivo e de controle de modo geral.

A partir de uma posição institucional hierárquica, com o poder de uniformizar a aplicação e a interpretação da legislação federal e de proteger a Constituição Federal, o STF e o STJ não apenas criam precedentes, mas constroem politicamente legitimidades e legalidades. Assim, ao aplicar a LIA, atribuem a ela um *sentido*. A ação social dos julgadores, ao decidir, pode ser interpretada como orientada a determinados objetivos e em função do comportamento de outros agentes (WEBER, 2012, p. 3-4). Para mapear esse sentido, portanto, procedeu-se a uma análise qualitativa dos julgados, com vistas a compreender a argumentação dos ministros nos casos submetidos à sua apreciação.

A análise, apresentada a seguir, foi realizada em três eixos principais. O primeiro deles diz respeito ao uso, pelos ministros, de princípios jurídicos para fundamentar as suas decisões. Partindo, assim, da crítica doutrinária segundo a qual a natureza principiológica da LIA abre espaço ao subjetivismo, buscou-se verificar quais princípios são mobilizados nos processos judiciais sancionatórios, bem como se o emprego de normas de conteúdo vago é acompanhado da densificação do seu significado nos casos concretos.

Em vista das tensões institucionais criadas pela LIA e considerando a existência de uma disputa discursiva sobre o significado da improbidade administrativa, sobre o agente ímprobo, sobre a sociedade, sobre o Estado e sobre a política, o segundo eixo diz respeito à identificação, nos votos e discussões entre ministros, de manifestações a esse respeito.

Por fim, o terceiro eixo de análise apresenta elementos narrativos nas decisões que apontam para uma reflexão sobre a atividade judicante realizada e o papel das instituições de justiça e do direito sancionador.

A partir da necessária contextualização teórica, os dados obtidos foram, então, desdobrados em uma análise qualitativa mais sofisticada, com vistas a permitir a construção de um sentido para a aplicação da LIA nos tribunais superiores.

2.2.1 PRINCÍPIOS QUE INOCENTAM E QUE CONDENAM: AS IMPLICAÇÕES POLÍTICAS DE UMA NORMA EMINENTEMENTE PRINCIPIOLÓGICA

A LIA vale-se de linguagem forte e expressiva para impor ao agente público o dever de não apenas obedecer, mas também de zelar pela observância de uma série de princípios vagos, abertos e indeterminados, sob pena de gravosas sanções, como aqueles que impõem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, previstos no artigo 11 da lei.

Com efeito, a maior parte das condenações analisadas no STJ fundamentou-se na ocorrência de violação aos princípios que regem a Administração Pública (17).¹⁰⁵ Outras 11 tiveram por base a ocorrência de dano ao erário e apenas seis justificaram-se em razão da ocorrência de enriquecimento ilícito. Dois ou três desses argumentos, no entanto, podem aparecer combinados em um único caso.

O dado é compatível com outras pesquisas empíricas que apontam o artigo 11, que trata da violação aos princípios da Administração Pública, como sendo o artigo da LIA que produz o maior número de condenações judiciais (ALVES DA SILVA; HENRIQUES DA COSTA, 2011, p. 58; CNJ, 2012, p.19). Essa situação evidencia que, com frequência, as condenações por improbidade administrativa tomam por base um dispositivo de teor vago e indeterminado. De fato, o artigo 11 é o dispositivo mais aberto da lei e grande responsável por acentuar sua natureza principiológica.

A distinção entre as regras e os princípios enquanto espécies de normas é objeto de amplo debate no âmbito da Teoria do Direito e ganhou força mais recentemente com as obras de Ronald Dworkin (2002) e de Robert Alexy (2008). Não se pretende enveredar por essa

¹⁰⁵ Já quanto ao STF, dentre todas as decisões analisadas, houve apenas uma em que se tratou de questões de direito material e não de temas processuais ou relativas à prescrição. Em sede de reclamação, o tribunal reformou a decisão que havia condenado uma prefeita como incurso no artigo 11 da LIA, por violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade (STF, Rcl. 22.339/SP, 2ª turma, j. 04.09.2018).

relevante discussão. Parte-se, contudo, do pressuposto de que a distinção não apenas é possível como também é útil para a compreensão do fenômeno jurídico.¹⁰⁶

Para os propósitos da pesquisa, é suficiente destacar que, diferentemente das regras, que se expressam por conceitos precisos e têm um campo de abrangência limitado, aplicando-se a um número definido de hipóteses, os princípios são expressos por conceitos indeterminados e têm um campo de abrangência mais amplo, podendo-se aplicar a um número indefinido de hipóteses. Como esclarece José Eduardo Faria, sua “ambivalência permite a cada cidadão imaginar que seus anseios foram acolhidos pelo legislador”, o que é útil como técnica legislativa, com vistas a “calibrar expectativas sociais e oferecer argumentos diversificados para o raciocínio jurídico” (FARIA, 2019, p. 98-99).

A bem da verdade, o recurso a princípios é fenômeno comum em sociedades complexas e heterogêneas, em constante mudança, como aponta José Eduardo Faria:

“A distinção entre regras e princípios ajuda a compreender o processo legislativo nas sociedades estabilizadas, com seus hábitos e rotinas, e nas sociedades cambiantes, quando os conflitos acirrados põem em risco a estabilidade das leis. (...) em tempos incertos, em que as identidades coletivas encontram-se erodidas e inexistem referências éticas consensuais (...) como podem os juízes aplicar as leis em meio a acontecimentos que provocam rupturas e bifurcações na ordem vigente? (...) Nesse cenário, os princípios exercem papel decisivo como técnica legislativa. Graças à indeterminação de seus conceitos, ajudam a combinar a permanência e mudança, a balizar a ponderação e a estabelecer critérios que redefinem o sentido da ordem jurídica. Princípios são vagos por natureza (...) a ambiguidade ajuda a lei a permanecer estável, ao mesmo tempo que, por meio de reinterpretções, ela se adequa às novas circunstâncias” (2019, p. 99).

Ocorre que, em fase de aplicação, o texto de ambiguidade potenciada suscitará a necessidade de, pela via interpretativa, adaptá-lo à realidade e, nesse sentido, o legislador permite uma maior abertura à atuação do intérprete, a quem caberá

“dar cobro às antinomias, às incongruências ou para desfazer nebulosas terminológicas e nominais, assim como para afirmar os conteúdos orientados a granjear a adesão do maior número de interessados no êxito do princípio e da norma que surge para lhe conferir a inadiável concretude” (FREITAS, 1996, p. 54).

Princípios exigem ponderação como método hermenêutico, razão pela qual “tendem a ser aplicados aos casos difíceis de sociedades que já não conseguem mais ser

¹⁰⁶ Como esclarece Virgílio Afonso da Silva (2003), tanto Ronald Dworkin como Robert Alexy defendem a tese segundo a qual haveria uma separação qualitativa entre regras e princípios, ou seja, cuidar-se-ia de normas portadores de caráter lógico diverso. Por sua vez, autores como Joseph Raz e Humberto Bergmann Ávila defendem que a distinção entre estes tipos de norma seria uma distinção de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Por fim, há autores como Aulis Aarnio que refutam a própria possibilidade e a utilidade dessa distinção entre regras e princípios.

disciplinadas por corpos de normas gerais, tal o distanciamento social e a incompatibilidade do direito codificado com situações heterogêneas” (FARIA, 2019, p. 99). A interpretação torna-se, assim, um momento essencial e necessário da experiência jurídica, não meramente declaratório, mas constitutivo:

“a interpretação não está para a lei como o reflexo para o espelho, mas na relação que liga a semente à planta. As interpretações mais antigas e as mais recentes interagem, modificando o sistema jurídico continuamente. Assim, a interpretação dá sentido, alcance e eficácia à ordem jurídica” (FARIA, 2019, p. 39).

Nas decisões analisadas, os ministros frequentemente utilizaram princípios para fundamentar suas decisões. Em 49 oportunidades, os princípios jurídicos foram mobilizados em decisões favoráveis ao réu em ações de improbidade administrativa. Já em outras 61, os ministros mobilizaram princípios jurídicos para justificar uma condenação por improbidade administrativa ou a prevalência de teses processuais defendidas pelos órgãos de controle.

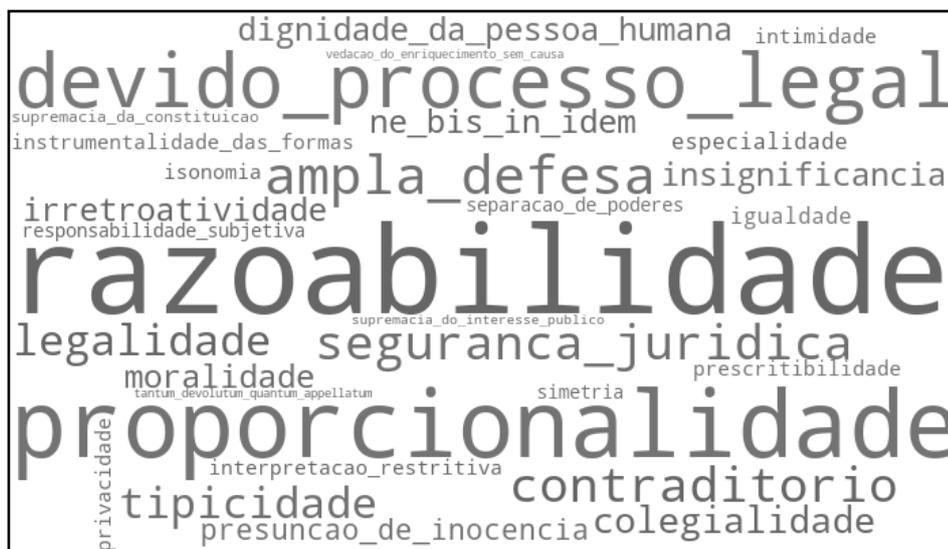
Conforme demonstram as imagens a seguir, cuida-se de princípios distintos, que marcam claramente duas posturas distintas face ao direito. De um lado, uma postura que busca a imposição de sanções aos réus em ações de improbidade em razão do descumprimento de princípios substantivos, como os da moralidade, impessoalidade e legalidade. De outro, uma postura defensiva montada sobre argumentos processuais, invocando os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade.

Figura 1 – Princípios mobilizados nas decisões favoráveis aos argumentos do Ministério Público e à condenação dos réus em ações de improbidade



Fonte: elaboração própria.

Figura 2 – Princípios mobilizados nas decisões contrárias aos argumentos do Ministério Público e favoráveis à absolvição dos réus em ações de improbidade



Fonte: elaboração própria.

Essa diferença parece ser produzida pela dinâmica processual, na medida em que, na defesa de seus interesses, promotores de justiça e advogados de políticos acusados de improbidade recorrerem a distintas técnicas hermenêuticas. Como aponta José Eduardo Faria (2019, p. 49), a interpretação *secundum legem* ou literal costuma ser valorizada por advogados de defesa, em nome da proteção de garantias processuais e da contenção de um possível arbítrio sancionatório estatal; já a interpretação *praeter legem*, mais expansiva, é empregada por procuradores e promotores como instrumento de efetivação de princípios constitucionais fundamentais como o da moralidade pública.

Mais recentemente, a distinção entre estas duas posturas perante o direito ganhou corpo e passou a dividir os magistrados perante a opinião pública:

“Com a judicialização da política e a subsequente politização da justiça, ganhou corpo nos meios jurídicos e políticos a oposição entre magistrados garantistas (...) e magistrados consequencialistas (...). Os garantistas alegam que, ao deixar de seguir o texto da lei para priorizar os efeitos das decisões judiciais no momento de tomá-las, dando assim vazão à vontade de atingir resultados desejados ou previamente determinados, os consequencialistas seriam basicamente punitivistas. Ou seja, recorreriam a interpretações extensivas, desprezando as intenções do legislador constitucional, passando por cima das garantias individuais e dos direitos fundamentais e desprezando o devido processo legal. Por seu turno, os consequencialistas justificam a opção por interpretações abrangentes em nome de um método mais realista para articular investigação, contraditório, celeridade e eficiência – método esse que propiciaria uma espécie de legitimação pelos resultados, dentre eles a moralização da vida pública” (FARIA, 2019, p. 113-114).

Os princípios mobilizados em favor das teses de acusação e de defesa evidenciam com bastante clareza essa distinção nos casos analisados.

Grande parte das condenações – ou das decisões favoráveis às teses da acusação – invocaram os princípios da moralidade, da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. Cuida-se, com efeito, dos princípios que constam do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e que regem a Administração Pública.

É certo que os princípios são naturalmente vagos e seu conteúdo é indeterminado, de modo que podem ser usados em ambos os sentidos. O princípio da legalidade, por exemplo, também pode ser mobilizado pelo réu em sede defesa e, efetivamente, foi suscitado em três das decisões analisadas favoráveis ao acusado, mas apareceu com muito mais frequência em argumentos favoráveis ao Ministério Público (15 vezes). O mesmo ocorreu com o princípio da moralidade: mobilizado duas vezes em favor do réu, mas 32 vezes em favor dos órgãos de controle. Cuida-se, nesse sentido, de um princípio que impõe comportamentos indeterminados, porém claramente exigidos a ponto de justificar a imposição de graves sanções em ações de improbidade administrativa.

Já as absolvições, de maneira geral, revolveram em torno de garantias processuais como a proporcionalidade e a razoabilidade, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, a segurança jurídica, a tipicidade, a irretroatividade da lei, a vedação ao *bis in idem*, a presunção de inocência e a interpretação restritiva da norma sancionatória.

Alguns desses princípios, no entanto, embora ostentem natureza processual, aparecem tanto nas decisões favoráveis ao réu quanto nas favoráveis ao Ministério Público. A proporcionalidade justificou, ainda que parcialmente, decisões contrárias ao réu em 13 casos e favoráveis a ele em outros 13. Já a razoabilidade justificou, ainda que parcialmente, decisões contrárias ao réu em oito casos e favoráveis a ele em outros 14. O princípio da segurança jurídica, por sua vez, apareceu quatro vezes em decisões favoráveis ao réu e, em outras duas, em decisões contrárias a ele.

A esse respeito, importa ressaltar que é observável uma mobilização de princípios de ordem processual também no sentido de garantir a eficiência do processo em prol das teses acusatórias. Entre as decisões condenatórias, foram suscitados o princípio da economia processual, da celeridade e da instrumentalidade das formas. Ademais, em algumas oportunidades, o STJ deixou de anular o processo em razão de alguma ilegalidade processual por entender que não há nulidade sem que haja prejuízo comprovado à defesa (*pas de nullité sans grief*) ou que nulidades sanáveis poderiam ser – e, nos casos, efetivamente teriam sido – regularizadas. Dentre os princípios invocados no sentido de flexibilizar as normas processuais apenas o da instrumentalidade das formas foi mobilizado uma única vez em uma decisão favorável ao réu da ação em todos os casos analisados.

Como se vê, a defesa dos réus em ações de improbidade parece mais restrita à mobilização de princípios processuais com vistas à garantia do devido processo legal, enquanto a acusação mobiliza, ao mesmo tempo, princípios substantivos como critérios para a imposição da moralidade pública e princípios processuais para flexibilizar procedimentos e ampliar a eficiência condenatória do Estado.

“Por apego excessivo às normas com conceitos determinados e às interpretações restritivas, os primeiros não dão o devido valor à complexidade de sociedades cambiantes e heterogêneas, como a brasileira. Prendem-se a uma racionalidade lógico-formal insuficiente para viabilizar uma engenharia jurídica eficaz, baseada em regulamentações gerais. Esquecem-se de que as palavras nos textos legais não são cristais transparentes e imutáveis, mas a pele que encobre um pensamento vivo e que varia de tamanho e conteúdo conforme a circunstância e o tempo em que seja utilizada. (...) Por apego excessivo às normas programáticas, assumindo a moralidade pública como bandeira, os segundos parecem não apreender que os princípios jurídicos exigem um mínimo de organização e sistematização, teimando assim em analisar os litígios em termos dicotômicos e maniqueístas, como se as partes representassem o bem e o mal, a honestidade e a corrupção. Confundem hermenêutica jurídica com escolhas voluntaristas, certos de que estão agindo como guardiões da moral coletiva” (FARIA, 2019, p. 117).

A esse respeito, destaque-se que textos de natureza aberta e o uso de conceitos indefinidos não significa, necessariamente, um maior espaço de manobra na fundamentação, mas sim uma maior responsabilidade política no momento de fundamentar a decisão e reconstruir a história institucional do conceito jurídico (SCHMITZ, 2015, p. 206; RODRIGUEZ, 2013, p. 209-210).

Todavia, nota-se entre as decisões analisadas ocasiões em que a citação de princípios foi feita de forma meramente retórica, sem maiores aprofundamentos sobre o seu significado teórico ou no caso concreto e até mesmo sem que fossem essenciais para a decisão tomada pelo tribunal. É o caso, por exemplo, do REsp 772.241/MG (STJ, 1ª Turma, j. 13.11.2007). Veja-se:

“Na hipótese dos autos, o ato de improbidade se amolda à conduta prevista no art. 11, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, para trabalharem no Banco do Estado de Minas Gerais S/A-BEMGE, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal”.

A argumentação, nesse caso, é circular: o ato de manter contratos com pessoas admitidas sem concurso público viola os princípios da Administração Pública, logo se amolda ao artigo 11 da LIA, que condena a lesão aos princípios da Administração Pública. Ora,

evidente que a violação aos princípios que regem a Administração Pública é vedada pela LIA e que, se ela ocorrer, a conduta deve ser subsumida à regra do artigo 11 da lei.

Sem entrar no mérito sobre a ocorrência, ou não, de violação a princípios no caso analisado, fato é que a decisão não explicita as razões pelas quais entende que a conduta questionada teria violado quaisquer princípios, o que evidencia um problema de fundamentação. Ainda que, de alguma forma, seja possível presumir as razões pelas quais é possível considerar que a dispensa indevida de concurso público poderia, em tese, violar os princípios da moralidade e da impessoalidade, esses motivos deveriam ser explicitados, a fim de garantir o controle da correção da decisão judicial seja pelas partes, seja pela comunidade jurídica.

A bem da verdade, uma análise mais detida da decisão permite concluir que o problema efetivamente identificado pelo tribunal no ato impugnado diz respeito à violação da regra do art. 37, II da Constituição, que obriga à realização de concurso público para a investidura em cargo público. Nesse sentido, a da condenação decorre, antes, de um juízo de legalidade acerca da conduta avaliada, do que efetivamente de uma verificação quanto à violação dos princípios da moralidade e da impessoalidade. A *ratio decidendi*, que compreende aos argumentos necessários para a decisão, corresponde à ilegalidade da conduta. Já a avaliação dos princípios da moralidade e da impessoalidade integram o *obiter dictum*, pois é desnecessária para a decisão, e a referência a eles, meramente retórica, quase ornamental.¹⁰⁷

Dentre os casos analisados, o REsp 467.004/SP (STJ, 1ª Turma, j. 10.06.2003) exemplifica claramente a forma como princípios podem ser mobilizados de maneira absolutamente superficial e desnecessária, disfarçando a falta de fundamentação adequada das decisões judiciais. O caso tratava de um contrato de locação de imóvel firmado entre um particular e uma prefeitura do interior de São Paulo para instalação de um Posto de Atendimento do Ministério do Trabalho no Município. O contrato foi firmado sem que tenha havido licitação e sem autorização legislativa; todavia, após autorização legislativa superveniente autorizando a locação, foi solenizado um novo contrato idêntico.

Ao apreciar o caso, assim decidiu o relator:

¹⁰⁷ “(...) a *ratio decidendi* compreende todos os argumentos necessários para se promover a decisão, que podem ser aplicados em casos futuros. *Obiter dictum*, por sua vez, corresponde aos argumentos, muitas vezes utilizados de forma retórica pelos julgadores, cuja utilização poderia ser suprimida sem que se alterasse o resultado do julgamento analisado. Tendo em vista esta dicotomia, diversos trabalhos buscam reconhecer quais são os argumentos que levam ao efetivo convencimento do julgador por um ou outro sentido, ou seja, qual é a *ratio decidendi*. De forma semelhante, mapeiam os argumentos meramente acessórios à decisão definitiva, por vezes considerados retóricos (*obiter dictum*)” (PALMA; FEFERBAUM; PINHEIRO, 2019, p. 105-106).

“Há que se ter obediência ao princípio da moralidade. A ausência de licitação e de autorização legislativa concorrem, com forte influência, para a procedência da Ação Civil Pública em boa hora intentada pelo Ministério Público. Posto isto, nego provimento ao recurso. É como voto” (Ibidem, p. 8-9).

Não houve qualquer justificação das razões pelas quais o princípio da moralidade teria sido violado no caso concreto, limitando-se a elencá-lo na decisão de maneira absolutamente superficial. A decisão, no entanto, não foi unânime e o entendimento do relator restou vencido pela maioria.

Em voto vista, um dos ministros defendeu que houve convalidação do ato administrativo, o que afastaria a sua suposta ilegalidade, bem como que o valor do contrato obedeceu a valores de mercado, afastando assim qualquer hipótese de dano ao erário. Consignou, ainda, não ter havido desvio de finalidade na contratação e que a premência da instalação do posto de atendimento do Ministério do Trabalho no Município, importante para a população local, evidenciaria a boa-fé da contratação (Ibidem, p. 13-14). As suas razões de decidir, assim, desvinculam-se por completo do princípio da moralidade, invocado no voto do relator, atendo-se à ausência de ilegalidade, de dano ao erário e de má-fé na conduta do agente acusado de improbidade administrativa.

Os argumentos de ausência de indício de má-fé e de dano ao erário também foram acolhidos por outros dois ministros, que, por sua vez, mobilizaram outros princípios jurídicos: o “princípio de vedação do enriquecimento sem causa” da Administração, da proporcionalidade e da insignificância.

“diante do princípio de vedação do enriquecimento sem causa, maior imoralidade estaria em a Administração beneficiar-se do contrato celebrado com o particular, usufruindo do bem cedido em locação, para mais tarde obter a restituição dos valores pagos, sob a alegação de nulidade a que ela própria deu causa” (Ibidem, p. 21).

“(…) trata-se de questão de realidade, de proporcionalidade. A locação ocorreu, inegavelmente; teve sua utilidade; o valor é pequeno, e a sanção que se aplica é absolutamente desproporcional. O Estado utilizou a casa e a devolveu.

A Lei de Improbidade tem uma gradação de sanções. Belíssima, a preocupação do legislador em observar a proporcionalidade entre o delito e a sanção. No caso presente, não houve prejuízo ao Erário. O bem foi utilizado, serviu à comunidade e cumpriu sua finalidade. O prefeito claudicou em relação à permissão. O art. 12 reserva, para tais situações, uma sanção, que não é a devolução do dinheiro - uma sanção política, salvo engano.

Na verdade, é necessário que tenhamos a sensibilidade para perceber que proprietário de casa no interior não tem discernimento para saber que vem sendo coautor de ato ímprobo. (...)

Invocando o princípio da insignificância, acompanho o voto de V. Exa., dando provimento ao recurso especial” (Ibidem, p. 15, 22).

Os votos da maioria vencedora, portanto, repetem os argumentos relativos à ausência de má-fé, ausência de desvio de finalidade e de ausência de dano ao erário. Não deixam, no entanto, de mobilizar alguns princípios jurídicos de forma totalmente lateral, sem necessidade e sem maiores explicações. Em uma decisão colegiada, essa prática termina por dificultar ainda mais identificação da sua *ratio decidendi*.

Destaque-se que, após os votos divergentes, o relator desse caso voltou a se manifestar e ratificou o seu voto com base no princípio da moralidade, novamente sem qualquer consideração sobre o seu significado ou sobre as razões pelas quais teria sido violado no caso. A rigor, parece extrair a violação ao princípio da moralidade do descumprimento da regra geral que exige a realização de licitação para as contratações com o poder público (Ibidem, p. 16). Como se vê, os princípios podem ser (e, efetivamente, são) empregados de maneira meramente retórica em decisões que carecem de uma fundamentação mais sólida.

A mobilização de alguns princípios específicos nos casos analisados chama a atenção pela sua vagueza e pelo espaço que abrem para o voluntarismo das decisões judiciais. É o caso dos “princípios embutidos”, vale dizer, de regras que são tratadas como se princípios fossem e, uma vez promovidas a essa categoria, ganham importância e efeito maiores do que aqueles que o ordenamento jurídico e o legislador expressamente lhes deu (SUNDFELD, 2017, p. 198). Entre os casos analisados, foram utilizados como princípios a “licitação”, a “vinculação ao instrumento convocatório” e a “contratação da proposta mais vantajosa”. Sem pretender discutir o acerto ou erro da decisão nos casos concretos, importa verificar eventuais insuficiências nas motivações dessas decisões.

Ainda analisando o REsp 467.004/SP (STJ, 1ª Turma, j. 10.06.2003), por exemplo, o voto vencido reiterou os termos do acórdão recorrido, que sustentou que estaria evidenciada nos autos “a inobservância dos (...) princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade, igualdade, publicidade, além daquele específico de contratação da indiscutível proposta mais vantajosa para a Administração, tudo isso informador do procedimento licitatório obrigatório na hipótese em tela (...)” (Ibidem, p. 7). A mobilização do “princípio da contratação da proposta mais vantajosa para a Administração” permite que se deixe de fazer uma análise mais pormenorizada da presença ou não de condições de dispensa de licitação ou outras circunstâncias concretas que pudessem justificar a forma da contratação questionada em juízo.

Outro caso pode ser ilustrativo dessa situação. No REsp 1.021.851/SP (STJ, 2ª Turma, j. 12.08.2008), o STJ manteve o acórdão recorrido proferido pelo TJ/SP por entender que a sua alteração dependeria da revisão de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ. A decisão de origem, todavia, limitou-se a consignar que:

“a modificação no objeto contratual introduzida pelos aditivos impugnados importou em verdadeira ofensa aos princípios basilares da licitação de igualdade, moralidade, legalidade, vinculação ao edital, conquanto se ampliou o objeto licitatório, para lhe introduzir novos serviços que até então não eram contemplados” (Ibidem, p. 19).

Não há clareza, a partir da leitura do acórdão, do porquê tais aditivos seriam, efetivamente, ilícitos, na medida em que estão ausentes maiores explicitações acerca do processo administrativo que os precederam e do contexto em que foram firmados. A mobilização do princípio, novamente, presta-se a permitir que a fundamentação da decisão judicial seja mais superficial e menos robusta.

De forma semelhante, no REsp 439.918/SP (STJ, 1ª Turma, j. 03.11.2005), o princípio da “vinculação ao instrumento convocatório” foi citado em um acórdão proferido pelo TJ/SP e, posteriormente, questionado perante o STJ. Discutia-se, no caso, o acerto da decisão que deferiu a medida liminar de indisponibilidade de bens dos réus em ação de improbidade administrativa. Na decisão, uma série de desvios são apontados no procedimento licitatório para aquisição de unidades do CDHU, mas em vez de explorar de que forma tais irregularidades poderiam ocasionar dano ao erário e, portanto, justificar a medida de indisponibilidade dos bens dos réus, a decisão concentrou-se no fato de tais desvios violarem os princípios da licitação. A decisão do TJ/SP foi integralmente mantida pelo STJ, que a considerou suficientemente fundamentada.

Com efeito, recursos que desafiam a qualidade da fundamentação das decisões judiciais podem ser obstados pelo tribunal a partir da mobilização do princípio do “livre convencimento motivado”. Em um dos casos analisados, tal princípio foi empregado pelo STJ para manter uma decisão do TJ/SP que, sem maiores considerações, simplesmente desconsiderou o rito processual da LIA em um caso concreto.

De fato, a LIA prevê um rito processual específico que estabelece a apresentação de uma defesa prévia pelo réu e a realização de um juízo preliminar acerca da existência de justa causa para o processamento da ação. Assim, cabe ao autor trazer, na petição inicial, documentos, justificação e indícios suficientes da existência do ato ímprobo. O acusado é, então, notificado para apresentar defesa prévia em 15 dias. Na sequência, caberá ao juízo receber a petição inicial ou, senão, rejeitar a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

No caso analisado, a decisão do TJ/SP, ignorou a fase de juízo preliminar e, da maneira como restou redigida, terminou por conferir amplos poderes ao juiz de primeira

instância para moldar o procedimento das ações de improbidade ao sabor de seu entendimento quanto ao mérito da demanda:

“ajuizada a ação civil pública (fls. 3/23e) e citados os réus (Hélio e Domingos), apresentou defesa prévia o recorrente [Hélio] às fls. 393/406e. Determinado o aditamento da inicial (fl. 813e), o Parquet diligenciou para incluir no polo passivo da ação a empresa (...). No curso da ação, ainda manifestou o recorrente pela incompetência absoluta em face da alteração feita pela Lei 10.628/02. Julgando antecipadamente a lide, nos termos do art. 330, I, do CPC, sobreveio a sentença condenatória (...). O juízo singular, soberano no exame de fatos e provas, de forma fundamentada, entendeu pela possibilidade de proferir julgamento antecipado. Alterar esse entendimento, implicaria, além de revolvimento do conjunto fático-probatório para se concluir pela necessidade de instrução do feito, procedimento defeso nesta via recursal a teor da Súmula 7/STJ, violação ao princípio do livre convencimento motivado” (ED no REsp 1.194.009/SP, STJ, 1ª Turma, j. 17.05.2012, p. 5-6).

A decisão, como se vê, não tece considerações acerca da função da defesa prévia ou sobre a existência de nulidades sanáveis ou não no processo em análise. Ao contrário, o tribunal limita-se a garantir a juízes de primeiro grau o poder de decidir sobre a pertinência, ou não, de obedecer ao rito processual previsto na LIA, dispensando a contestação e permitindo um juízo de mérito condenatório desde logo, sem criar quaisquer parâmetros que permitam às partes prever em quais casos a defesa prévia poderá, porventura, vir a ser recebida como contestação, o que cria uma situação de insegurança evidente quanto ao momento de apresentação da integralidade das teses defensivas.

É curioso, no entanto, que em pelo menos três outras oportunidades (STJ, AgRg no REsp 1.317.127/ES, 2ª Turma, j. 07.03.2013; STJ, REsp 1.116.964/BA, 2ª Turma, j. 15.03.2011; STJ, REsp 799.511/SE, 1ª Turma, j. 09.09.2008) o STJ tenha decidido que o magistrado de primeiro grau não poderia extinguir a ação sem resolução de mérito em fase de defesa prévia, mas nesses casos, a decisão havia sido proferida no sentido contrário, vale dizer, a inicial não havia sido recebida e o processo havia sido extinto por inexistência de ato de improbidade administrativa *in concreto*.

O AgRg no REsp 1.317.127/ES (STJ, 2ª Turma, j. 07.03.2013), por exemplo, discutia a contratação de empresa para a realização de propaganda informativa em um município, na qual foi veiculado o nome do prefeito. O tribunal de origem entendeu que a contratação se deu de forma regular, sem que houvesse indício de fraude, e que o intuito da propaganda era estimular o pagamento de IPTU pelos munícipes e não realizar propaganda pessoal. Ao decidir, no entanto, o STJ, consignou que a promoção pessoal em informes publicitários oficiais é conduta passível de ser enquadrada como improbidade, razão pela qual não há que se falar em ausência de justa causa para a propositura e prosseguimento da demanda.

Determinou, assim, o recebimento da inicial, por ser medida que “possibilita o maior resguardo do interesse público”, devendo-se aplicar ao caso o princípio “*in dubio pro societate*”. O livre convencimento motivado do magistrado de primeiro grau, como se vê, foi desconsiderado no caso.

O mesmo ocorreu no REsp 1.116.964/BA (STJ, 2ª Turma, j. 15.03.2011) e no REsp 799.511/SE (STJ, 1ª Turma, j. 09.09.2008): as decisões baseadas no diagnóstico dos tribunais de origem no sentido de que não havia evidência de dolo a justificar o prosseguimento das demandas foram reformadas pelo STJ, que decidiu que o dolo deveria ser apurado em instrução probatória e que o juízo preliminar tem por objetivo tão somente evitar o trâmite de ações clara e inequivocamente temerárias, não se prestando para resolver em definitivo as ações de improbidade, em função do princípio *in dubio pro societate*.

Tal princípio, não previsto na LIA ou na Constituição Federal, foi aplicado por mais de uma vez pelo STJ no momento processual de recebimento da petição inicial. Ocorre que o emprego de princípios implícitos, não previstos em lei e que não possuem base normativa ou textual, abre amplo espaço para arbitrariedade. Esse é, também, o caso do princípio da insignificância, que foi mobilizado por duas vezes nos casos analisados.

No REsp 467.004/SP (STJ, 1ª Turma, j. 10.06.2003), discutia-se a legalidade de um contrato firmado entre um particular e um município sem prévia licitação e autorização legislativa, pelo valor de R\$ 400,00 mensais. O voto do relator apontou que o valor do contrato se encontrava dentro dos valores de mercado, razão pela qual não teria havido dano ao erário. Um dos ministros, no entanto, ignorando completamente essa questão da compatibilidade do valor do contrato com os valores de mercado, manifestou-se da seguinte forma: “sr. Presidente, invocando o princípio da insignificância, acompanho o voto de V. Exa., dando provimento ao recurso especial” (Ibidem, p. 22). Sem maiores considerações acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância aos casos de improbidade administrativa, assentou-se, assim, de forma singela, a ausência de ato de improbidade administrativa em razão do baixo valor do contrato debatido.

Por outro lado, no REsp 892.818/RS (STJ, 2ª Turma, j. 11.11.2008), o tribunal decidiu que o princípio da insignificância não se presta a afastar a ocorrência de improbidade administrativa, podendo ser levado em conta apenas para fins de dosimetria da sanção. Cuidase de ação ajuizada contra o chefe de gabinete de um município no interior do Rio Grande do Sul, acusado de ter se utilizado de veículo de propriedade municipal e da força de trabalho de três membros da Guarda Municipal para transportar utensílios e bens particulares. Veja-se a decisão:

“A questão posta na presente demanda (...) [resume-se a saber] se, ao juiz, uma vez tendo chegado à conclusão de que determinado comportamento caracteriza improbidade (isto é, após a emissão do juízo de improbidade administrativa), é facultado afastar toda e qualquer sanção com base no princípio da insignificância (vale dizer, já no estágio do juízo de dosimetria da sanção). Quer me parecer que a resposta é negativa, pois, no juízo de dosimetria, não mais se discute se a conduta é proba ou ímproba, avaliam-se tão-só as circunstâncias dos fatos para a escolha e dosagem das sanções, sob o influxo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Se o bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade é, por excelência, a moralidade administrativa, desarrazoado falar em aplicação do princípio da insignificância às condutas consideradas imorais pelo próprio magistrado. Não existe improbidade administrativa significativa e improbidade administrativa insignificante. O que há é irregularidade insignificante (e, por isso, não constitui improbidade) e irregularidade significativa (e, por isso, improbidade administrativa). No campo dos valores principiológicos que regem a Administração Pública, não há como fiscalizar a sua obediência com calculadora na mão, expressando-os na forma de reais e centavos. Logo, **o princípio da insignificância não se presta para, após o juízo positivo de improbidade, exonerar, por inteiro e de forma absoluta, o infrator da aplicação das sanções – até da multa civil – previstas na Lei. (...) o dano objeto deste processo não se resume a "apenas" R\$ 8,47** (oito reais e quarenta e sete centavos), como afirmado pelo Tribunal. Esse é tão-só o valor do combustível utilizado e foi calculado unilateralmente pelo réu, ao restituir o que entendia de direito. A se dar um preço, *in casu*, à moralidade administrativa ofendida, haveria de ser considerado que, ao utilizar veículo do Município e força de trabalho de três guardas municipais, dever-se-ia também incluir, na quantificação do dano, no mínimo, o valor do frete que o servidor teria de contratar, se não usasse recursos e equipamentos públicos, bem como a remuneração do dia de trabalho dos três servidores municipais. Nada disso foi levado em conta. Assim, mostrou-se equilibrada a sentença ao (...) condenar o réu somente na pena de multa, no razoável valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais)” (Ibidem, p. 12-15, grifos nossos).

Por sua vez, a decisão adotada no REsp 799.511/SE (STJ, 1ª Turma, j. 09.09.2008) sustentou que a pequena monta do dano não se presta a afastar a tipicidade da conduta, de modo que não impede, por exemplo, que a conduta seja avaliada à luz do artigo 11 da LIA.

Das decisões analisadas, não é possível extrair a racionalidade que orienta o tribunal na sua compreensão acerca do princípio da insignificância e a sua aplicabilidade aos casos de improbidade administrativa. A ausência de maior desenvolvimento teórico acerca do tema conduz a decisões que empregam o termo de forma vaga e incapaz de produzir algum nível de segurança jurídica.

De fato, o uso retórico de princípios vagos pode ocultar a falta de fundamento dos pedidos formulados pelas partes e a violação de normas processuais, além de facilitar a motivação das decisões judiciais, ao legitimar decisões superficiais e fundadas no voluntarismo:

“(…) belos princípios ninguém tem coragem de refutar, e muita gente se sente autorizada a tirar conclusões bem concretas apenas recitando fórmulas meio poéticas (...) A verdade é que motivações e discussões que ficam nesse plano de generalidades são insuficientes para conclusões concretas. A razão é óbvia: nesse plano, quase todo mundo tem alguma razão no que diz. (...) Muitos juízes têm preferido ficar mesmo ‘nas nuvens’, pois isso lhes permite decidir de acordo com as sensações que tirem de cada processo, mesmo à custa de contradições” (SUNDFELD, 2017, p. 225-226).

Ao editar uma norma aberta e cheia de recursos a princípios, o legislador deixa de criar uma política clara de repressão às infrações funcionais, transferindo ao Poder Judiciário a responsabilidade de fazê-lo conforme decida, caso a caso, as ações de improbidade administrativa. Nesse sentido, a norma termina por enfraquecer o agente público perante as instituições de controle, seja pela extensão dos vagos deveres a ele impostos, seja pela dificuldade de o agente demonstrar, em cada caso, se conseguiu cumpri-los:

“O que significa, na prática, velar pela observância *estrita* da moralidade, algo aberto e amplo – ou, mesmo, da legalidade? A lei não quis saber. Ela não quis, portanto, delimitar exatamente deveres para facilitar seu cumprimento. Quis deixá-los pastosos, difíceis de definir e identificar. Qual a razão? É para alguém, depois, poder dizer ao agente: não cumpriu (...). [Ela] se limita a enumerar os pecados da improbidade, em três artigos muito longos, cujo texto é menos para especificar e precisar que para apanhar e abranger. (...) Pode-se cometer improbidade por ‘enriquecimento ilícito’, por ‘prejuízo ao erário’ ou por violação dos ‘princípios da Administração Pública’. Os preceitos que explicam esses conceitos são, em boa parte, vagos e abertos. O texto legal não se preocupa muito com circunstâncias da gestão administrativa, com exceções, excludentes ou atenuantes” (SUNDFELD, 2017, p. 330).

Atribuindo aos gestores públicos deveres amplos e indeterminados a serem cumpridos sob pena de sanções exemplares, a norma despiu os gestores públicos – em especial os prefeitos – da majestade própria da autoridade administrativa, para sentá-los no banco dos réus, transferindo poderes aos órgãos de controle, sobretudo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário (SUNDFELD, 2017).

A LIA fortalece, assim, uma “cultura do controle” que, como bem sistematizam Marques Neto e Palma (2017, p. 30), baseia-se nos seguintes pressupostos fundamentais: **(i)** quanto maior a margem de liberdade conferida aos gestores públicos para atuar, maior o risco de corrupção; **(ii)** quanto maior a incidência de controles, maior a certeza de que a Administração atue dentro dos quadrantes da legalidade; **(iii)** instituições de controle fortes, dotadas de independência funcional e muitos recursos, são capazes de barrar a corrupção; e **(iv)** a corrupção na máquina pública é contida por meio de sanções exemplares, cujo efeito simbólico teria condições de constranger novas práticas infracionais e delitivas.¹⁰⁸

É digno de nota que a LIA tenha sido editada em um contexto no qual o Poder Executivo era percebido com desconfiança após mais de duas décadas de regime ditatorial e o Poder Legislativo enfrentava uma crise de legitimidade, o que abriu espaço para a transferência

¹⁰⁸ Essas noções não têm, necessariamente, respaldo na realidade da gestão pública. Permanecem em aberto questões como saber se a discricionariedade dos gestores públicos é, de fato, o elemento determinante para o aumento dos níveis de corrupção; se a ampliação de mecanismos de controle tem levado, efetivamente, à redução das ilegalidades; se a atuação das fortes instituições de controle existentes tem revelado sua capacidade de barrar a corrupção e se a imposição de graves sanções tem servido à função preventiva da norma. Encontrar respostas a essas questões demandaria a realização de uma série de pesquisas empíricas aprofundadas.

de poderes e prerrogativas aos órgãos de controle, como o Ministério Público e o Poder Judiciário, que gozam de boa reputação e que, por isso mesmo, tiveram suas margens de discricionariedade aumentadas (MARQUES NETO E PALMA, 2017, p. 21-23). A tendência parece inalterada, na medida em que dados recentes do Índice de Confiança na Justiça no Brasil (ICJBrasil) dão conta de que os órgãos representativos seguem entre aqueles nos quais os brasileiros menos confiam, sobretudo se comparados aos órgãos de controle, como a polícia, o Poder Judiciário e o Ministério Público (RAMOS et al., 2017, p. 13).¹⁰⁹

O déficit democrático do Poder Legislativo e a deterioração do sistema político representativo, portanto, parecem abrir espaço para uma ampliação de poder do Judiciário e para o aumento do protagonismo de seus juízes e ministros:

“Foi no vácuo deixado pela redução da política tradicional a um balcão de negócios que surgiu o protagonismo judicial, ampliando a jurisdição da justiça com base em sistemas normativos nos quais os princípios se sobrepõem às regras, por serem mais adaptáveis a sociedades funcionalmente diferenciadas. Quanto mais complexa é a sociedade, menos ela consegue ser disciplinada por normas precisas. Em razão de seus conceitos vagos, de difícil determinação, os princípios propiciam uma interpretação extensiva das leis, o que faz da adjudicação uma instância privilegiada na construção do direito. Contudo, quando essa interpretação alargada é justificada só com base em argumentos morais, ela passa a ideia de que a política é suja – portanto, prescindível” (FARIA, 2019, p. 103).

O recurso a princípios e a transferência de poder decisório ao Poder Judiciário que se verifica na aplicação da LIA podem ser compreendidos como facetas de um fenômeno mais amplo, de caráter global, de judicialização da política¹¹⁰. A tendência consiste em afastar a elaboração de políticas públicas das instituições representativas em direção ao Judiciário (HIRSCHL, 2004, p. 72-73). Também Matthew Taylor traça um panorama sobre o tema (2008, p. 47) ao esclarecer que o recurso às cortes de primeira e segunda instância costuma ser utilizado

¹⁰⁹ O ICJBrasil, elaborado anualmente pela Fundação Getúlio Vargas, avalia a percepção dos cidadãos acerca das instituições jurídicas brasileiras. Dados de 2017 dão conta de que, naquele ano, apenas 6% dos brasileiros afirmaram confiar no Governo Federal e 7% no Congresso Nacional e nos partidos políticos. Os números das esferas representativas são bastante inferiores aos 28% que afirmam confiar no Ministério Público, aos 26% que confiam na Polícia. Além disso, cerca de um quarto dos brasileiros afirmou confiar ou confiar muito no Poder Judiciário. Esse percentual encontra-se, ainda, bastante abaixo de outras instituições como as Forças Armadas (56%) e a Igreja Católica (53%). O relatório do ICJBrasil – 2017 encontra-se disponível em <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf>. Acesso em 8 de março de 2019.

¹¹⁰ O fenômeno é relativamente recente nos países da América Latina e tornou-se um tema bastante debatido entre sociólogos, cientistas políticos e juristas que buscam compreender as causas e os efeitos da adoção de uma postura mais proativa pelo Poder Judiciário, o qual passou a interferir de maneira regular e significativa nas políticas públicas, sejam elas econômicas ou sociais. Essa interferência se verifica quando o Poder Judiciário passa a apreciar questões distributivas, decidindo acerca da alocação de recursos na sociedade, bem como quando é chamado a solucionar conflitos entre diferentes ramos do Poder Público. A esse respeito, ver também Arthur Sanchez Badin (2011).

por atores sociais de forma a atrasar uma derrota no campo político ou conquistar uma vitória simbólica e frustrar a implementação de determinadas políticas, ainda que temporariamente.

A judicialização da política, no Brasil, ganhou força com a edição da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública). A norma foi utilizada em larga escala por movimentos sociais, por entidades de defesa dos direitos humanos e pelo Ministério Público para, na qualidade de representantes de uma dada coletividade, reivindicar e buscar a plena efetivação dos direitos sociais posteriormente previstos na Constituição Federal de 1988, exigindo dos operadores do direito o uso de novos argumentos e fundamentações e vinculando os tribunais a questões e atividades que, até então, eram conduzidas com exclusividade pelo Poder Executivo. O Poder Judiciário deixa, assim, de ser um poder meramente fiscalizador do cumprimento das leis para assumir funções de transformação social (FARIA, 2019, p. 123-124).

No desempenho dessa função, os tribunais,

“desprezando interpretações mais restritivas das leis, passaram a fazer interpretações criativas e a invocar princípios jurídicos para ‘fazer a história avançar’. O problema é que esses tribunais frequentemente revelam-se despreparados quando a dinâmica dos fatos mais problemáticos se acelera e a capacidade de seus integrantes de avaliar seus efeitos é pequena, o que tende a gerar insegurança jurídica e provocar crises institucionais” (FARIA, 2019, p. 125-126).

Assim, o déficit democrático dos Poderes Legislativo e Executivo e a tendência de judicialização da política e de ampliação dos poderes político-normativos do Poder Judiciário criam um cenário de crescentes tensões institucionais. Nele, os tribunais expandem seu campo de atuação, ocupam os vácuos criados pelos conflitos de competência entre os poderes. Na ausência de critérios objetivos de interpretação de princípios indeterminados, eles são estabelecidos, caso a caso, por cada magistrado individualmente, como se se tratasse de decorrência natural da independência funcional do seu cargo (FARIA, 2019, p. 126).

Essa tensão institucional fica clara em um dos casos analisados, no qual o STF analisou a incidência, em um caso concreto, do princípio da moralidade:

“um dos fundamentos (...) da sentença certamente invocada pelo Ministério Público é a moralidade. (...) quem é o Ministério Público – vamos agora resgatar um pouco, pois é preciso revisitar esses fundamentos –, para dizer para uma prefeita que um funcionário nomeável e demissível *ad nutum* não tem qualificação para exercer a função? Quer dizer, em que terreno estamos andando? (...) Nesse contexto, **estamos assumindo essa administração para dizer quem pode ser secretário ou não pode ser secretário numa comuna! Quer dizer, a questão é chave de aceção sobre a divisão de poderes.** Claro que nós podemos até ter opinião: é errado nomear parentes. (...) Mas é possível que uma instituição possa, simplesmente, dizer que fulano não está habilitado e entrar com uma ação de improbidade, com todos os consectários que nós lhe atribuímos? (...) Promotores agora podem dizer quem é que vai ser nomeado para um cargo de secretário municipal; puramente isto! (...) **Se o Ministério Público**

puder fazer isso, ele assumiu poderes – vou dizer com toda clareza – totalitários! (...) (STF, Rcl. 22.339/SP, 2ª turma, j. 04.09.2018, p. 15-16, 19, grifos nossos).

“Tendo em vista que, no âmbito do Poder Executivo, a função dos agentes políticos é sobretudo auxiliar o Chefe do Executivo na orientação, supervisão e coordenação dos órgãos e entidades da Administração Pública, as exigências necessárias à ocupação do referido cargo têm assento constitucional. Disso decorre o fato de que não ser permitido ao Ministério Público se imiscuir nas funções do Chefe do Poder Executivo para, por meio de processo judicial, buscar impor requisitos diversos daqueles exigidos pelo texto constitucional para a ocupação do cargo, de modo a escolher ou definir os critérios para a indicação de quem é apto a compor os cargos de governo” (Ibidem, p. 26-27).

“Nós precisamos dizer ao STJ que, **se eles têm essa premissa, se estão assentando-a, de que este é um caso de improbidade, e estão julgando com base na moralidade, eles estão criando uma outra ordem jurídica que não tem abrigo na Constituição. Não é essa a leitura que se faz do princípio da moralidade. O princípio da moralidade tem que estar respaldado, tem que estar em consonância, com um bloco de legalidade. Aqui não se permite sua aplicação, porque a atitude impugnada é lícita.** Agora, daí a produzir-se uma sentença de improbidade com inabilitação, e dizer que ‘está tudo bem’ em sede de recurso especial, quando a súmula vinculante permite a referida nomeação, não é aceitável” (Ibidem, p. 19, grifos nossos).

De fato, o Poder Judiciário foi sistematicamente chamado a preencher de sentido o texto vago da LIA. Medindo as dificuldades de decidir e de justificar sua decisão e as suas consequências, juízes decidem com base em princípios conforme “o papel político que, em cada hipótese, escolherem para si” (SUNDFELD, 2017, p. 217).

Por maior que seja a ambiguidade dos princípios, isso certamente não significa que os juízes possam, ao aplicá-los, utilizá-los para justificar sua vontade, furtando-se a densificar sua compreensão no caso concreto ou de guardar alguma coerência doutrinária ou dogmática. “A decisão judicial não se confunde com um padrão opinativo de julgamento, que valoriza mais o poder simbólico da jurisdição do que a necessidade que ela tem de se legitimar frente às partes e à própria sociedade” (FARIA, 2019, p. 99).

Ainda assim, a falta de desenvolvimento dogmático em torno do tema da improbidade administrativa favorece o subjetivismo na aplicação da lei, como vêm apontando os estudiosos do tema. Para José Guilherme Giacomuzzi (2013, p. 294):

“a LIA, na sua ânsia de resolver os males da corrupção, também serviu e serve de fonte fértil de problemas interpretativos de toda ordem, muito em razão da falta de sérios estudos dogmáticos na área do ilícito civil de improbidade. O resultado é uma jurisprudência vacilante e subjetiva, que em mais de 20 anos de LIA não conseguiu ir além de afirmações retóricas e afirmações de lugares-comuns pouquíssimo úteis ao intérprete. Sobra ao aplicador da lei o arbítrio de quem faz uso desse poderoso – e perigoso – instrumento político. A base dos maiores problemas interpretativos da LIA, hoje, decorre, portanto, dessa combinação surda de fatores muito peculiares, inseridos num sistema jurídico dotado de particularidades que, se negligenciadas, impedem uma visão mais clara do todo e, pior, dificultam a correção de rumos”.

Ao adotar termos vagos, a LIA transferiu a juízes o ônus de, caso a caso, elaborar uma política de repressão às corrupções administrativas e decidir por uma dureza maior ou menor na aplicação das sanções. Como resultado, “motivações ocas [...] serviram para ocultar o voluntarismo com que as deliberações foram tomadas pelos juízes – e, justamente por serem ocas, puderam, com um simples rearranjo de palavras, servir também à conclusão oposta” (SUNDFELD, 2017, p. 226-227).

Deixa-se, assim, de debater com consistência a questão essencial – o saneamento dos costumes políticos do país – para exercer uma função regulatória casuística, que flutua ao sabor da política institucional. Ao recorrer a essa estratégia, deixa-se de operar com base na legalidade e na imparcialidade para operar com parcialidade e protagonismo, politizando a aplicação da norma.

2.2.2 DUAS RESPOSTAS DISTINTAS A UMA CULTURA POLÍTICA MAL AVALIADA

Normas constitucionais, legais e infralegais constituem, delimitam e regem as instituições essenciais para garantir a existência e o funcionamento do Estado brasileiro enquanto uma república democrática. É certo, no entanto, que as instituições “não existem para além dos sentimentos, crenças e práticas sociais que ordenam e dão significados à vida política” (BOTELHO, 2012, p. 48). Por essa razão, uma melhor compreensão da LIA que inclua a dimensão da sua eficácia passa por reconhecer que sua aplicação se desenrola em um contexto político e social específico, influenciada por algumas ideias que habitam o imaginário político brasileiro.

A partir da análise das decisões selecionadas, é possível vislumbrar algumas ideias que povoam o imaginário dos integrantes do STJ e do STF a respeito do Estado, da sociedade brasileira e da política nacional. Em algumas decisões transparece uma visão pouco otimista quanto à realidade da Administração Pública, destacando-se as práticas patrimonialistas decorrentes de um baralhamento entre as esferas pública e privada, além da existência de um Estado pouco representativo e dominado por práticas oligárquicas e clientelistas – ideias que vêm sendo abordadas pela literatura de sociologia política brasileira há bastante tempo.

Não se pretende, aqui, fazer uma extensiva digressão histórica, o que fugiria do escopo do presente trabalho. Todavia, o resgate de algumas ideias fundamentais, fruto de um diagnóstico pessimista sobre as instituições políticas tradicionais e da sociedade civil e que remontam a uma antiga tradição de pensamento político brasileiro, permite chamar a atenção

para o universo ideológico – o conjunto de convicções filosóficas, sociais, políticas de um indivíduo ou grupo de indivíduos – que pauta a aplicação da LIA pelas instituições de justiça hoje no Brasil.

2.2.2.1. O BARALHAMENTO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: PATRIMONIALISMO E DESCASO PELA COISA PÚBLICA

A confusão entre as esferas pública e privada é uma das construções intelectuais mais recorrentes do pensamento social brasileiro, atravessando as obras de diversos intérpretes do Brasil. A questão, certamente, não se coloca da mesma maneira em diferentes correntes ou tradições de pensamento. Partimos, todavia, da interpretação de alguns autores cujos trabalhos acerca da relação entre público e privado, elevados à categoria de clássicos, encontram eco na aplicação da LIA pelos Tribunais Superiores atualmente.

Como esclarece Francisco Weffort (2006, p. 263), o tema já era tratado na obra de Oliveira Vianna (*Populações Meridionais do Brasil*, de 1920), por exemplo, que argumenta que, enquanto o poder público encontrava-se pulverizado na colônia, o latifúndio tornou-se a instituição social agregadora da sociedade. É ali onde se desenvolve o grande domínio do *pater-familias* e criam-se os clãs familiares rurais, dando origem a uma estrutura de poder peculiar, que serve como base de explicação sociológica para a sociedade brasileira.

De fato, na impossibilidade de povoar o vasto território da colônia, a metrópole portuguesa optou por delegar poderes a alguns colonos, transformados em senhores de extensos domínios de terras. Combinando a grande propriedade rural monocultora, a mão de obra escrava e a ausência do Estado, criou-se uma aristocracia nas Américas. Os senhores de terras, avessos ao trabalho braçal, cercavam-se de uma vasta família estendida, composta por agregados, parentes e criados, de quem eram provedores e de quem cobravam caro pelos favores feitos, naturalizando, assim, seu domínio político (SCHWARCZ, 2019, p. 41-45).

Ao interpretar a realidade brasileira e buscar compreendê-la como uma sociedade em transformação a partir de sua formação agrária, Sérgio Buarque de Holanda identifica uma tensão entre as esferas pública e privada como sendo uma de suas características essenciais. Holanda descreve a sociedade brasileira como originária de uma sociedade marcada por padrões rurais e patriarcais de convívio e ordenada em torno da família e da figura dos fazendeiros escravocratas (1995). Formados nesse ambiente, os indivíduos encontrariam dificuldade de distinguir entre o poder privado e o poder público, que nasce, por definição, da

transgressão da ordem doméstica e do triunfo do geral, intelectual e abstrato sobre o particular, material e concreto:

“No Brasil, onde imperou, desde tempos remotos, o tipo primitivo da família patriarcal, o desenvolvimento da urbanização (...) ia acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos até hoje. **Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade**, formados por tal ambiente, **compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público**. Assim, eles se caracterizam justamente pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata, conforme a definição de Max Weber. Para o funcionário ‘patrimonial’, **a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos**, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. **A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos**, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático. (...)

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo da história, o **predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquela que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade**. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera, por excelência, dos chamados ‘contatos primários’, dos laços de sangue e de coração – está em que **as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós**” (HOLANDA, 1995, p. 146, grifos nossos).

Recorrendo à sociologia alemã de Max Weber, Sérgio Buarque de Holanda aplica, pela primeira vez, a noção de **patrimonialismo** à política brasileira, expressão que mais tarde se tornaria amplamente difundida. Designa, assim, a relação viciada que se estabelece entre sociedade e Estado, em que o público é apropriado privadamente e os interesses individuais se sobrepõem às causas públicas e comuns.

Essa disjunção entre família e Estado é descrita como um legado cultural da colonização portuguesa, uma atualização da cultura da personalidade dos ibéricos para a cordialidade como forma precípua de sociabilidade, que transpõe para o mundo público os valores, as paixões e as práticas particularistas próprios ao âmbito privado. Em síntese, um país no qual, para conquistar um freguês, o comerciante deve antes fazer dele um amigo (HOLANDA, 1995, p. 148-149).

A ideia do brasileiro como ‘homem-cordial’ traduz, portanto, esse

“predomínio dos comportamentos de aparência afetiva, inclusive suas manifestações externas, não necessariamente sinceras nem profundas, que se opõem aos ritualismos da polidez. O ‘homem cordial’ é visceralmente inadequado às relações impessoais

que decorrem da posição e da função do indivíduo, e não da sua marca pessoal e familiar, das afinidades nascidas na intimidade dos grupos primários” (CANDIDO, 1995, p. 17).

As esferas pública e privada são vistas, assim, como espaços sociais distintos nos quais os agentes sociais estão inscritos simultaneamente, mas que pressupõem valores e práticas distintos para orientar as condutas e a organização social. O público,

“associado a princípios impessoais e universais considerados como garantidores de que direitos e deveres sejam válidos para todos; e o privado, por sua vez, a princípios particularistas, referidos às relações nas quais valem integralmente como pessoas singulares e não em função de papéis sociais que desempenhamos, por exemplo o de cidadãos na esfera pública” (BOTELHO, 2012, p. 48).

Para Lilia M. Schwarcz (2019, p. 67-68), a expressão “você sabe com quem está falando?”, explorada por Roberto DaMatta (*Carnavais, malandros e heróis*, de 1979), é exemplificativa da forma como, na prática, as regras podem se aplicar rigorosamente a alguns indivíduos, mas não a outros, a depender da hierarquia social, submetendo-se a esfera pública aos poderes pessoais, às práticas nepotistas e aos mandonismos.

O fato de ter sido uma colônia de exploração, dedicada à exportação de produtos agrícolas e submetida a um domínio frágil da metrópole, que concedia o privilégio da impunidade a elites locais desde que garantissem o escoamento da produção nacional e o recolhimento dos tributos, criou as condições históricas que favoreceram essa confusão entre os negócios públicos e privados no Brasil. E, entendido como mera extensão dos desejos daqueles que ocupam o poder, o Estado se torna ineficiente, pois

“perde em racionalidade quando os interesses públicos deixam de ditar as normas de governo, e, ainda mais, quando se afirma o personalismo político: essa verdadeira colcha de arranjos pessoais que alimenta práticas de conchavo, de apadrinhamento, de mandonismo e de clientelismo, as quais se sobrepõem à regra pública” (SCHWARCZ, 2019, p. 66).

A ideia de que o baralhamento entre público e privado consiste em uma marca da sociedade e do Estado brasileiros e, mais do que isso, que há uma hipertrofia do privado sobre o público na cultura política do país podem ser mobilizadas para explicar comportamentos e situações concretas tipificadas pela LIA, como o do político ou servidor que se apropria dos bens da Administração para uso ou benefício privado ou, ainda, que leva adiante contratação pública em violação às regras da licitação ou do concurso público, a fim de favorecer familiares ou amigos.

De fato, se a confusão entre as esferas pública e privada é inerente aos atos de improbidade administrativa – que pressupõem a perseguição, por um agente público, no bojo da

sua competência funcional, de interesses particulares em detrimento do interesse público e a obtenção de vantagem indevida – ela é, ao mesmo tempo, muito central no pensamento político brasileiro e povoa o imaginário de alguns dos ministros dos tribunais superiores no momento da aplicação da LIA aos casos concretos, como exemplificam os seguintes trechos de julgados analisados na presente pesquisa:

“(...) o pouco caso pela coisa pública lamentavelmente não [é] exceção nos **costumes políticos brasileiros**” (STJ, REsp 895.415/BA, 1ª Turma, j. 02.12.2008, p. 11, grifos nossos)

“A sociedade brasileira tenta sair das **viciadas práticas oligárquicas e individualistas**. Queiramos ou não, na avaliação do que é moral ou imoral, do que é ético ou não ético, nos esbarramos nos obstáculos deste país que, à míngua de uma educação social historicamente apurada, **construiu frouxos valores sociais: o que é meu, é meu; o que é público é de ninguém**” (STJ, REsp 324.730/SP, 2ª Turma, j. 08.04.2003, p. 9, grifos nossos).

Evidentemente, as condutas ímprobas não constituem um problema exclusivamente nacional. Além disso, não é possível afirmar que exista uma continuidade evolutiva necessária entre o passado e o presente do país, certo que a relação entre as esferas pública e privada é complexa e deve ser compreendida historicamente, na sua articulação concreta e contingente. Cuida-se, no entanto, de uma construção intelectual que influencia a leitura que os atores sociais fazem das situações concretas em relação às quais são chamados a agir. E, no caso da LIA, leva os juízes e promotores a atuar sobre uma cultura política que é vista de maneira essencialmente negativa.

2.2.2.2. OS PODERES POLÍTICOS: PERSONALISMO, CORRUPÇÃO E INEFICIÊNCIA

Também frequente no pensamento político brasileiro é a ideia de que, como consequência do processo histórico de constituição da sociedade e dessa confusão entre as esferas pública e privada, a classe política no Brasil é geralmente composta por representantes que não refletem os anseios populares e que são incapazes de, senão mesmo desinteressados em, promover mudanças sociais relevantes que não lhes favoreçam direta ou indiretamente. Seria o Estado, portanto, “o espaço natural dos vícios”, como colocam Fernando Filgueiras e Leonardo Avritzer:

“De modo geral, [no Brasil] atribui-se a corrupção à herança ibérica e ao patrimonialismo como tipo de dominação política. Esse tipo de leitura a respeito do problema da corrupção atribui ao Estado e à cultura política brasileira a explicação das mazelas institucionais promovidas pela malversação dos recursos públicos, tendo

em vista a herança histórica do país. Com isto, tende-se a naturalizar o conceito de corrupção, sendo o Estado brasileiro, pelo conceito de patrimonialismo, o espaço natural dos vícios” (2013, p. 209).

A esse respeito, buscando no século XIX um balanço da colonização para dele extrair os aspectos que permitam compreender o processo histórico posterior e o Brasil de 1940, escreveu Caio Prado Jr. sobre a Administração colonial:

“De alto a baixo da escala administrativa, com raras exceções, é a mais grosseira imoralidade e corrupção que domina desbragadamente. Poder-se-ia repetir aqui, sem nenhuma injustiça, o conceito do *Soldado prático*: ‘Na Índia não há coisa sã: tudo está podre e afistulado, e muito perto de herpes’. **Os mais honestos e dignos delegados da administração régia são aqueles que não embolsam sumariamente os bens públicos, ou não usam dos cargos para especulações privadas; porque de diligência e bom cumprimento dos deveres, nem se pode cogitar.** Aliás o próprio sistema vigente de negociar os cargos públicos abria naturalmente portas largas à corrupção. Eles eram obtidos e vendidos como a mais vulgar mercadoria. Mas isto ainda é o de menos, porque estava nos métodos aceitos e reconhecidos. (...) [Havia uma] **geral e universal prática, que já passara para a essência da administração colonial, do peculato, do suborno e de todas as demais formas de corrupção administrativa.** Se fosse alinhar aqui testemunhos, seria um não acabar nunca” (PRADO JR., 2011, p. 356-357, grifos nossos).

O autor sintetiza a sociedade colonial pela incoerência e instabilidade de seu povoamento, pela pobreza de sua economia e pela inércia e corrupção de dirigentes leigos e eclesiásticos (PRADO JR., 2011, p. 378). Uma administração pública ineficaz e corrompida seria, em grande medida, fruto de uma administração colonial na qual, durante séculos, a única preocupação séria era a cobrança dos tributos, negligenciando-se tudo o mais:

“A ganância da Coroa, tão crua e cinicamente afirmada, a mercantilização brutal dos objetivos da colonização, contaminará todo mundo. Será o arrojo então geral para o lucro, para as migalhas que sobravam do banquete real. O construtivo da administração é relegado para um segundo plano obscuro em que só idealistas deslocados debateram em vão” (PRADO JR., 2011, p. 358).

Com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, em 1808, teriam sido transplantadas para a então colônia as instituições que existiam em Portugal, com o objetivo de “formar a nova sede tomando a administração de Lisboa como espelho, mas sem deixar de amparar os desempregados e próximos da corte que iam chegando nos anos subsequentes” (SCHWACZ, 2019, p. 72). Assim, desembarcou no Rio de Janeiro toda a máquina administrativa:

“A maior parte dos emigrados – mosenhores, desembargadores, leigistas, médicos, empregados da Casa Real, os homens de serviço privado e protegidos do monarca – comportou-se como uma ‘chusma de satélites’. Muitos deles eram parasitas do governo que dariam continuidade no Rio de Janeiro ao ofício exercido em Lisboa: comer à custa do Estado e nada fazer para o bem da nação. A máquina inchava,

premiavam-se os conhecidos, e, para arcar com as novas despesas, via-se como única saída criar impostos (SCHWARCZ, 2019, p. 71-72).

Instaurou-se, ainda, o costume da compra e venda de títulos de nobreza em troca de pagamentos à realeza, que detinha o direito de fazer nobres (SCHWARCZ, 2019, p. 95).

Segundo essa linha argumentativa, com o passar do tempo, a independência do Brasil, a alteração dos regimes políticos e a implantação da República em solo nacional alteraram consideravelmente a máquina pública e, em alguma medida, as relações entre sociedade e Estado, sem, no entanto, alterar impactar positivamente no desempenho (ou na sua percepção) dos poderes políticos.

A partir da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada, Victor Nunes Leal (2012) descreve o fenômeno do “coronelismo”. Cuida-se, segundo o autor, de uma adaptação do antigo e exorbitante poder privado a um regime político de base democrática. Com efeito, em função do regime representativo, com sufrágio amplo,¹¹¹ o governo não podia prescindir do eleitorado rural, o qual era, ainda, muito dependente e submetido às manifestações do poder privado herdados de uma estrutura agrária.

Assim, chefes locais, sem receita suficiente para realizar os melhoramentos urgentes na sua região e para as despesas eleitorais e sem cargos públicos para premiar seus correligionários, ao garantir que seu “rebanho eleitoral” despejasse seus votos nos “candidatos governistas nas eleições estaduais e federais, (...) faz[ia]m-se credores de especial recompensa, que consist[ia] em ficarem com as mãos livres para consolidarem sua dominação no município” (LEAL, 2012, p. 233). Destaque-se, nesse contexto, as referências à utilização do aparelho policial no falseamento dos votos, à precariedade das garantias da Magistratura e do Ministério Público e à utilização de dinheiro, serviços e cargos públicos como meio de ação partidária.

A estabilidade política da República era garantida pelo empenho dos governos estaduais em manter o conflito político limitado à esfera regional, pelo reconhecimento por parte do governo federal da plena soberania dos Estados no exercício da política interna e pela manutenção do processo eleitoral em que eram frequentes as fraudes – como a falsificação de

¹¹¹ No período colonial, o regime representativo estava limitado à composição das câmaras municipais e o problema eleitoral não era de interesse da Coroa, que conseguia controlar toda a administração pública por meio de autoridades de sua livre escolha. No império, com a Constituição de 1823, o sufrágio ainda estava limitado pelo censo econômico e os escravos não tinham direito a voto. Além disso, os presidentes de província eram de livre nomeação e demissão pelo governo central, simplificando a política do interior durante o período. Com a abolição da escravidão e a República, a extensão do direito de sufrágio deu importância ao voto dos trabalhadores rurais, ampliando a influência política dos donos de terras aos quais se sujeitavam uma gigantesca massa de assalariados, parceiros, posseiros e pequenos proprietários (LEAL, 2012, p. 232).

assinaturas e adulteração de cédulas eleitorais (o “bico de pena”), o não reconhecimento do eleito pela comissão de verificação da Câmara dos Deputados que eliminava adversários (a “degola”), a manutenção dos eleitores sob vigilância em barracões (os “currais eleitorais”) e o uso do voto como moeda de troca ou ato de lealdade ao chefe local (o “voto de cabresto”) (SCHWARCZ, 2019, p. 81).

Não se trata, portanto, da simples afirmação anormal do poder privado herdada do período colonial, mas de um novo compromisso forjado entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras (LEAL, 2012, p. 43-44). Tal fortalecimento do poder público, no entanto, não teria correspondido ao enfraquecimento do poder privado; ao contrário, tendo sido responsável por “rejuvenescer, segundo linhas partidárias, o poder privado residual dos ‘coronéis’”, ao tornar necessário “o apoio do oficialismo para garantir o predomínio estável de uma corrente política local” (LEAL, 2012, p. 235-236).

A persistência secular de uma estrutura patrimonial no âmbito do Estado brasileiro foi apontada por Raymundo Faoro, que formulou a ideia de um estamento burocrático que governa mais em benefício próprio do que da população e do Estado. Nas palavras do autor:

“**Sobre as classes que se armam e se digladiam, debaixo do jogo político, vela uma camada político-social, o conhecido e tenaz estamento**, burocrático nas suas expansões e nos seus longos dedos. (...) A camada dirigente, **aristocrática na sua função e nas suas origens históricas**, fecha-se na perpetuidade hereditária, ao eleger os filhos e genros, com o mínimo de concessões ao sangue novo” (FAORO, 2012, p. 444-445, grifos nossos).

(...)

“Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – **imperava, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando**. Esta camada muda e se renova, mas **não representa a nação**, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores” (Ibidem, p. 824, grifos nossos).

(...)

“As duas partes, a sociedade e o estamento, desconhecidas e opostas, convivendo no mesmo país, navegam para portos antípodas: uma espera o taumaturgo, que, quando a demagogia o encarna em algum político, arranca de seus partidários mesmo o que não têm; a outra **permanece e dura, no trapézio de seu equilíbrio estável**” (Ibidem, p. 828, grifos nossos).

A partir de importante estudo histórico, o autor conclui ser essa uma peculiaridade histórica brasileira: a camada dirigente sempre atuou em nome próprio, servida dos instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal. Não se trata, assim, de uma classe social, mas de uma categoria que, assentada sobre as posições políticas, distante da sociedade e fechada em si mesma, manipula lealdades com o cargo público, usa os recursos do

Estado para o jogo da troca de vantagens, enriquece seus protegidos e empobrece seus adversários (FAORO, 2012, p. 447, 500, 834).

O autor aponta que, longe de ser exceção, essa dissociação entre os integrantes do Estado e a nação seria a regra histórica, que se manteve inalterada, mesmo após receber o impacto de novas forças sociais:

“A antiga antinomia metrópole-colônia dá lugar a outra, Estado-nação, com energias divorciadas, excêntricas no miolo e ajustadas apenas na superfície. Entre as duas entidades em confronto, o cidadão só percebe, no poder público, o bacamarte, no dia da eleição; o voraz cobrador de impostos, na vida diária. No outro polo, há um jantar a digérer, formado de empregos, alegrado com a promessa da carreira política. Sem que, entre a base e o topo, se intercale uma classe rica e vigorosa, dependente a agricultura dos especuladores que financiam o escravo e a safra, exportam o produto e lhe fornecem a subsistência, sem essa força, somente ficticiamente engrandecida, o Estado reina soberano, com a ascendência de suas mãos, os funcionários. (...) O sistema prepara escolas para gerar letrados e bacharéis, necessários à burocracia, regulando a educação de acordo com suas exigências sociais (...). O alvo seria o emprego e, por via dele, a carruagem do estamento burocrático, num processo de valorização social decorrente do prestígio do mando político. (...) Dessas circunstâncias e dessa massa se compõe a aristocracia, não só a dos títulos e das condecorações, mas a do governo. Ela assenta sobre séculos e se alonga no patronato. A nossa aristocracia (...) é burocrática: não que se componha somente de funcionários públicos; mas essa classe forma a sua base, à qual adere, por aliança ou dependência, toda a camada superior da sociedade brasileira” (FAORO, 2012, p. 446-447, grifos nossos).

(...)

O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na transação aristocrático-plebeia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados do seu estado-maior (Ibidem, p. 836-837, grifos nossos).

Lilia M. Schwarcz (2019, p. 82), com base em dados do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap), aponta que esse legado do poder privado dentro da máquina governamental sobrevive nos dias de hoje ao constatar que 113 deputados federais eleitos em 2014 tinham sobrenomes oligárquicos e eram parentes de políticos estabelecidos, número que aumentou para 172 em 2018. Ademais, dados do ICJBrasil apontam a falta de confiança dos brasileiros nos órgãos representativos: apenas 6% da população afirma confiar no Governo Federal e 7% no Congresso Nacional e nos partidos políticos (RAMOS et al., 2017, p. 13).

Ainda que suscite críticas, a noção de que os poderes políticos, sobretudo no interior, atuam de forma auto interessada, em prol de interesses particularistas e que,

divorciados da sociedade, não são capazes de garantir o devido respeito à ordem constitucional conforma, assim, uma segunda ideia fundamental da cultura política brasileira a influenciar a aplicação da LIA, o que transparece em alguns dos julgados analisados, como exemplificam os trechos transcritos a seguir:

“A conduta praticada pelos recorridos – permitir que funcionários à sua disposição recebam salários sem a contrapartida laboral –, como revela a experiência comum, é repetida nos mais diversos níveis e esferas de governo, especialmente nos municípios mais distantes dos grandes centros urbanos, onde, infelizmente, ainda predomina tão perniciosa cultura” (STJ, REsp 1.025.300/RS, 2ª Turma, j. 17.02.2009, p. 7, grifos nossos).

“Demonstrou absoluto desprezo pelos princípios que regem a Administração Pública ao abrigar como funcionário-fantasma – figura repugnante que acomete de maneira sistemática os órgãos públicos – o filho de um de seus aliados políticos” (STJ, REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, j. 16.06.2009, p. 2, grifos nossos).

Como se vê, ao decidir casos de improbidade administrativa, os ministros do STJ às vezes tecem considerações sobre as práticas da Administração Pública no Brasil, sem apresentação de estudos ou dados estatísticos, mas baseados na experiência comum e no conhecimento geral sobre a nossa cultura política, tida por perniciosa e degenerada.

2.2.2.3. UMA SOCIEDADE CIVIL FRÁGIL E DESORGANIZADA

Para além da confusão entre o público e o privado e de um diagnóstico pessimista acerca das instituições políticas tradicionais, outra ideia fundamental do pensamento político brasileiro diz respeito à fragilidade do tecido social e à incapacidade da sociedade civil brasileira de se organizar e defender seus próprios direitos e interesses.

A descrição da sociedade brasileira como marcada por uma espécie de frouxidão e por uma tendência ao anarquismo, carente de coesão social e propensa à desordem faz-se presente na obra de diversos intérpretes do Brasil, entre eles, Sérgio Buarque de Holanda:

“Para Sérgio Buarque de Holanda seriam características nossas, herdadas dos iberos, a sobranceira hispânica, o desleixo e a plasticidade lusitanas, bem como o espírito aventureiro e o apreço à lealdade de uns e outros e, ainda, seu gosto maior pelo ócio do que pelo negócio. Da mistura de todos esses ingredientes, resultaria uma certa frouxidão e anarquismo, a falta de coesão, a desordem, a indisciplina e a indolência. Mas derivariam delas, também, certo pendor para o mandonismo, para o autoritarismo e para a tirania” (RIBEIRO, 2015, p. 329).

Uma certa distância do cidadão comum da vida pública e da política, vista como algo desinteressante e que não lhe diz respeito diretamente, foi descrita também por Faoro, nos seguintes termos:

E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, **que quer ele?** Este oscila entre o parasitismo, a mobilização em passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupado com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como o bom príncipe, dispensários de justiça e proteção. **A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou**” (FAORO, 2012, p. 836-837, grifos nossos).

O povo brasileiro é frequentemente caracterizado, assim, como uma grande massa de trabalhadores que, mantidos na pobreza e sem acesso à cultura ou à educação, são convertidos em eleitores incapazes de exercer sua cidadania ativa, submetidos a uma pequena classe dominante:

“consequência direta da **nossa estrutura agrária, que mantém os trabalhadores da roça em lamentável situação de incultura e abandono**. Somos, nesse particular, legítimos herdeiros do sistema colonial da grande exploração agrícola cultivada pelo braço escravo (...). A libertação jurídica do trabalho não chegou a modificar profundamente esse arcabouço, dominado, ainda hoje, grosso modo, pela grande propriedade e caracterizado, quanto à composição de classe, pela **sujeição de uma gigantesca massa de assalariados, parceiros, posseiros e ínfimos proprietários à pequena minoria de fazendeiros**. (...) um volumoso contingente de eleitores incapacitados para o consciente desempenho da sua missão política”, convertidos, portanto, em rebanho eleitoral (LEAL, 2012, p. 232-233, grifos nossos).

Para Darcy Ribeiro, um dos grandes estudiosos da sociedade brasileira, não se trata, no entanto, de espécie de defeito intrínseco da cultura do brasileiro. Para o autor, a incapacidade de mobilização e fragilidade do tecido social decorreriam, antes, da estratificação social no Brasil:

“Ao contrário do que ocorre nas sociedades autônomas, **aqui o povo não existe para si e sim para outros. Ontem, era uma força de trabalho escrava de uma empresa agromercantil exportadora. Hoje, é uma oferta de mão de obra que aspira a trabalhar e um mercado potencial que aspira a consumir**. Nos dois casos, foi sempre uma empresa próspera, ainda que só o fosse para as minorias privilegiadas. Como tal, manteve o Estado e enriqueceu as classes dominantes ao longo de séculos, beneficiando também os mercadores associados ao negócio e a elite de proprietários e burocratas locais. **A mão de obra engajada na produção, como trabalhadores livres, apenas pode sobreviver e procriar, reproduzindo seus modestos modos de existência**” (RIBEIRO, 2015, p. 188, grifos nossos).

“O ruim aqui, e efetivo fator causal do atraso, é o modo de ordenação da sociedade, estruturada contra os interesses da população, sempre sangrada para servir a desígnios alheios aos seus. **Não há, nunca houve, aqui um povo livre, regendo seu destino na busca da sua própria prosperidade. O que houve e o que há é uma massa de trabalhadores explorada, humilhada e ofendida por uma minoria dominante, espantosamente eficaz na formulação e manutenção do seu próprio projeto de**

prosperidade, sempre pronta a esmagar qualquer ameaça de reforma da ordem social vigente” (Ibidem, 2015, p. 330, grifos nossos).

Em suma, a ideia de uma sociedade civil supostamente frágil decorreria da realidade de um país onde a grande maioria da população ainda se esforça para sobreviver. Com efeito, a abissal desigualdade de renda que separa ricos e pobres é uma persistente realidade no país e estudos recentes não apontam para uma melhora dessa situação. Dados do IBGE revelam que, em 2018, o rendimento médio do 1% da população com maiores rendimentos era de R\$ 27.744, o que corresponde a 33,8 vezes a remuneração dos 50% mais pobres, equivalente a R\$ 820. Além disso, os 10% mais ricos no Brasil concentram 43,1% da riqueza do país.¹¹² Já a extrema pobreza atinge 13,5 milhões de pessoas, que vivem com menos de R\$ 145 por mês.¹¹³

A desigualdade se perpetua também no setor rural, onde, em 2010, a concentração de renda medida nos domicílios revelou-se muito pior do que a média nacional, em níveis semelhantes aos da Namíbia, sendo o rendimento médio mensal do trabalho das famílias rurais equivalente a apenas 35% do rendimento médio mensal do trabalho nas cidades (SCHWARCZ, 2019, p. 56-57). Mantêm-se, por outro lado, muitas famílias política e socialmente influentes em suas regiões de origem, razão pela qual Lilia M. Schwarcz (2019, p. 57-61) sustenta existir, ainda, uma inequívoca relação entre mandonismo, concentração de renda e dos poderes políticos.

O pressuposto de fragilidade do tecido social brasileiro e da sua impotência diante dos poderes políticos constituídos e autointeressados são ideias que certamente povoam a aplicação da LIA pelas instituições de justiça hoje no Brasil, sobretudo do Ministério Público, responsável pela maioria das ações de improbidade no país. De fato, a instituição foi responsável pela propositura da esmagadora maioria das ações analisadas pela presente pesquisa.

Com base em um levantamento empírico realizado entre 1994 e 1999 por meio de entrevistas em profundidade com promotores e procuradores, Rogerio B. Arantes (2002, p. 128) aponta que 84% dos entrevistados concordaram, total ou parcialmente, com a afirmação “a sociedade brasileira é hipossuficiente, isto é, incapaz de defender autonomamente os seus interesses e direitos e, por isso, as instituições de Justiça devem atuar afirmativamente para

¹¹² Disponível em <<http://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/release/25700-pnad-continua-2018-10-da-populacao-concentram-43-1-da-massa-de-rendimentos-do-pais>>. Acesso em 7 de novembro de 2019.

¹¹³ Disponível em <<http://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25882-extrema-pobreza-atinge-13-5-milhoes-de-pessoas-e-chega-ao-maior-nivel-em-7-anos>>. Acesso em 7 de novembro de 2019.

defendê-la”. Questionados sobre o desempenho de diversos órgãos e poderes, os integrantes do Ministério Público também expressaram a opinião geral de que os poderes representativos contribuem pouco para o alargamento e a consolidação dos direitos difusos e coletivos no Brasil, responsabilizando-os pelo desrespeito aos direitos dos cidadãos (ARANTES, 2002, p. 123-125).

O principal legitimado ativo para a propositura de ações de improbidade administrativa se vê, assim, como o representante precípua dos interesses da sociedade brasileira, atuando no sentido de protegê-la de uma classe política ineficaz e corrompida. Visão semelhante parece perpassar algumas das decisões analisadas:

“fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime” (STF, ARE 683.235, plenário, j. 13.09.2019, p. 11).

“A confiança no Poder Judiciário e no Ministério Público traduz-se em pilar da Democracia, e não pode ser quebrantada por um ou outro episódio, em detrimento do grande caráter moralizador da atuação dessas instituições nas ações de improbidade” (STF, AgRg na Pet. 3.240, plenário, j. 10.05.2018, p. 96).

Os trechos, extraídos de decisões recentes do STF, revelam a crença, por um lado, na incapacidade da sociedade de se proteger dos vícios dos políticos corruptos, e, por outro, no caráter moralizador das instituições de justiça no enfrentamento da corrupção, de modo a evitar que tais vícios se infundam na sociedade de maneira mais ampla.

2.2.4. O VOLUNTARISMO POLÍTICO E A MISSÃO DAS INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA

São muitos, evidentemente, os problemas inerentes a uma sociedade de passado colonial onde persiste uma brutal desigualdade social. Para a sua resolução, é possível imaginar uma série de medidas estruturais e de longo prazo – como a redução das desigualdades, a distribuição de renda, a reforma agrária, a alteração da matriz econômica e a realização de investimentos em educação pública, pesquisa, ciência e tecnologia – que poderiam ser buscadas pela via democrática.

A visão de um Estado pouco representativo e auto interessado, dominado por práticas oligárquicas, pelo coronelismo, pelo clientelismo e pelo patrimonialismo, onde o descaso por tudo que é público cria espaços de apropriação e favorecimento privado indevido, no entanto, pode conduzir à descrença na competência dos

órgãos representativos da sociedade.¹¹⁴ A frustração com a capacidade de resposta do regime representativo pode, nesse sentido, levar à busca por uma alternativa não política de concretização de direitos.

Quando isso acontece, instituições tidas como neutras ou isentas do jogo político – como é o caso do Ministério Público – passam a atuar como agentes políticos da lei, imbuídos da ideologia do voluntarismo político:

“A ideia, em suma, é que temos uma sociedade civil fraca, desorganizada e incapaz de defender seus direitos fundamentais. Além disso, frequentemente, é o próprio poder público quem mais desrespeita esses mesmos direitos. (...) A referida fragilidade da sociedade e sua incapacidade crônica de manter sob controle o Estado é um desses lugares-comuns do pensamento político brasileiro. (...) Por vezes, esse ponto de partida levou a que se desejasse a existência de um poder neutro, externo ao mundo da política, e com autonomia suficiente para tutelar e conduzir a sociedade. (...) A decepção com o funcionamento do regime representativo, nos marcos de uma sociedade civil supostamente frágil, conduz a tentativas de contornar a esfera política em busca de efetividade dos direitos. Esse é um dos elementos que compõem o universo ideológico do voluntarismo político de promotores e procuradores hoje, embora também remonte a uma antiga tradição de pensamento político” (ARANTES, 2002, p. 129-130).

A pesquisa de Rogério B. Arantes sobre o Ministério Público (2007) demonstra como conceitos sociologicamente construídos sobre o funcionamento da política brasileira moldam um imaginário em que os próprios integrantes dos órgãos de controle passam a se ver como detentores da missão de resgatar a sociedade brasileira do seu destino histórico.

“(...) Em várias cidades do estado e do país, promotores de justiça, na sua maioria jovens, estão indo além de suas funções tradicionais e construindo um novo tipo de agente público local: aquele que pode ser acionado para fiscalizar e controlar a administração pública, naqueles pontos cardeais do processo político que são a moralidade administrativa e as políticas públicas. Com relação ao problema da improbidade administrativa, temos tido notícia de prefeitos denunciados, muitos cassados, processados e até presos, por corrupção, não só no estado de São Paulo, mas em vários pontos do país. O mesmo está ocorrendo com vereadores e em alguns casos espetaculares, com câmaras municipais inteiras. Na maioria desses casos, a grande novidade é a presença de um agente político da lei: um membro do Ministério Público” (ARANTES, 2009, p. 89-90).

No que diz respeito ao Poder Judiciário, como se verá em maior detalhe adiante, a presente pesquisa aponta que, do ponto de vista da aplicação da LIA, essa visão pessimista quanto à realidade Administração Pública pode desaguar em duas conclusões diversas do ponto

¹¹⁴ A este respeito, José Rodrigo Rodriguez (2019a, p. 465) sustenta que, com frequência, argumentos desse tipo são tomados como explicações definitivas para todos os nossos problemas e sustentados sem grande rigor, com a finalidade de explicar diversos fenômenos, em função de interesses ocasionais. Cuida-se do que o autor chama de “atalhos epistemológicos”, que isenta quem os utiliza do dever de prova.

de vista do resultado. Em alguns dos casos analisados, ela foi utilizada pelos tribunais como uma justificativa para a conduta questionada, podendo evoluir para argumentos de absolvição moral, que justificam e deixam de sancionar determinados ilícitos pelo simples fato de serem amplamente difundidos na cultura política.

Por outro lado, há casos em que o Poder Judiciário opta por condenar os agentes políticos envolvidos a punições exemplares, arrogando-se a função de moralizar a Administração Pública, preservar o erário e corrigir uma cultura política tida como naturalmente corrupta, de modo a pôr fim a determinadas práticas condenáveis. Tal postura atribui ao sistema de justiça a função de, por meio da pena, solucionar os problemas sociais mais graves e pode evoluir para argumentos que justificam a punição a qualquer custo mesmo das menores irregularidades. Nesse sentido, grandes poderes são avocados pelo Poder Judiciário e atribuídos ao Ministério Público, deixando-se em segundo plano as garantias processuais do acusado.

Quando se comportam como agentes de uma missão institucional de proteção de uma sociedade pobre, frágil e desorganizada de uma elite estatal, é curioso que os próprios promotores e juízes não parecem, necessariamente, problematizar o fato de que eles próprios, inquestionavelmente, são integrantes de uma elite estatal.

Há uma inegável elitização e homogeneização das carreiras jurídicas, decorrente, em alguma medida, dos processos de seleção. De fato, o perfil dos candidatos em melhores condições de concorrer aos cargos de promotor e de juiz é o do advogado recém-formado, oriundo de um grupo social que lhe deu acesso a uma faculdade de direito renomada e que reúne condições que o possibilitam estudar, muitas vezes em tempo integral, durante anos, para então prestar o concurso para a carreira (CARDOSO et al., 2006, p. 7-11).

As carreiras jurídicas ainda são, majoritariamente, ocupadas por homens brancos, certo que as iniciativas no sentido de assegurar a mulheres e negros o acesso a tais carreiras é ainda incipiente (CARDOSO et al., 2006, p. 17-19). E, uma vez aprovados nos concursos, os integrantes do Ministério Público e do Judiciário passam a integrar o funcionalismo público e a perceber vencimentos muito superiores aos da média da população e, mesmo, muito superiores se comparados aos percebidos em instituições congêneres de outros países (CARDOSO, 2017, p. 187-193).

O voluntarismo jurídico das instituições de justiça assenta-se, portanto, não em uma oposição entre a sociedade e a elite estatal burocrática, mas na ideia de uma oposição entre a sociedade e os poderes representativos eleitos. Importante ressaltar, todavia, que não é possível presumir a neutralidade política das instituições de justiça.

Estudando especificamente o caso do estado de São Paulo, Luciana Zaffalon Leme Cardoso (2017) demonstra como as dinâmicas institucionais e políticas locais conduziram a uma situação em que integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público paulistas, em busca de ampliar benefícios remuneratórios adicionais e outras vantagens para suas respectivas carreiras, são levados a negociar com o Poder Executivo estadual – que, na prática, controlava a aprovação de créditos orçamentários suplementares no Legislativo – e, assim, abrem mão de defender interesses públicos em ações criminais para evitar atritos ou incômodos que prejudicassem seus interesses corporativos.

Nesse sentido, a autora observa como as instituições de justiça atuam no Poder Legislativo construindo normas voltadas a equipar a si mesmas, a promover as carreiras jurídicas e a aprovar verbas remuneratórias complementares em elevados patamares. Se, por um lado, tais normas são aprovadas somente com apoio do Poder Executivo estadual, por outro lado, a disposição do Judiciário paulista para contrariar o governador nos casos analisados pela autora revelou-se pífia:

“(…) no que se refere aos processos que trataram da garantia de dignidade e saúde durante o cumprimento de penas de prisão, ou mesmo durante a privação provisória da liberdade de pessoas acusadas de crimes, ou durante o cumprimento de medida socioeducativa por adolescentes, entre 1º de janeiro de 2012 e 31 de dezembro de 2015, à exceção de um único caso, todos os pedidos do governador para suspender os efeitos das sentenças judiciais (...) foram atendidos pelos presidentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo” (CARDOSO, 2017, p. 321-322).

Também no que diz respeito ao Ministério Público paulista, a autora aponta a prática de busca por créditos adicionais no orçamento para cobrir elevados complementos remuneratórios e conclui:

“O que está em jogo é a escolha das carreiras jurídicas por sobrepor os benefícios remuneratórios a outros valores sobre os quais não poderia tergiversar (...) O MP/SP não precisaria negociar orçamentos complementares com o Governo do Estado se não adotasse a política dos benefícios remuneratórios adicionais” (CARDOSO, 2017, p. 317).

Diante da conjugação dos interesses políticos do Poder Executivo estadual e dos interesses corporativos das carreiras jurídicas, Cardoso conclui pela fragilidade do sistema de freios e contrapesos no Estado de São Paulo em um contexto no qual “os benefícios garantidos às carreiras jurídicas servem à salvaguarda da sociedade civil íntima, criam blindagens, garantem proteção diante de poderes concorrentes. De outro lado, às classes populares se reservam apenas as periferias ou a prisão” (CARDOSO, 2017, p. 307).

A ordem institucional paulista aponta, portanto, para a ausência de neutralidade política das instituições de justiça, mormente ao explicar como os interesses corporativos podem se embrenhar nelas, em maior ou menor grau, a depender da realidade institucional local, levando-as a atuar no sentido de garantir seus próprios privilégios, em detrimento de seu papel institucional.

Não se trata, evidentemente, de uma realidade generalizável para todo o país. Todavia, um alinhamento governista das instituições de justiça como o diagnosticado por Luciana Zaffalon Leme Cardoso (2017) poderia resultar, no que diz respeito à LIA, em uma concentração de ações de improbidade e de condenações judiciais sobre agentes públicos menos relevantes ou sobre minorias políticas. A depender da realidade institucional de cada cidade ou estado em que se aplique, a LIA tem o potencial para converter-se, nesse sentido, a um só passo, em um instrumento de guerra político-partidária e de manobra dos interesses corporativos das instituições de justiça atuantes nos processos.

De todo modo, ainda que controversa e empiricamente questionável, a noção de que compete a órgãos não representativos do sistema de justiça, externos à política, a tutela dos interesses de uma sociedade civil desorganizada frente a órgãos representativos corruptos ou ineficientes é mais uma dessas ideias que habitam o imaginário político brasileiro e que, por vezes, embasam a aplicação da LIA, como exemplificam os trechos extraídos dos acórdãos analisados:

“Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe. No excelente livro de Patrick Wilcken – ‘Império à deriva: a corte portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821’ (...) está consignado: ‘a corrupção sempre fora uma característica da vida ao redor do império, mas assumiu uma forma concentrada no Rio. (...) Enquanto a vida era uma luta para muitos dos cortesãos mais periféricos, os ministros do governo logo passaram a ter um padrão de vida muito acima dos recursos que poderiam ter ganho legitimamente. (...) Por trás das bengalas, mantos e perucas, e por trás das cerimônias formais e dos éditos proferidos em linguagem refinada, o roubo em nome da Coroa disseminou-se à larga’. (...) Precisamos, portanto, nos esforçar cada vez mais, para eliminar a corrupção na administração pública. Ora, o meio que me parece mais eficiente é justamente o de dar máxima eficácia à Lei de Improbidade. Refiro-me especialmente às administrações municipais” (STF, Rcl. 2.138, plenário, j. 13.06.2007, p. 82-83).

“Buscou-se, com essa normatização [Lei de Improbidade Administrativa], coibir a prática de atos desonestos e antiéticos, tão corriqueiros e tão recorrentes em nossa história político-administrativa, aplicando-se aos acusados, atendidos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, as inúmeras e drásticas sanções previstas na lei” (Ibidem, p. 242).

“O Direito dá conta do seu apreço por uma determinada matéria pelo modo como reage à violação da norma tutelar dessa matéria. O modo como o Direito reage à violação de uma norma já exprime o seu apreço maior ou menor por essa norma. Ora, a Constituição faz da probidade administrativa pressuposto da perda ou suspensão de

direitos políticos – art. 15, V. Faz da improbidade administrativa um pressuposto de ‘impeachment’ até do Presidente da República – art. 85, V. Faz da probidade administrativa, da sua defesa, objeto da ação civil pública – art. 129, III –, objeto de ação popular. Vejam com que apreço a Constituição tratou o tema da probidade. E fez muito bem, porque, segundo Ulysses Guimarães, a corrupção é o cupim da República, e estamos todos a atravessar um período em que o patrimonialismo chegou a tal ponto que já não há mais distinção mesmo entre o que é público e o que é privado” (STF, ADI 2.797, plenário, j. 15.09.2005, p. 98).

Tais considerações revelam, em tom diagnóstico, a visão de parcela do Poder Judiciário sobre a Administração Pública no Brasil: marcada por uma cultura política perniciosa e por práticas degeneradas sistemáticas e persistentes. Essa visão, em geral, bastante pessimista quanto à realidade da Administração Pública deságua em duas conclusões diversas do ponto de vista do resultado da aplicação da LIA, como demonstram alguns dos casos analisados junto ao STJ.

Em alguns casos, a realidade da Administração Pública foi lida como justificativa para condutas questionadas, podendo levar à absolvição do agente político. No REsp 1.192.056/DF (STJ, 1ª Turma, j. 17.04.2012), por exemplo, discutia-se a contratação direta com dispensa de licitação de empresa para fornecer alimentação a funcionários da companhia estatal de saneamento. Embora a contratação tenha sido considerada ilegal, o prefeito foi absolvido, por maioria, pois o tribunal entendeu que a sua conduta decorreu de “entraves burocráticos inerentes ao procedimento licitatório” (Ibidem, p. 20) e da incapacidade técnica dos administradores.

A noção de que a burocracia estatal frequentemente ata as mãos do agente político pode evoluir, em alguns casos extremos, para argumentos que justificam e deixam de sancionar atos reconhecidamente ilícitos pelo fato de serem amplamente difundidos na cultura política local. É o que se verificou no REsp 403.599/PR (STJ, 2ª Turma, j. 03.04.2003), em que se discutia a legalidade da compra, com recursos públicos, por um vereador, de passagens rodoviárias de uma empresa de turismo intermediária para distribuição gratuita a munícipes carentes.

No voto que julgou improcedente a ação de improbidade, argumentou-se que “um país de fantástica exclusão social (...) favorece o clientelismo, o favoritismo e a necessidade de adotarem os políticos, seja no Executivo, seja no Legislativo, as arraigadas práticas, sob pena de não sobreviverem como políticos” (STJ, REsp 403.599/PR, 2ª Turma, j. 03.04.2003, p. 5). A improbidade e o ímprobo são tidos, então, como produtos naturais e inevitáveis de seu ambiente político, razão pela qual não haveria sentido na punição.

Por outro lado, em alguns casos, a obediência à legalidade por parte do gestor público é tomada como valor absoluto, sendo eventuais dificuldades práticas enfrentadas pelo gestor no cotidiano administrativo veiculadas em sede de defesa interpretadas como meras “desculpas”, as quais não seriam aptas a justificar a falta de eficiência, o despreparo e a desorganização. Os problemas decorrentes de um Estado pouco eficiente, portanto, não excluem a culpabilidade e não impedem a condenação do administrador por improbidade administrativa.

“Já não há espaço, na Administração Pública brasileira, para o administrador desorganizado ou despreparado, mormente se por desorganização e despreparo se queira justificar graves e frontais violações à Lei da Improbidade Administrativa, à Lei de Licitações, à Lei da Responsabilidade Fiscal, entre outras que dirigem e ordenam a conduta do Estado” (STJ, REsp 892.818/RS, 2ª Turma, j. 11.11.2008, p. 9-10).

“Todas as desculpas e dificuldades administrativas apresentadas pela ré apenas demonstram (...) a situação da administração pública neste país, sempre mais onerosa e menos eficiente” (STJ, REsp 1.116.964/BA, 2ª Turma, j. 15.03.2011, p. 9).

A ideia de que cabe ao Poder Judiciário sanear os usos e costumes políticos e inculcar a moralidade na atuação dos agentes públicos no país e de combater a impunidade foi uma ideia bastante recorrente (STJ, REsp 1.107.833/SP, 2ª Turma, j. 08.09.2009; STJ, REsp 1.352.035/RS, 2ª Turma, j. 18.08.2015; STJ, REsp 1.034.511/CE, 2ª Turma, j. 01.09.2009; STJ, REsp 1.025.300/RS, 2ª Turma, j. 17.02.2009), como exemplificam os trechos colacionados a seguir:

“Questões foram suscitadas sempre demonstrando a preocupação deste Tribunal com a impunidade; ele sempre pretendeu tomar uma posição ativa para fazer com que os feitos tivessem normal andamento, para que criminosos e até pessoas que tenham praticado atos contrários à probidade administrativa não se beneficiassem da omissão do Poder Judiciário” (STJ, Pet. 2.588/RO, Corte Especial, j. 16.03.2005, p. 25).

“Decidi apresentar este sucinto voto oral, somente agora, em sessão, manuseando os autos, não apenas pela complexidade da matéria, mas também pela importância paradigmática deste caso, no sentido de dar rumo a setor da Administração Pública que, todos sabemos, é extremamente espinhoso e enfrenta dificuldades, em todo o país, na implementação e na elaboração contratual, que é a limpeza pública. Talvez aí esteja umas das áreas mais intrincadas dos contratos administrativos e que precisa de um norte do Poder Judiciário no plano da razoabilidade, mas com os olhos postos na lei e na Constituição Federal” (STJ, REsp 1.021.851/SP, 2ª Turma, j. 12.08.2008, p. 33).

“Lembro, mais uma vez, o caráter didático do Tribunal e suas mensagens. Há de se ter obediência ao princípio da moralidade” (STJ, REsp 467.004/SP, 1ª Turma, j. 10.06.2003, p. 16).

Esse discurso é contraposto, por vezes, por entendimentos de viés garantista, no sentido de que “o Judiciário e a justiça existem para assegurar os direitos, as liberdades e as

garantias” (STJ, REsp 1.366.721/BA, 1ª Seção, j. 26.02.2014, p.27). De maneira geral, no entanto, o tribunal vem firmando teses no sentido de que cabe a ele a imposição de sanções de natureza punitiva, as quais devem ser efetivas, para o fim de corrigir a cultura política brasileira.

2.2.3 OS CONTORNOS DO PODER SANCIONATÓRIO DAS INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA

As decisões dos tribunais superiores acerca das sanções impostas às condutas ímprobas vêm delimitando os contornos do poder sancionador do Estado nos casos regidos pela LIA. Em grande parte dos casos analisados, os tribunais decidiram condenar os agentes políticos envolvidos a punições exemplares, avocando-se a função de moralizar a Administração Pública, preservar o erário e corrigir essa cultura política, de modo a pôr fim a determinadas práticas condenáveis.

Partindo da identificação da improbidade com a corrupção e com a desonestidade, o tribunal vê o ímprobo, frequentemente, como alguém com um grave e insanável defeito de caráter. De fato, ao definir e tratar dos casos de improbidade administrativa, verifica-se que, em alguns deles, os ministros do STJ atribuem características específicas ao agente ímprobo. Cuida-se, invariavelmente, de adjetivos dotados de carga emocional negativa, chegando-se a utilizar expressões como “indigno” e “devasso da Administração” (STJ, REsp 324.730/SP, 2ª Turma, j. 08.04.2003). De maneira geral, o ímprobo é tratado por desonesto (STJ, REsp 1.025.300/RS, 2ª Turma, j. 17.02.2009), como sendo o sujeito que sofre de uma degeneração de caráter (STJ, REsp 1.177.910/SE, 1ª Seção, j. 26.08.2015) ou de um desvio ético (STJ, REsp 1.129.277/RS, 2ª Turma, j. 04.05.2010), e que tem pouco apreço pelas leis (STJ, REsp 1.177.910/SE, 1ª Seção, j. 26.08.2015).

A figura do ímprobo, tal qual caracterizado nas decisões judiciais analisadas, contrasta de maneira drástica com aquela do agente político padrão projetado pelo tribunal, o qual: “deve possuir alto grau de honestidade, integridade, responsabilidade, caráter, dignidade, coerência, moralidade, impessoalidade e ética” (STJ, REsp 1.135.767/SP 2ª Turma, j. 25.05.2010, p. 19). O agente político ideal traçado nas decisões deve pautar-se pelo interesse público e guiar-se pela moralidade (STJ, REsp 1.107.833/SP, 2ª Turma, j. 08.09.2009), zelar pelo bom uso do dinheiro público (STJ, REsp 1.135.767/SP, 2ª Turma, j. 25.05.2010) e servir de exemplo para os integrantes da comunidade (STJ, REsp 1.025.300/RS, 2ª Turma, j. 17.02.2009; STJ, REsp 1.135.767/SP, 2ª Turma, j. 25.05.2010), sob pena de ser responsabilizado perante a população de maneira exemplar.

A condenação do sujeito em si, da sua personalidade e natureza, em vez da condenação do ato ilícito praticado, conduz a um discurso que propaga uma lógica de combate, em que um lado se pretende defensor da sociedade enquanto o outro lado, independentemente do ilícito em questão e das circunstâncias e consequências que o envolvem, fere toda a sociedade. Veja-se, nesse sentido, o seguinte trecho, extraído de decisão recente do STF:

“O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa” (STF, ARE 683.235, plenário, j. 13.09.2019, p. 11).

Tal postura, que atribui ao sistema de justiça a função de lidar, por meio da pena, com os problemas sociais considerados mais graves, corresponde a uma concepção ideológica punitivista¹¹⁵ que, associada a manifestações de pânico moral¹¹⁶, conduz à conclusão de que todo mal deve ser punido a qualquer custo. Nesse sentido, grandes poderes são atribuídos ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

Quanto às sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, o STJ vem entendendo ser **impossível a fixação da condenação aquém do mínimo estabelecido na LIA**, por ausência de previsão legal (STJ, REsp 1.582.014/CE, 2ª Turma, j. 07.04.2016). Ademais, vem decidindo que, embora não seja obrigatória, é **possível a cumulação das sanções previstas na LIA** (STJ, REsp 1.025.300/RS 2ª Turma, j. 17.02.2009; STJ, REsp 1.067.561/AM, 2ª Turma, j. 05.02.2009).

O tribunal entende, no entanto, que o ressarcimento ao erário não se equipara a uma sanção em sentido estrito, de modo que não é suficiente, por si só, para atender ao espírito da

¹¹⁵ Conforme se verá em maior detalhe adiante (Capítulo 3, item 3), a noção de punitivismo é aqui empregada com referência à racionalidade penal moderna (PIRES, 2004), para referir-se ao sistema de pensamento ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que, a partir da segunda metade do século XVIII, passa a compreender o descumprimento das normas estatais como necessariamente vinculados à imposição de uma sanção de natureza aflictiva como meio de defesa da sociedade contra o crime e a ilicitude.

¹¹⁶ Cunhado por Stanley Cohen, o conceito de pânico moral diz respeito ao processo de sensibilização social em que um tipo de comportamento e uma determinada categoria de indivíduos são identificados de tal forma, que mesmo os menores desvios passam a merecer uma forte reação coletiva, por seu potencial tido como destrutivo do tecido social. É caracterizado pela preocupação com determinados comportamentos, pela hostilidade direcionada aos indivíduos considerados responsáveis por determinada ameaça, por um consenso de que tal ameaça é real e capaz de causar danos à sociedade e pela desproporção entre as consequências reais desses comportamentos temidos e aquelas imaginadas. A esse respeito, ver Marcus Paulo Gebin (p. 53-60).

LIA, devendo ser cumulada com ao menos alguma outra das medidas previstas em seu artigo 12 (STJ, REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, j. 16.06.2009; STJ, AgRg no AREsp 606.352/SP, 2ª Turma, j. 15.12.2015; STJ, REsp 622.234/SP, 2ª Turma, j. 01.10.2009). A esse respeito, veja-se o seguinte excerto:

“O ressarcimento é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário; as outras demais sanções é que podem levar em conta, e.g., a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, além da própria extensão do dano. Vale dizer: o ressarcimento é providência de caráter rígido, i.e., sempre se impõe e sua extensão é exatamente a mesma do prejuízo ao patrimônio público. A perda da função pública, a sanção política, a multa civil e a proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios do Poder Público, ao contrário, têm caráter elástico, ou seja, são providências que podem ou não ser aplicadas e, caso o sejam, são dadas à mensuração - conforme, exemplificativamente, à magnitude do dano, à gravidade da conduta e/ou a forma de cometimento do ato - nestes casos, tudo por conta do p. ún. do art. 12 da Lei n. 8.429/92” (STJ, REsp 622.234/SP, 2ª Turma, j. 01.10.2009, p. 2).

Mesmo o eventual arrependimento posterior, com a devolução de valores ao erário, é insuficiente para afastar a sanção prevista na LIA (STJ, REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, j. 16.06.2009).

Acerca do tema do ressarcimento ao erário, uma questão interessante trazida pelos dados analisados foi sobre a possibilidade jurídica de se determinar que o réu devolva ao erário os valores recebidos em razão de contratação eivada de ilegalidade quando os serviços já foram prestados. Em um dos casos analisados, o STJ entendeu que, ainda que não se verifique dano ao erário, em razão da prestação dos serviços, ainda assim seria cabível a condenação à devolução dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do réu nos termos do art. 9 da LIA (STJ, REsp 1.412.214/PR, STJ, 1ª Turma, j. 08.03.2016). Em outros casos, no entanto, entendeu que, “se os serviços foram prestados, não há que se falar em devolução dos valores recebidos, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado” (STJ, REsp 1.238.466/SP, 2ª Turma, j. 06.09.2011, p. 1),¹¹⁷ o que não impede, contudo, a condenação por improbidade administrativa com fundamento no artigo 11 da LIA.

Fato é que **os tribunais superiores atribuem uma função eminentemente punitiva à sanção**, e também entendem que essa punição não poder ser excessivamente leve ou irrelevante. O caráter eminentemente retributivo da sanção foi explicitamente suscitado em diversos dos casos analisados nos tribunais,¹¹⁸ conforme exemplificam os trechos a seguir:

¹¹⁷ Decisões no mesmo sentido foram encontradas nos seguintes casos: STJ, REsp 1.038.777/SP, 1ª Turma, j. 03.02.2011; STJ, REsp 909.446/RN, 1ª Turma, j. 06.04.2010, STJ, REsp 1.173.677/MG, 1ª Turma, j. 20.08.2013.

¹¹⁸ No STJ, ver REsp 1.163.643/SP, 1ª Seção, j. 24.03.2010; REsp 1.413.674/SE, 1ª Turma, j. 17.05.2016; REsp 1.177.910/SE, 1ª Seção, j. 26.08.2015; AgRg no AREsp 606.352/SP, 2ª Turma, j. 15.12.2015; REsp 1.352.035/RS,

“Na ação de improbidade, repita-se, o objeto principal é aplicar sanções punitivas de caráter pessoal, a saber: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios” (STJ, REsp 1.163.643/SP, 1ª Seção, j. 24.03.2010, p. 4).

“Impossível, pois, à luz da jurisprudência desta Corte Superior, que o agente saia perdedor em ação civil pública por improbidade administrativa apenas com o dever de ressarcir os cofres públicos. Não e não. A cumulação com sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/92 é mandatória, não só porque assim já definiu esta Corte Superior como também porque essa é a *ratio* da Lei de Improbidade Administrativa (senão, não haveria sanção, apenas ressarcimento...)” (STJ, REsp 622.234/SP, 2ª Turma, j. 01.10.2009, p. 3).

“O ressarcimento ao erário constitui o mais elementar consectário jurídico, não se equiparando a uma sanção punitiva em sentido estrito e, portanto, não sendo suficiente por si só a atender ao espírito da lei de regência, devendo ser cumulada com ao menos alguma outra das sanções previstas no referido art. 12, inciso II. (...) o objetivo da Lei no 8.429/97 é ensejar a repressão e punição dos atos de improbidade administrativa, os quais não restam descaracterizados pelo posterior ressarcimento aos cofres públicos” (STJ, REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, j. 16.06.2009, p. 3).

“O que se evidencia da pretensão do recorrente é tão-somente limitar a sanção ao ressarcimento de danos. Isso, porém, atentaria contra a natureza repressiva da ação de improbidade, que seria transformada em mera ação de responsabilidade civil” (STJ, REsp 778.204/SP, 1ª Turma, j. 19.09.2006, p. 22).

“Essa inovação constitucional de 1988, em permitir tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (tenham natureza penal ou político-administrativa) e os atos de improbidade administrativa, decorreu da necessidade de se punir mais severamente a ilegalidade qualificada, ou seja, a Constituição comandou ao Congresso Nacional a edição de lei que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência” (STF, ARE 683.235/PA, plenário, j. 13.09.2019, p. 11-12).

Ainda com relação à função da sanção, em alguns dos casos analisados os ministros teceram considerações sobre o seu **caráter didático**, no sentido de prevenir futuros atos ímprobos.¹¹⁹ A título de exemplo, em um dos casos analisados consignou-se que “a imposição de penas ao administrador ímprobo tem, a exemplo do que ocorre no âmbito penal, função pedagógica e intimidatória, visando a inibir novos ilícitos” (STJ, REsp 993.658/SC, 1ª Turma, j. 15.10.2009). Em outro caso, o STF sustentou o seguinte:

2ª Turma, j. 18.08.2015; REsp 1.135.767/SP, 2ª Turma, j. 25.05.2010; REsp 622.234/SP; REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, j. 16.06.2009; REsp 1.025.300/RS, 2ª Turma, j. 17.02.2009; REsp 915.322/MG, 2ª Turma, j. 23.09.2008; REsp 778.204/SP, 1ª Turma, j. 19.09.2006; REsp 456.649/MG, 1ª Turma, j. 05.09.2006; REsp 895.530/PR, 1ª Turma, j. 18.11.2008. Já no STF, ver especialmente ARE 683.235/PA (plenário, j. 30.08.2012).

¹¹⁹ Ver STJ, REsp 1.413.674/SE, 1ª Turma, j. 17.05.2016; STJ, REsp 993.658/SC, 1ª Turma, j. 15.10.2009; STJ, REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, j. 16.06.2009; STJ, REsp 1.025.300/RS, 2ª Turma, j. 17.02.2009; STJ, REsp 895.530/PR, 1ª Turma, j. 18.11.2008.

“A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado” (STF, RE 852.475/SP, plenário, j. 08.08.2018, p. 7).

De forma semelhante, houve oportunidades¹²⁰ em que os ministros destacaram a necessidade de tirar o agente ímprobo do seio da Administração Pública:

“o objetivo da Lei de Improbidade é não apenas punir, mas também afastar do serviço público os que praticam atos incompatíveis com o exercício da função pública” (STJ, REsp 1.352.035/RS, 2ª Turma, j. 18.08.2015, p. 1).

“Subjaz, assim, a afronta à moralidade administrativa, o que recomenda o afastamento dos recorrentes no trato da coisa pública, objetivo que se aufere pela manutenção da supressão dos direitos políticos e pela inabilidade para contratar com a Administração Pública” (STJ, REsp 772.241/MG, 1ª Turma, j. 15.04.2008, p. 16).

A imposição das sanções previstas pela LIA também foi tratada pelos Tribunais em algumas oportunidades sob o prisma da necessidade de promover o combate à impunidade¹²¹ e de prestar contas à sociedade.¹²² Essa preocupação aparece claramente colocada nas decisões a seguir transcritas:

“a previsão constitucional de punição da improbidade administrativa reflete ‘a revolta do povo brasileiro contra a corrupção nos escalões governamentais e administrativos’ (STF, ARE 683.235/PA, plenário, j. 13.09.2019, p. 12).

“Isso é especialmente importante no contexto atual, de evidente saturação da população brasileira em relação à corrupção e de esforços concentrados de investigação e punição dos responsáveis por esquemas de lavagem de dinheiro e desvio de recursos públicos. De acordo com a ONG Transparência Internacional, o índice de percepção da corrupção no Brasil é bastante elevado: em 2014, o país ocupava a 69ª posição em 175 países incluídos no ranking. A percepção dos brasileiros em relação à corrupção não é descolada da realidade. Segundo estudo da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), de 2010, a corrupção no Brasil tem um custo anual que, em valores de 2008, varia de aproximadamente R\$ 40 a R\$ 70 bilhões por ano, o que equivale a cerca de 1,3% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB)” (STF, AgRg na Pet. 3.240, plenário, j. 10.05.2018, p. 51).

¹²⁰ Ver STJ, REsp 1.163.643/SP, 1ª Seção, j. 24.03.2010; STJ, REsp 1.177.910/SE, 1ª Seção, j. 26.08.2015; STJ, REsp 1.352.035/RS, 2ª Turma, j. 18.08.2015; STJ, REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, j. 16.06.2009; STJ, REsp 915.322/MG, 2ª Turma, j. 23.09.2008; STJ, REsp 772.241/MG, 1ª Turma, j. 15.04.2008; STJ, AgRg na SL 9/PR, Corte Especial, j. 18.08.2004.

¹²¹ Nesse sentido, no STJ, ver REsp 1.135.767/SP, 2ª Turma, j. 25.05.2010; REsp 993.658/SC, 1ª Turma, j. 15.10.2009; REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, j. 16.06.2009; REsp 892.818/RS, 2ª Turma, j. 11.11.2008. Já no STF, ver RE 852.475 (plenário, j. 08.08.2018) e AgRg na Pet. 3.240 (plenário, j. 10.05.2018).

¹²² No STJ, ver REsp 993.658/SC (1ª Turma, j. 15.10.2009) e REsp 1.025.300/RS (2ª Turma, 17.02.2009). No STF, ARE 683.235 (plenário, j. 30.08.2012) e AgRg na Pet. 3.240 (plenário, j. 10.05.2018).

“Não me parece que, aqui, há qualquer incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito (...) sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em matéria de probidade, (...) questão atinente à ofensa à coisa pública, portanto, à corrupção, eis que não raro a prescrição é o biombo por meio do qual se encobre a corrupção e o dano ao interesse público. (...) Não é consoante os princípios e a postura judicial (sic) do Supremo Tribunal Federal que danos decorrentes de crimes praticados contra Administração Pública e de atos de improbidade praticados contra a Administração Pública fiquem imunes da obrigação de ressarcimento” (STF, RE 852.475/SP, plenário, j. 08.08.2018, p. 34; 111).

As decisões analisadas revelam que, ao impor as sanções, o STJ se utiliza de alguns **critérios para realizar a dosimetria da pena**. Nesse sentido, a gravidade dos fatos, a sua lesividade e a reiteração da conduta por parte do réu podem influenciar no sentido de aumentar a sanção (STJ, REsp 1.249.019/GO, 2ª Turma, j. 15.03.2012; STJ, REsp 895.530/PR, 1ª Turma, j. 18.11.2008). Por outro lado, a ausência de dano ao erário (STJ, EREsp 1.215.121/RS, 1ª Seção, j. 14.08.2014; STJ, REsp 884.083/PR, 1ª Turma, j. 18.10.2007), a sua pequena monta ou, ainda, a ausência de proveito patrimonial do agente (STJ, REsp 794.155/SP, 2ª Turma, j. 22.08.2006) podem militar no sentido de reduzir a sanção.¹²³⁻¹²⁴

De fato, à uma postura mais incisiva na imposição de sanções gravosas e exemplares, contrapõem-se os casos nos quais os tribunais entenderam que deve haver alguns limites a esse poder sancionador das instituições de justiça. Em um caso no qual o réu foi alvo de diversas ações de improbidade, tendo sido diversas vezes condenado à sanção de suspensão de direitos políticos, por exemplo, o STJ entendeu que os períodos de suspensão de direitos não poderiam ser simplesmente somados, mas que passariam a valer a partir do trânsito em julgado de cada decisão condenatória, ainda que os períodos se sobrepusessem, reduzindo assim o tempo de punição total (STJ, REsp 993.658/SC, 1ª Turma, j. 15.10.2009).

A preocupação com a garantia da proporcionalidade da sanção apareceu com alguma frequência nas decisões analisadas,¹²⁵ em geral reconhecendo-se a gravidade das

¹²³ De maneira contraditória, no entanto, o STJ em pelo menos uma oportunidade admitiu que se quantifique o dano ao erário em sede de execução, o que impediria o uso do critério para fins de dosimetria da sanção (STJ, REsp 1.021.851/SP, 2ª Turma, j. 12.08.2008).

¹²⁴ Em três dos casos analisados, o STJ também entendeu que a dosimetria da sanção dependeria do elemento volitivo, ou seja, se o ilícito foi praticado com dolo ou culpa (STJ, REsp 875.163/RS, STJ, 1ª Turma, j. 19.05.2009; STJ, REsp 939.142/RJ, 1ª Turma, j. 21.08.2007; STJ, REsp 895.530/PR, 1ª Turma, j. 18.11.2008), o que parece conflitar com o entendimento do tribunal de que sem a caracterização do elemento subjetivo, nem sequer haveria configuração de ato de improbidade administrativa, como se verá em maior detalhe adiante.

¹²⁵ Em 15 casos essa preocupação foi expressamente manifestada pelos ministros do STJ: REsp 1.413.674/SE, 1ª Turma, j. 17.05.2016; AgRg no AREsp 606.352/SP, 2ª Turma, j. 15.12.2015; EREsp 1.215.121/RS, 1ª Seção, j. 14.08.2014; REsp 1.192.056/DF, 1ª Turma, j. 17.04.2012; REsp 909.446/RN, 1ª Turma, j. 06.04.2010; REsp 993.658/SC, 1ª Turma, j. 15.10.2009; REsp 1.019.555/SP, 2ª Turma, j. 16.06.2009; REsp 1.025.300/RS, 2ª Turma, j. 17.02.2009; REsp 895.530/PR, 1ª Turma, j. 18.11.2008; REsp 892.818/RS, 2ª Turma, j. 11.11.2008; REsp

sanções previstas na LIA e a necessidade de impô-las com equilíbrio, levando em conta a gravidade da conduta do agente e tomando por balizas, de um lado, a proibição de excesso no seu sancionamento¹²⁶ e, de outro lado, a vedação à proteção insuficiente do interesse público.

Foram mapeados dois tipos de argumentos utilizados pelos ministros para limitar a imposição de sanções. Um deles, mobilizado em favor das empresas que respondem por ações de improbidade administrativa acusadas de irregularidades nas suas contratações com o poder público, aponta para os impactos sociais de uma brusca interrupção das atividades das rés.¹²⁷

O outro, mobilizado em favor dos agentes políticos, aponta para as consequências gravosas que as sanções previstas na LIA podem ter no equilíbrio político-institucional, ao impor a perda da função pública e a suspensão de direitos políticos (STJ, REsp 456.649/MG, 1ª Turma, j. 05.09.2006). Os impactos eleitorais das sanções da LIA foram ressaltados em diversos casos analisados junto ao STF,¹²⁸ como demonstram os trechos a seguir:

“Reconheço a gravidade da situação em análise, visto que a perda do mandato parlamentar consubstancia, em uma democracia representativa como a nossa, a expressão concreta de uma das mais sérias restrições a que se pode ver submetido um congressista em sua nobilíssima função de representar o povo. Não desconheço esse aspecto de profunda repercussão na vida e no funcionamento das instituições da República” (STF, MS 25.461, plenário j. 29.06.2006, p. 32).

“O condenado por improbidade administrativa ver-se-á na indigna posição de não-cidadão, em face da perda dos direitos políticos. (...) A sentença condenatória proferida nessa peculiar ‘ação civil’ é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, é certo, pois, que a condenação proferida na ação civil de que trata o art. 37, § 4º, da Constituição, poderá conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal” (STF, Rcl. 2.138, plenário, j. 13.06.2007, p. 53).

915.322/MG, 2ª Turma, j. 23.09.2008; REsp 1.003.179/RO, 1ª Turma, j. 05.08.2008; REsp 794.155/SP, 2ª Turma, j. 22.08.2006; REsp 467.004/SP, 1ª Turma, j. 10.06.2003; REsp 324.730/SP, 2ª Turma, j. 08.04.2003.

¹²⁶ Nesse sentido, é ilustrativo o seguinte trecho, extraído do REsp 1.038.777/SP (STJ, 1ª Turma, j. 03.02.2011, p. 17): “a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobis condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa”. A preocupação do STJ com a proporcionalidade da sanção também se traduz na admissão da possibilidade de o juiz reduzir de ofício, em apelação, a sanção aplicada, caso estejam patentes seu excesso e sua desproporcionalidade (REsp 1.293.624/DF, 1ª Turma, j. 05.12.2013).

¹²⁷ “Considerado o porte das Requerentes, bem assim os diversos contratos administrativos mantidos com a Administração Pública em outras localidades do País, os prejuízos com a súbita cessação de suas atividades serão suportados pela coletividade usuária destes serviços, sem falar no considerável número de empregados que serão atingidos, direta e indiretamente, pela decisão” (STJ, MC 6.575/SP, 2ª Turma, j. 17.06.2003, p. 2).

¹²⁸ Nesse sentido, ver também, no STF, Questão de Ordem na Pet. 3.923/SP (plenário, j. 13.06.2007), caso no qual a sanção de perda de direitos políticos foi considerada mais próxima do regime de responsabilidade política dos crimes de responsabilidade e, por isso, alguns ministros cogitam excluir do magistrado de primeiro grau a possibilidade de aplicá-la a agentes políticos submetidos a foro especial.

Os possíveis impactos eleitorais e a gravidade das sanções impostas pela LIA suscitam, em alguns dos casos, preocupação com o potencial uso político da LIA e a possibilidade de ocorrência de abusos,¹²⁹ o que se verá em maior detalhe no Capítulo 3, a seguir. Suscita, também, preocupação com o devido processo legal. Em sete dos casos analisados no STJ, os ministros destacaram a necessidade de assegurar ao réu de uma demanda de improbidade administrativa uma série de garantias processuais;¹³⁰ contudo, em três deles, esse posicionamento apareceu apenas no voto vencido.¹³¹ Esses dados apontam para uma divergência no posicionamento dos julgadores quanto à natureza do regime de sancionamento das improbidades administrativas.

De fato, em algumas oportunidades, os ministros do STJ buscaram realizar uma aproximação da LIA com o regime de direito processual penal ou com o regime de direito

¹²⁹ “A análise sumária de algumas ações de improbidade, especialmente das que me têm chegado pela via da Reclamação, demonstra exatamente a tentativa de transformar toda e qualquer contestação às decisões administrativas em razão para imputar a um agente político a pecha de ímprobo, bem como de execrá-lo publicamente” (STF, ADI 2.797, plenário, j. 15.09.2005, p. 175).

¹³⁰ Ver no STJ: REsp 1.366.721/BA, 1ª Seção, j. 26.02.2014; REsp 1.191.613/MG, 1ª Turma, j. 19.03.2015; ED no REsp 1.194.009/SP, 1ª Turma, j. 17.05.2012; REsp 993.658/SC, 1ª Turma, j. 15.10.2009; REsp 895.415/BA, 1ª Turma, j. 02.12.2008; REsp 892.818/RS, 2ª Turma, j. 11.11.2008; REsp 456.649/MG, 1ª Turma, j. 05.09.2006.

¹³¹ “Aliás, o desafio da jurisdição moderna – máxime em sede sancionadora – é precisamente o de realizar as tarefas da repressão às ilicitudes sem descambar para a inobservância das garantias processuais das pessoas processadas, embora ceder a essa tentação seja uma ideia que ronda permanentemente, como um fantasma, o exercício da jurisdição repressiva, inclusive (ou sobretudo) no âmbito penal, onde as ilicitudes são mais agressivas e ofendentes dos mais altos valores socialmente prezáveis” (STJ, REsp 1.366.721/BA, 1ª Seção, j. 26.02.2014, p. 24). “A repressão a quaisquer ilícitos e a persecução da reparação dos seus danos, devem se processar com estrita obediência às garantias subjetivas, pois não têm as autoridades, ainda que movidos por altos e legítimos propósitos, a potestade de superar os limites do ordenamento jurídico, nem interpretar as normas pondo-as em confronto com os superiores princípios do sistema” (Ibidem, p. 9). “Não creio que possa recolher adeptos a increpação frequente de que a observância das garantias processuais das pessoas se confundam com transigência, tolerância ou até mesmo pacto com as infrações ou infratores; reitero que as garantias processuais são instituídas precisamente em favor dos infratores, pois os que não se acham sob a mira de ações sancionadoras não reclamam a proteção dessas garantias” (Ibidem, p. 27).

“Um Juiz decretar a perda da função de um Promotor por iniciativa de outro Promotor me parece, com a devida vênia, um tanto quanto agressivo ou, pelo menos, incompatível com o sistema de garantias e da dignidade da função de Promotor. Pode um Juiz de primeiro grau cassar um Promotor acusado por outro Promotor? Quem está sujeito a qualquer Lei sancionadora responde de acordo com o sistema legal de garantias de sua categoria. (...) o Promotor de Justiça só pode vir a perder o cargo nas hipóteses do seu Estatuto. Só e em nenhuma outra hipótese, ainda que a conduta dele seja grave, seja ímproba, seja isso, seja aquilo. (...)” (STJ, REsp 1.191.613/MG, 1ª Turma, j. 19.03.2015, p. 12-13).

“Em todos os ramos do Direito Sancionador devem ser sempre respeitadas as garantias que cercam o exercício do *jus puniendi* estatal, culturalmente consagradas no Processo Penal moderno, que agasalha a regra constitucional do devido processo legal que, uma vez desrespeitada, produz inevitavelmente a nulidade do processo em que ocorreu (...) De fato, o sistema de garantias não deve ser flexibilizado em favor de interesses administrativos, ainda que possam ser reconhecidos e proclamados como da mais alta relevância, porquanto sobre eles avultam os princípios e as normas postas na Carta Magna; também é preciso lembrar que o Poder Público se submete à jurisdição, ou seja, também deve reverência às garantias processuais, não podendo promover a defesa dos seus interesses, senão dentro das demarcações do processo. (...) a alegação de que deve prevalecer o interesse estatal em punir infratores não tem a força de afastar a observância das garantias subjetivas e das normas de processo” (STJ, ED no REsp 1.194.009/SP, 1ª Turma, j. 17.05.2012, p. 18-19).

processual civil, revelando, a esse respeito, uma corte dividida: em quatro dos casos analisados, o voto vencedor fazia uma aproximação entre a LIA e o regime sancionatório do direito penal;¹³² já em outros cinco casos, essa aproximação foi rejeitada – em três deles, a aproximação entre a LIA e o direito penal foi manifestada apenas no voto vencido¹³³ e, em outros dois, o tribunal manifestou-se expressamente no sentido de que as sanções da LIA possuem características processuais eminentemente civis.¹³⁴

Também no STF, essa discussão foi bastante recorrente. De maneira geral, a tentativa de aproximação da LIA do regime de direito processual penal foi feita a partir da constatação de que o sistema jurídico brasileiro é rico em ações destinadas à defesa do patrimônio público, como a ação popular e a ação civil pública, de modo que o elemento central da ação de improbidade não é reparatório, mas punitivo. Defendeu-se, nesse sentido, a extensão de uma série de garantias processuais do regime processual penal aos réus em ações de improbidade administrativa (STF, Rcl. 2.138, plenário, j. 13.06.2007; STF, ADI 2.797 e 2.860, plenário, j. 15.09.2005).

Ao decidir a ADI 2.797, no entanto, prevaleceu no STF o entendimento de que a ação de improbidade administrativa é uma ação civil: “evidencia-o o art. 37, §4º, da Constituição, ao explicitar que as sanções que comina à improbidade administrativa serão impostas ‘sem prejuízo da ação penal cabível’” (STF, ADI 2.797, plenário, j. 15.09.2005, p. 41). O mesmo entendimento, acompanhado de manifestações no sentido da importância de garantir a eficácia da LIA no combate à corrupção e à impunidade, foi manifestado na Rcl 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007)¹³⁵ e na Q.O. na Pet 3.923/SP (STF, plenário, j. 13.06.2007).

¹³² Ver no STJ: REsp 1.163.643/SP, 1ª Seção, j. 24.03.2010; REsp 1.293.624/DF, 1ª Turma, j. 05.12.2013; REsp 875.163/RS, 1ª Turma, j. 19.05.2009; REsp 456.649/MG, 1ª Turma, j. 05.09.2006.

¹³³ Ver no STJ: ED no REsp 1.194.009/SP, 1ª Turma, j. 17.05.2012; REsp 772.241/MG, 1ª Turma, j. 15.04.2008; Rcl. 580/GO, Corte Especial, j. 17.10.2001.

¹³⁴ Ver no STJ: REsp 1.413.674/SE, 1ª Turma, j. 17.05.2016; Pet. 2.588/RO, Corte Especial, j. 16.03.2005.

¹³⁵ “Temos uma dupla normatividade em matéria de improbidade: de um lado as disposições da LIA, com tipos cerrados e vasto rol de possíveis acusados, e, de outro, as normas relativas aos agentes políticos (art. 85, CF e Lei 1.079/50). Ambas visam preservar a moralidade administrativa, mas têm objetivos distintos: a primeira, visa coibir a desonestidade; a segunda é mecanismo de *checks and balances* e lança ao ostracismo político o agente faltoso. São normatividades distintas, mas que “não se excluem, podendo ser processados separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados absolutamente distintos. (...) Nem se diga (...) que as sanções imponíveis em sede de ação civil por improbidade administrativa revestem-se de natureza penal. Não se questiona que os atos de improbidade administrativa podem induzir a responsabilidade penal de seu autor, assumindo, na diversidade dos tipos penais existentes, múltiplas formas de conduta delituosa. Ocorre, no entanto, que os atos de improbidade administrativa também assumem qualificação jurídica diversa daquela de caráter penal, apta, por isso mesmo, a viabilizar, no contexto da pertinente ação civil, a imposição das sanções previstas, expressamente, no art. 37, § 4º, da Constituição Federal (...). Vê-se, da simples leitura do preceito constitucional em questão, que este distingue, de maneira muito clara, entre as sanções de índole civil e político-administrativa, de um lado, e aquelas de natureza criminal, de outro” (STF, Rcl. 2138/DF, plenário, j. 13.06.2007, pp. 246, 305).

Em algumas das suas decisões, os tribunais superiores parecem partir do pressuposto de que o regime processual penal se refere exclusivamente àquele por meio do qual são impostas penas aflictivas a quem cometa ilegalidades, contraposto ao regime processual civil, referente à reparação de prejuízos patrimoniais. Considerando, ainda, que a imposição das sanções penais implica a observância a uma série de garantias processuais, assumem que o regime processual civil admitiria a sua integral dispensa. Tais premissas bastante questionáveis, como se antecipou no capítulo 1, muitas vezes servem de base para que os tribunais tentem enquadrar a LIA em um dos paradigmas processuais vigentes, numa operação ao estilo “tudo ou nada”.

Assim, ao invés de se discutir a verdadeira questão que se coloca – quais são as garantias processuais que devem ser aplicáveis às ações de improbidade administrativa e por quê – o debate pode vir a ser simplificado. A aplicação do regramento do processo penal às ações de improbidade, com todas as suas garantias relativas à tipicidade, foro por prerrogativa de função para autoridades políticas, standards de prova etc., pode ser defendida a partir da constatação óbvia e verdadeira de que a LIA é uma norma que impõe sanções de punitiva e retributiva. De outro lado, a aplicação do regramento do processo civil às ações de improbidade, descartando integralmente todas essas garantias, pode ser defendida a partir da constatação também óbvia e verdadeira de que a aplicação da LIA não exclui a aplicação das leis penais em vigor.

Embora algumas das decisões analisadas procurem construir um meio termo, como se verá em maior detalhe no capítulo 3, isso se torna extremamente difícil quando, muitas vezes, o debate é construído a partir de uma ótica binária, que busca classificar a LIA entre o modelo do processo civil e modelo do processo penal.

De todo o exposto, como se vê, as discussões sobre o sancionamento das condutas previstas na LIA parece ser transpassada nos tribunais superiores por duas visões distintas: uma delas mais preocupada com a limitação do poder sancionador do Estado e as garantias individuais, a outra mais preocupada com uma aplicação da LIA que impeça a impunidade dos agentes públicos e que imponha sanções gravosas e exemplares, com vistas à alteração cultural da gestão pública no país.

A presença dessas duas visões e posturas divergentes quanto à aplicação da LIA parecem transpassar, também, os demais eixos de análise apresentados no presente capítulo. Como se viu, observa-se que alguns julgadores se manifestam no sentido de atribuir às instituições de justiça a missão de sanear os usos e costumes políticos do país, inculcando a moralidade na atuação dos agentes públicos e combatendo a impunidade, enquanto outros

tendem a enfatizar o papel desempenhado pelo Poder Judiciário na garantia de direitos e liberdades contra o arbítrio punitivo estatal.

Essa divisão transparece, também, no uso retórico de princípios jurídicos sem maiores preocupações com a densificação do seu sentido normativo, facilitam a motivação das decisões judiciais superficiais, servindo ao casuísmo das decisões dos tribunais, cujos integrantes se dividem entre a imposição de sanções exemplares aos réus em ações de improbidade em razão do descumprimento de princípios como moralidade, impessoalidade e legalidade e a contenção da pretensão punitiva estatal, invocando os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade.

Essa tensão acerca do sentido a ser atribuído à aplicação da LIA e a construção de um entendimento majoritário em torno de uma aplicação mais incisiva da norma sobre agentes políticos torna-se mais evidente a partir de uma compreensão mais profunda dos processos nos quais os tribunais superiores discutiram a questão do foro por prerrogativa de função. Com efeito, trata-se de definir se juízes de primeiro grau poderão aplicar gravosas sanções como a perda do cargo e a suspensão de direitos políticos a agentes políticos da mais alta expressão. A questão foi alvo de aprofundamento e é tratada em maior detalhe no Capítulo 3, a seguir.

3 A APLICAÇÃO DA LIA A AGENTES POLÍTICOS

A legitimidade ativa para a propositura das ações de improbidade administrativa é restrita ao Ministério Público ou à pessoa jurídica de direito privado supostamente lesada pelo ato questionado. Como visto anteriormente, as demandas são majoritariamente propostas pelo Ministério Público em face de agentes políticos detentores de mandato. Trata-se, portanto, de uma tríade de instituições em funcionamento e tensão – Poder Judiciário, Ministério Público e Poder Executivo –, disputando, entre si, espaço, prestígio e poder.

Se, de um lado, o agente político restou enfraquecido, por outro, o Ministério Público tem procurado usar os espaços vazios deixados pela LIA para avançar uma agenda de ampliação e consolidação de seus poderes institucionais:

“Na realidade brasileira recente o Ministério Público é exemplo de corporação que usa intensamente fórmulas vagas para ocupar espaços, ampliando seu prestígio e poder. (...) membros da corporação influíram para que a nova redação passasse a punir, como ‘ato de improbidade administrativa’, a violação dos ‘deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições’. Esse texto, aparentemente inócuo para inibir comportamentos, por conta da extrema vagueza do que se estava considerando ilícito, acabou servindo, no decorrer dos anos, como fundamento da maior parte das ações de improbidade propostas pela corporação contra agentes públicos, sempre divulgadas amplamente pela imprensa, em busca de apoio da opinião pública. Como forma de aumentar seu poder, a corporação lançou-se em um grande esforço de construção de sentido sobre um texto normativo quase sem conteúdo” (SUNDFELD, 2017, p. 214).

Como coloca Rogério B. Arantes (2007), a conjunção de três fatores principais conduziu o Ministério Público à condição de “agente político da lei”: a constitucionalização dos direitos difusos e coletivos, a Lei de Ação Civil Pública e a independência institucional alcançada pelo Ministério Público em 1988, quando deixou de estar subordinado ao Poder Executivo e passou a ter autonomia funcional, instrumentos de autogoverno e garantias internas de inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos.

Chamando para si a responsabilidade, antes dispersa na sociedade, de representar judicial e extraordinariamente os direitos coletivos, e reunindo meios materiais de gestão, o Ministério Público assumiu o quase monopólio dos instrumentos de ação na área cível dos direitos transindividuais e coletivos e passou a atuar na fronteira entre a justiça e a política (ARANTES, 2007, p. 326).

No campo do combate à corrupção política, a atuação do Ministério Público pela via cível desenvolveu-se por meio das promotorias de justiça da cidadania, com a realização de inquéritos civis e ações de improbidade administrativa. O resultado dessa atuação é que, dos

645 municípios do estado de São Paulo, 38% (247) já tiveram seus prefeitos processados por improbidade administrativa pelo menos uma vez (ARANTES, 2009, p. 93).

Com frequência, os casos não envolvem dano ao patrimônio, mas o descumprimento de norma legal, supostamente apoiado na discricionariedade do cargo. Todavia, se o acusado estiver isolado no sistema político, aumentam as chances de uma ação ser levada adiante (ARANTES, 2009, p. 106), com impactos consideráveis. De fato, se condenado por improbidade administrativa, o acusado pode perder o mandato e ter seus direitos políticos suspensos por até 10 anos, além de ser condenado a ressarcir os cofres públicos. Em razão disso, a LIA pode ser usada para canalizar o conflito político para a esfera judicial, transformando-se de instrumento judicial em arma de guerra política. Isso porque

“segundo estimativas (...), 30% das denúncias contra prefeitos partem da Câmara Municipal ou de vereadores individuais. Às vezes resultado de Comissões Parlamentares de Inquérito, às vezes obra da oposição minoritária, o fato é que tem se tornado cada vez mais comum, entre as forças políticas municipais, o recurso à Procuradoria Geral de Justiça na guerra pelo poder local. Representações ao Ministério Público da capital rendem, no mínimo, aparição nos meios de comunicação e talvez alguns dividendos eleitorais no futuro. Quanto ao máximo, elas podem significar o afastamento definitivo do prefeito e, dependendo do crime, prisão e fim da carreira política no município. O recurso meramente político ao Ministério Público é responsável pelo grande número de denúncias arquivadas antes mesmo de serem oferecidas ao Tribunal” (ARANTES, 2009, p. 96).

A LIA sofreu resistência da classe política, que buscou meios de não se submeter às suas disposições, mas encontrou no Ministério Público um adversário disposto a batalhar pela manutenção da norma como um versátil instrumento de controle dos gestores públicos e autoridades eleitas. Alguns dos temas mapeados junto aos tribunais superiores dizem respeito especialmente à posição jurídica dos agentes políticos em face da LIA e terminam por explicitar, a um só tempo, o nó dogmático promovido pela norma e como ele se reflete na tensão institucional decorrente da aplicação da lei.

O primeiro desses temas diz respeito à questão do duplo regime sancionatório dos agentes políticos, vale dizer, se eles podem se submeter tanto à LIA quanto ao regime de responsabilização pela prática de crimes de responsabilidade. Caso se responda afirmativamente a essa questão, resta estabelecer se, nessas condições, os processos devem tramitar perante o juiz de primeiro grau ou nos tribunais, em razão do foro por prerrogativa de função previsto para determinados agentes políticos nas normas penais. E, por fim, deve ser dado tratamento ao tema da coordenação entre essas diferentes esferas de responsabilidade.

São questões distintas, mas imbricadas entre si, na medida em que podem levar ao mesmo resultado: a retirada das ações de improbidade administrativa ajuizadas contra agentes

políticos dos juízos de primeiro grau. No primeiro caso, isso se daria porque alguns agentes políticos, por previsão constitucional expressa, são julgados perante o Poder Legislativo nos casos de crimes de responsabilidade.¹³⁶ Assim, caso se entenda pela impossibilidade de duplo regime sancionatório, tais autoridades passariam a ser processadas apenas por crime de responsabilidade, na esfera competente.

Por outro lado, caso se entenda pela possibilidade do duplo regime sancionatório, ainda assim se poderia defender um deslocamento do foro competente para o processamento e julgamento das ações de improbidade para os tribunais, em razão da tese segundo a qual os dispositivos constitucionais que atribuem competência a determinados tribunais para julgar agentes políticos por infrações penais comuns deveriam ser aplicados também aos atos de improbidade administrativa, já que estes são aptos a produzir consequências jurídicas semelhantes e eventualmente até mais gravosas, como a perda do cargo e a suspensão de direitos políticos.

Se, a um primeiro olhar, podem parecer questões de natureza estritamente processual, é certo que, nem por isso, elas deixam de ser sumamente importantes no plano institucional, pois se trata de uma discussão sobre a possibilidade de juízes de primeiro grau imporem a agentes políticos da mais alta expressão sanções como a perda do cargo e a suspensão de direitos políticos. Essa é a delicada questão institucional que subjaz à polêmica sobre os atos de improbidade praticados por agentes políticos.

A matéria foi alvo de intensa discussão no âmbito dos tribunais superiores. Dos acórdãos analisados no STF, mais da metade (17 dos 32) tratavam do assunto. Já no STJ, o assunto foi abordado em 37 decisões. Em algumas delas, a questão foi tratada de forma mais superficial, em juízos monocráticos ou decisões colegiadas unânimes. Em outras, no entanto, houve debates acalorados sobre a natureza jurídica da LIA, seus impactos institucionais no sistema de *checks and balances* instituído pela Constituição e o papel atribuído ao Ministério Público e ao Poder Judiciário no enfrentamento à corrupção.

Assim, a fim de possibilitar a observação do processo de formação de entendimento jurisprudencial, as decisões foram analisadas em conjunto, ao longo do tempo. Os casos mais

¹³⁶ A Lei nº 1.079/50, que trata dos crimes de responsabilidade de altas autoridades, determina que seu processamento e julgamento se verifica no Poder Legislativo da respectiva esfera de governo – o Congresso Nacional, no caso do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do STF e do PGR, e a Assembleia Legislativa, no caso dos Governadores e dos seus secretários. Já o Decreto-Lei nº 201/67 dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e secretários municipais, submetendo-os ao julgamento na Câmara dos Vereadores quanto a algumas infrações político-administrativas, mas sujeitando-os ao julgamento pelo Poder Judiciário em casos de condutas equiparáveis aos crimes de responsabilidade.

paradigmáticos, nos quais essas discussões foram travadas de forma mais intensa e relevante no STF, serviram de base para a análise dos argumentos mobilizados pelos ministros. Outros casos, de resolução mais simples e pacífica, enriqueceram a análise ao permitir vislumbrar de que maneira os precedentes e entendimentos manifestados nas sessões de julgamento anteriores interferiram, ou não, na resolução de casos posteriores.

3.1 O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO JUDICIAL DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA LIA: O CASO DO FORO PRIVILEGIADO

Foi ao julgar a Reclamação nº 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007) que o Supremo deu início¹³⁷ a um longo processo de discussão acerca da possibilidade de juízes de primeiro grau processarem e julgarem agentes políticos acusados da prática de atos de improbidade administrativa. Cuidava-se de uma ação de improbidade administrativa proposta contra um ministro de Estado por atos praticados no exercício do cargo no governo federal. Iniciado no final de 2002, o julgamento do caso foi dividido em quatro sessões e levou quase cinco anos, ao longo dos quais houve quatro alterações na composição do tribunal.¹³⁸

Na primeira sessão de julgamento, os primeiros cinco votos proferidos foram no sentido de acolher a tese de que os agentes políticos, já submetidos ao regime de responsabilidade previsto na Lei nº 1.079/1950 (Lei de Crimes de Responsabilidade), não poderiam ser submetidos também à LIA. Com isso, os ministros sinalizavam para a impossibilidade de julgamento dos agentes políticos por magistrados de primeira instância, bem como para a possibilidade de extinção de ações de improbidade em curso. A tese difundiu-se e passou a ser largamente utilizada nas peças de defesa dos agentes políticos na maior parte das

¹³⁷ Apesar de a referida decisão aparentemente ter dado impulso a uma discussão jurisprudencial mais ampla sobre o tema no STF, cuida-se do segundo caso sobre o tema na amostra selecionada junto ao tribunal. A primeira ocasião em que a questão apareceu na amostra foi no HC 80.112 (STF, plenário, j. 01.08.2000), quando um deputado federal acusado de realizar o pagamento de despesas de campanha eleitoral em 1998 com recursos públicos advindos de fraude em contratos municipais alegou a prerrogativa de foro para requerer o trancamento de um inquérito civil instaurado contra ele pelo Ministério Público do Estado. Na ocasião, o STF registrou seu entendimento no sentido de que a circunstância de o fato a apurar ter repercussões penais não elide a possibilidade de instauração de inquérito civil e, só por si, não desloca a competência para o tribunal, que apenas julgaria eventuais medidas constritivas de direito, como condução coercitiva e quebra de sigilo. A questão, todavia, foi resolvida por unanimidade pelo aspecto processual, por se entender que não é cabível reclamação contra ato de instauração de inquérito civil e, ainda, que na ausência de ameaça de lesão ao direito de ir e vir, é incabível o manejo de *habeas corpus*.

¹³⁸ O histórico completo de alterações na composição da Corte pode ser verificado na linha sucessória dos ministros, no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_mar_2017.pdf>. Acesso em 5 de dezembro de 2019.

ações de improbidade administrativa submetidas à apreciação do Poder Judiciário, conforme apontam Paulo Eduardo Alves da Silva e Susana Henriques da Costa (2011, pp. 56-58).

O entendimento não era tranquilo e sofreu resistência no tribunal, como demonstram o voto-vista e outros votos apresentados nas sessões de julgamento seguintes, realizadas entre 2005 e 2007, mas terminou por prevalecer no caso concreto. O resultado, contudo, deveu-se a razões bastante contingenciais, uma vez que os novos integrantes da corte não puderam alterar aqueles cinco votos inicialmente proferidos em 2002 por ministros que já haviam se aposentado à época da conclusão do julgamento.

Proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, a decisão da Rcl. 2.138 não se aplicava automaticamente a outros casos, uma vez que não possui efeito vinculante e nem eficácia *erga omnes*. Assim, o STF voltou a ser provocado a respeito da questão diversas vezes, voltando a tratá-la com maior profundidade especialmente no AgRg na Pet. 3.240 (STF, plenário, j. 10.05.2018), acerca de hipótese semelhante: ação de improbidade administrativa proposta contra ministro de Estado por atos praticados no exercício da função. E, no caso mais recente, o entendimento foi revertido para assentar, por ampla maioria, a possibilidade de submissão dos agentes políticos em geral, à exceção do presidente da República, a ambos os regimes de responsabilização, os quais foram reputados distintos entre si e, portanto, passíveis de incidir simultaneamente sobre um único fato.

A tese de que o processamento do agente político por crime de responsabilidade não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa na forma da LIA foi reiterada pelo STF, mais recentemente, no julgamento do RE 976.566 (STF, plenário, j. 13.09.2019), dessa vez com enfoque na situação dos prefeitos. O caso foi julgado em regime de repercussão geral (tema 576), tornando a tese vinculante para os demais tribunais do país encarregados de decidir questões análogas.

A perplexidade de submeter todos os agentes políticos acusados de improbidade administrativa, mesmo aqueles de maior nível hierárquico, ao julgamento de magistrados de primeira instância – os quais podem, por isso, decretar o afastamento cautelar do cargo em caso de risco à instrução processual, bem como condenar o agente à perda do cargo e à suspensão de direitos políticos – foi tratada no STF por outra perspectiva nas ADI 2.797 e 2.860 (STF, plenário, j. 15.09.2005).

Ambas as ADI foram propostas contra a Lei nº 10.628, sancionada em 24 de dezembro de 2002, que alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal, incluindo no dispositivo dois novos parágrafos. O primeiro deles determinou que as ações penais ajuizadas em face de agentes políticos deveriam tramitar em foro especial, ainda que o agente tenha

deixado o cargo ou função pública que lhe outorgava tal prerrogativa, desde que fossem relativas a atos praticados no exercício daquelas funções. O segundo estabeleceu que as ações de improbidade administrativa deveriam ser propostas perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública, observado o disposto no parágrafo anterior sobre a extensão da prerrogativa.

A norma afastava, portanto, a competência da justiça de primeiro grau para o processamento das ações de improbidade ajuizadas contra agentes políticos detentores de foro por prerrogativa de função nos termos da legislação penal. Tais dispositivos tiveram sua constitucionalidade questionada perante o STF, sob argumento de que, ao estabelecer competência jurisdicional, a norma tratava de matéria de competência constitucional, estabelecida de forma expressa e exaustiva na Constituição e em relação à qual era vedada a realização de interpretação extensiva.

O tribunal levou quase três anos para julgar definitivamente as ADI. Nesse período, dúvidas quanto ao foro competente para o processamento de demandas em todo o país levaram ao STF uma série de reclamações com vistas à solução da indefinição. Apenas em 2005, por maioria, o STF julgou inconstitucional a Lei nº 10.628/02, eliminando, portanto, o foro por prerrogativa de função na forma pela qual fora estabelecido pelo legislador ordinário no diploma processual penal.

A fim de evitar a anulação dos processos julgados em primeira instância no período entre a entrada em vigor da Lei nº 10.628/02 e a decisão que a declarou inconstitucional, o tribunal modulou os efeitos de sua decisão. Fixou, assim, a data de 15 de setembro de 2005 como termo inicial dos efeitos declaração de inconstitucionalidade, preservando a validade dos atos até então praticados por juízes de primeiro grau e determinando que os processos existentes e ainda não transitados em julgado prosseguissem na instância adequada.

O entendimento foi aplicado a uma série de casos análogos, que terminaram remetidos para processamento e julgamento em primeiro grau. Todavia, a resolução das ADIs não necessariamente pôs fim ao debate e o tema voltou a ser suscitado, com frequência, em casos específicos e com efeitos *inter partes*.

É importante ter em conta que esses casos se desenrolaram em múltiplas sessões de julgamento ao longo de vários anos, tendo tramitado, paralelamente, ações que colocavam a questão em termos de possibilidade de submissão dos agentes políticos também ao regime da LIA além dos crimes de responsabilidade e ações que colocavam a questão em termos de extensão do foro por prerrogativa de função previsto na Constituição para os crimes comuns

aos agentes políticos. Também tramitavam, paralelamente, casos com efeitos *erga omnes* e casos com efeitos *inter partes*, tanto no STF quanto no STJ, envolvendo agentes políticos de diversas espécies, desde ministros de Estado a prefeitos.

A leitura dos acórdãos evidencia que as decisões foram sendo tomadas de maneira casuísta, sem que os ministros partissem de uma concepção comum sobre o papel da LIA no ordenamento jurídico, e marcadas por visões políticas absolutamente distintas quanto ao papel institucional a ser desempenhado por cada um dos diferentes poderes envolvidos na aplicação da norma. Como coloca um dos ministros em um dos mais recentes acórdãos analisados, “a rigor, isso foi sendo tratado de roldão. E não se pautou (...) o tema de maneira adequada” (STF, AgRg na Pet. 3.240, plenário, j. 10.05.2018, p. 111).

Uma melhor compreensão desse imbróglgio passa, portanto, por uma leitura que atravesse os múltiplos casos para relatar, de maneira cronológica,¹³⁹ as decisões e os votos proferidos pelos ministros em sessões de julgamento que, com frequência, foram interrompidas e somente retomadas anos mais tarde, mas seus entendimentos não deixaram de causar impactos imediatos nos agentes envolvidos na aplicação da LIA. A partir desse relato cronológico, portanto, serão destrinchados os diversos argumentos empregados pelos ministros, com vistas a elucidar o processo de construção jurisprudencial de um sentido na aplicação da lei aos agentes políticos ao longo dos anos.

3.1.1 O INÍCIO DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO Nº 2.138: PREOCUPAÇÃO COM O USO POLÍTICO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO COMO GARANTIA DEMOCRÁTICA

Em 1999, o Ministério Público Federal do Distrito Federal propôs ação de improbidade administrativa contra um ministro de Estado, em razão da suposta solicitação e utilização indevida de aeronaves da Força Aérea Brasileira – FAB para transporte particular. A ação foi processada perante a 14ª Vara da Justiça Federal do Distrito Federal e julgada procedente para condenar o réu às sanções previstas na LIA.

À época, a Advocacia-Geral da União construiu a tese segundo a qual as condutas imputadas ao ministro constituiriam crimes de responsabilidade, tipificados na Lei nº 1.079/50, razão pela qual sustentou que a justiça comum seria incompetente para apreciar o caso. Propôs,

¹³⁹ Uma representação esquemática dos casos analisados junto ao STF em ordem cronológica consta do Anexo II.

assim, a **Reclamação**¹⁴⁰ nº **2.138** ao STF, para requerer que se reconhecesse que “constitui usurpação da competência do STF julgar ministro de Estado por crime de responsabilidade, processando agente político com base na Lei de Improbidade nas instâncias ordinárias” (STF, Rcl. 2.138, plenário, j. 13.06.2007, p. 6). Posteriormente, o réu na ação de improbidade originária também passou a integrar a lide na qualidade de reclamante.

Em 2002, a Reclamação foi distribuída ao relator, que deferiu a medida liminar, para suspender a eficácia da sentença condenatória, bem como o andamento da apelação na ação de improbidade até decisão final do STF. E, embora o julgamento tenha tido início ainda naquele ano, a decisão final do tribunal só veio a ser definitivamente conhecida cinco anos depois, fracionada em quatro sessões de julgamento.

A primeira delas ocorreu em 20 de novembro de 2002. Durante a sessão de julgamento, o tribunal foi chamado a decidir, inicialmente, a respeito dos limites da participação do Ministério Público no caso. Isso porque a Associação Nacional dos Procuradores da República e a procuradora responsável pela propositura da ação de improbidade de que se tratava nos autos requereram ingresso no feito como interessados. Os procuradores colocavam-se contrariamente à tese da União e defendiam a ampla possibilidade do manejo de ações de improbidade administrativa em face de agentes políticos em primeira instância.

O pedido, no entanto, foi indeferido pelo tribunal, em maioria apertada de seis votos a cinco, sob entendimento de que o Ministério Público é representado, no STF, apenas e tão somente pela Procuradoria-Geral da República (PGR).¹⁴¹ É digno de nota, no entanto, que o parecer da PGR divergia da posição dos procuradores da República: defendia que a ação de improbidade fosse extinta ou, subsidiariamente, que o processo fosse avocado ao conhecimento do STF.

Essa circunstância evidencia que analisar o Ministério Público como um todo coeso seria um grosseiro equívoco: como sói acontecer na maior parte das instituições, seus membros raramente compartilham sempre dos mesmos interesses, havendo dinâmicas de internas de poder que impactam consideravelmente a postura dos seus integrantes. O caso analisado, especificamente, aponta para a dissociação entre os interesses dos integrantes do órgão que atuam na primeira instância propondo ações de improbidade administrativa e aqueles esposados

¹⁴⁰ Sobre a Reclamação, ver notas 86 e 96.

¹⁴¹ O entendimento vencido, por outro lado, defendia uma necessária distinção da atuação do Ministério Público enquanto autor e enquanto fiscal da lei, a autorizar simultaneamente a participação dos procuradores e da PGR.

pelo PGR que atua perante o STF e, como se sabe, é indicado pelo presidente da República.¹⁴² A decisão, como se viu, limitou a participação do Ministério Público no STF às manifestações da PGR, apagando, assim, da narrativa judicial deste caso os interesses dos promotores de primeira instância.

Superada essa preliminar, passou-se a debater o mérito. O ministro relator votou pela procedência da reclamação, defendendo que ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não se submetem ao regime comum da LIA. Defendeu, nesse sentido, a identidade entre os ilícitos da LIA e aqueles da Lei nº 1.079/50: ambos seriam ilícitos político-administrativos, sendo impossível a incidência de ambos os diplomas em um único caso, sob pena de *bis in idem* (Ibidem, p. 55).

No seu entendimento, os agentes políticos diferem dos agentes públicos em geral e devem ter tratamento especial para garantir o livre exercício da função política, sem que os riscos e as complexidades das decisões em que estão envolvidos rotineiramente sejam submetidos aos mesmos paradigmas que imperam na vida administrativa de rotina. Defendeu, ainda, que compete ao STF processar e julgar os ministros de Estado em casos de crimes comuns ou de responsabilidade e que o mesmo deveria ocorrer no caso das ações de improbidade administrativa, sob pena de esvaziamento da previsão constitucional de foro por prerrogativa de função, que visa coibir o uso político das ações de cunho eminentemente sancionatório.

O relator ressaltou, contudo, que seu entendimento não visava assegurar ao ministro de Estado um regime de imunidade em face de atos de improbidade, uma vez que ele deve responder pelos delitos de responsabilidade perante os órgãos competentes, sem prejuízo da persecução de eventuais crimes comuns na esfera penal e da propositura de ações civis para reparação de eventual dano ao erário.

Assim, julgou procedente a reclamação, por entender que a ação de improbidade contra ministros de Estado em primeiro grau de jurisdição seria incompatível com a ordem constitucional vigente. Ainda, acolhendo o parecer da PGR, que não vislumbrou fundamento para a propositura de ação de crime de responsabilidade na espécie, determinou a extinção e o arquivamento da ação de improbidade proposta.

¹⁴² O procurador-geral da República (PGR) é o chefe do Ministério Público Federal, nomeado pelo presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de 35 anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução (CF, art. 128, §1º). Exerce as funções do Ministério Público junto ao STF, devendo ser ouvido em todos os processos. A esse respeito, ver <<http://www.mpf.mp.br/pgr/pgr/institucional/procurador-geral-da-republica>>. Acesso em 21 de junho de 2017.

O entendimento foi acompanhado por outros quatro ministros, totalizando cinco votos pela procedência da reclamação. Um deles destacou que a prerrogativa de foro não é um privilégio, pois assegura que a autoridade pública, por mais alta a função que exerça, seja processada e julgada na forma da lei. Destina-se, contudo, à segurança da própria sociedade, ao garantir que o julgamento ocorra de maneira isenta, imune a influências externas e a pressões de ordem política. Outro ministro, ainda, ressaltou que a medida evitaria que decisões de natureza político-administrativas fossem continuamente contestadas no Poder Judiciário, o que poderia manter o governo em estado de permanente inquietação e alerta.

A preocupação com a possibilidade de que ações civis por improbidade administrativa fossem movidas por interesses políticos contra integrantes do governo, em prejuízo do livre exercício da sua função política, foi a tônica da decisão:

“todos aqueles que têm alguma experiência da vida política conhecem os riscos e as complexidades que envolvem as decisões que rotineiramente são tomadas pelos agentes políticos. Submeter essas decisões aos paradigmas comuns e burocráticos que imperam na vida administrativa de rotina é cometer uma grotesca subversão. O texto constitucional não autoriza. **São muitas as razões que levam não poucos agentes incumbidos da persecução a se esforçar para obter um resultado positivo no julgamento contra autoridade de maior representatividade política.** É bom que se o diga. **Uns, na busca de notoriedade fácil. Vê-se, muito, nos jornais. Outros, no propósito de participar, por outros meios, do debate político. O inadequado conhecimento da complexa prática institucional no âmbito da Administração tem levado à propositura de ações espetaculares. A maioria delas destituídas de qualquer fundamento. O propósito notório é de dar ao perseguidor uma aura de coragem e notoriedade e impor ao atingido o maior constrangimento possível.** Dá-se ampla divulgação aos meios de comunicação. (...) O paradigma estabelecido na sentença é preocupante. Permite a um juiz de primeiro grau, após provocação do Ministério Público, avaliar o uso de bens públicos no interesse público. (...) É de pasmar esse novo tipo de populismo! (...) Tenho para mim que **o amplo modelo de prerrogativa de foro, adotado entre nós, cumpre importante função contra o denunciamento fácil e a politização do judiciário, naquilo que ela pode ter de mais perverso.** (...) **Como se pode aceitar que, à cada decisão de grande repercussão do Ministro da Fazenda, por exemplo, se encete uma nova ação de improbidade?** (...) As decisões podem até estar erradas sob o prisma econômico, administrativo ou jurídico. O sistema, como se sabe, dispõe de mecanismos adequados para a sua correção eventual. O que é abusivo é colocar esses atos sob a epígrafe de atos de improbidade (...). Não há outra interpretação possível. Do contrário, comprometer-se-ia o livre exercício do mandato popular, com a propositura de ações destinadas a afastar, temporariamente, o titular do cargo” (STF, Rcl. 2.138, plenário, j. 13.06.2007, p. 41, 43, 45, 49, grifos nossos).

“[pedidos de ressarcimento de dano ao erário podem] ser objeto de ação civil pública (...). Sabemos do uso político da lei de improbidade por conta, exatamente, dessa nódoa da perda de direitos políticos. (...) **Se a ação civil pública pode ser proposta, poderá ser sempre; mas não se quer propor ação civil pública, porque o sinal político pretendido é o da improbidade.** (...) caso recente do deputado (...), ex-ministro de Estado (...), acusado escandalosamente, numa ação de improbidade proposta em Brasília, da responsabilidade por um desfalque de quinhentos mil reais (...); matéria de publicidade, ocupou todas as páginas dos jornais. Tratava-se de Ministro de Estado. Se, de fato, era ele responsável, **por que o Procurador-Geral não abriu inquérito criminal e não trouxe a matéria ao Supremo Tribunal**

Federal? Não, a questão foi para o primeiro grau, configurando uso político notório desse tipo de ação num momento delicado da disputa eleitoral na Câmara. Quem sabe fazer leitura de atos políticos, sabe por que essa ação foi proposta, qual a sua motivação" (Ibidem, p. 150-154 – grifos nossos).

Outra preocupação expressa pelos ministros integrantes da maioria vencedora foi com a possibilidade de afastamento liminar do agente político das suas funções por juízes de primeiro grau:

“O que me parece demasia, com o devido respeito, é, em nome desse princípio da moralidade, ensaiar interpretação que, além das incompatibilidades de regimes funcionais e de todas as sequelas no campo processual etc., implicaria verdadeiro tumulto na vida do país, porque implicaria risco de destituição, mediante decisões antecipadas (...)” (Ibidem, p. 110).

Um dos ministros, no entanto, pediu vista dos autos, com os quais permaneceu por três anos, de modo que o processo ficou suspenso. A tese de inaplicabilidade do regime da LIA a agentes políticos, no entanto, passou a ser empregada como argumento de defesa de agentes políticos em processos em todo o país, fazendo com que o tribunal tivesse de retornar ao tema, eventualmente, como se verá em maior detalhe adiante.

3.1.2 A AÇÃO DIREITA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.797: PREOCUPAÇÃO COM A IMPUNIDADE E DIVERGÊNCIAS SOBRE A DISTRIBUIÇÃO VERTICAL DE COMPETÊNCIAS FUNCIONAIS NAS INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA

Paralelamente à questão da possibilidade de submeter os agentes políticos à LIA e, ao mesmo tempo, a outros regimes de responsabilidade política, os tribunais também vinham sendo provocados sobre a questão do foro competente para o processamento das demandas de improbidade. Na amostra analisada, o primeiro caso em que a questão foi tratada foi a Rcl. 580/GO (STJ, Corte Especial, j. 17.10.2001), ajuizada por um conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Goiás com vistas a preservar a competência do STJ, a seu ver ofendida pela abertura de inquérito civil pelo procurador-geral de Justiça do estado para apurar a suposta prática de ato de improbidade administrativa.

Conforme se extrai do acórdão, a matéria não era inédita na Corte Especial do STJ, tendo sido tratada anteriormente (Rcl. 591/SP, STJ, Corte Especial, j. 01.12.1999), quando ficou decidido que as ações civis, inclusive as previstas na LIA, não estariam incluídas no rol de competências do STJ previsto na Constituição, que se limitaria às ações penais. Naquela

oportunidade, a votação terminou empatada em nove votos, cabendo ao então presidente o voto de minerva.

Retomando a discussão, os ministros reconheceram tratar-se de um tema “tormentoso e polêmico, a revelar fundamentos ponderáveis em um e outro sentido, a merecer apurada reflexão” (STJ, Rcl. 580/GO, Corte Especial, j. 17.10.2001, p. 36). De fato, discutia-se a definição do juízo competente para processar e julgar, em sede de ação de improbidade administrativa, pessoa que, na jurisdição penal, dispõe de foro especial por prerrogativa de função.

A questão novamente dividiu os ministros. Alguns entenderam que a LIA extrapola os domínios do direito civil e veicula inegáveis efeitos sancionatórios gravosos, o que legitimaria a aplicação da mesma lógica sistêmica utilizada na esfera penal, na qual o foro especial por prerrogativa de função é elemento integrante do devido processo legal. Prevaleceu, no entanto, o entendimento contrário, com base em precedentes do STF e no entendimento de que as competências constitucionais se restringem ao âmbito penal e de que a Constituição remete o tema da improbidade à esfera civil. Um dos votos ressaltou, ainda, a importância de garantir a eficácia da LIA no combate à corrupção. Assim, o STJ afastou sua competência para processamento do inquérito no caso concreto.

Ocorre que, no dia 24 de dezembro de 2002, foi sancionada a Lei nº 10.628, a qual alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal.¹⁴³ A nova lei determinou que as ações de improbidade administrativa previstas na LIA deveriam ser propostas perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública. Determinou, ainda, que as ações penais e de improbidade administrativa deveriam tramitar em foro especial, ainda que o agente já tivesse deixado o cargo ou função pública que lhe outorgava tal prerrogativa, caso fossem relativas a atos praticados no exercício daquelas funções.

¹⁴³ Art. 1º O art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1o.”

Art. 2o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

A questão da extensão temporal do foro por prerrogativa de função, mesmo depois de cessado o exercício do cargo ou função política, já havia sido alvo de deliberação no STF. Com efeito, a Súmula nº 394/STF determinava que, “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após aquele exercício”. A súmula, no entanto, havia sido cancelada em agosto de 1999 (STF, Q.O. no Inq. 687, plenário, j. 25.08.1999). Nesse sentido, a Lei nº 10.628/02, em boa medida, suscitava novamente a controvérsia, além de incluir a improbidade administrativa entre os ilícitos que deveriam ser processados em regime de foro especial.

O episódio simboliza a reação da classe política à LIA, buscando a reformulação da norma, de modo a esquivar-se do risco de se submeter às suas genéricas determinações. A medida, no entanto, foi respondida com resistência pelos órgãos de controle. Com efeito, os dispositivos legais incluídos no Código de Processo Penal pela Lei nº 10.628/02 tiveram sua constitucionalidade rapidamente questionada perante o STF pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP (ADI 2.797) e pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB (ADI 2.806).

Ambas argumentaram, em síntese, que a fixação de competência jurisdicional é matéria constitucional, estabelecida de forma expressa e exaustiva, vedada a interpretação extensiva. Nesse sentido, o legislador ordinário teria ultrapassado os limites constitucionais e ofendido os arts. 2º; 102, I; 105, I, 108, I e 125, §1º da Constituição Federal.¹⁴⁴ As ADI traziam, ainda, pedido de suspensão cautelar da eficácia dos dispositivos impugnados, para evitar a insegurança jurídica decorrente da remessa aos tribunais de milhares de ações em andamento perante a justiça de primeira instância.

Do ponto de vista político-institucional, a propositura das ADI pela CONAMP e pela AMB é significativa por evidenciar o posicionamento institucional do Ministério Público¹⁴⁵ e da Magistratura¹⁴⁶ no sentido de combater o foro por prerrogativa de função, percebido como

¹⁴⁴ Dispositivos constitucionais que estabelecem a independência entre os Poderes da União, bem como a competência originária do STF, do STJ e dos Tribunais Regionais Federais (TRFs) para processar e julgar originariamente determinadas autoridades, além da competência dos Estados para fixar, em suas Constituições, as competências dos Tribunais de Justiça.

¹⁴⁵ Nos termos de seu estatuto, a CONAMP é entidade de classe de âmbito nacional, integrada pelos membros do Ministério Público da União e dos Estados, ativos e inativos, que tem por objetivo defender as garantias, prerrogativas, direitos e interesses, diretos e indiretos, da instituição e dos seus integrantes, bem como o fortalecimento dos valores do Estado democrático de direito. Disponível em <<https://www.conamp.org.br/pt/aconamp/estatuto.html>>. Acesso em 5 de dezembro de 2019.

¹⁴⁶ A AMB congrega magistrados estaduais ou federais com o objetivo de, nos termos de seu estatuto, promover a defesa de suas garantias e direitos, o fortalecimento do Poder Judiciário e a promoção dos valores do Estado

um ataque às suas atribuições de fiscalizar a moralidade na Administração Pública e de conduzir ações em face de autoridades políticas.

A oposição à Lei nº 10.628/02 aparece de forma explícita entre as proposições resultantes do XV Congresso Nacional da CONAMP, realizado em Gramado em 4 de outubro de 2003, que tinha como tema central “O Ministério Público e a Paz Social”:

“Para alcançarmos a verdadeira paz social, precisamos fiscalizar com rigor cada vez maior a aplicação do dinheiro público e a moralidade na administração de nossas cidades, de nossas unidades federadas e de nosso país. Não demos e não vamos acatar, passivamente, qualquer investida contra nossas prerrogativas nesta área, a exemplo da malsinada e inconstitucional lei que estendeu o foro privilegiado de administradores que violem seus deveres de probidade e de correção” (CABRAL NETTO, 2009, p. 91).

Ressalte-se, ademais, que a atuação da entidade no sentido de repelir o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade não se limitou à propositura dessa ADI, mas estendeu-se a uma série de providências no sentido de pressionar o governo federal contra a aprovação de projetos de lei em tramitação e contra a edição de medidas provisórias sobre o tema. Com vistas a evitar a formação de precedente judicial contrário a seus interesses, a CONAMP chegou a aprovar, em plenária realizada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Belo Horizonte em novembro de 2005, proposição no sentido de expedir correspondência à Advocacia-Geral da União (AGU) para que desistisse da Reclamação 2.138, da qual se tratou anteriormente.¹⁴⁷

No que diz respeito à AMB, o seu posicionamento institucional pela redução das hipóteses de foro por prerrogativa de função como mecanismo de combate à corrupção fica bastante claro mais recentemente, a partir da leitura da sua cartilha “Todos contra a corrupção”, editada em 2016, na qual a redução do “foro privilegiado” aparece como uma das medidas importantes no combate à corrupção.¹⁴⁸

democrático de direito. Disponível em
<https://www.amb.com.br/estatuto/?doing_wp_cron=1575639655.7155740261077880859375>. Acesso em 5 de dezembro de 2019.

¹⁴⁷ “Reafirmam a necessidade de o Ministério Público atuar com firmeza contra a corrupção. Nesse sentido, deverá ser expedida correspondência à Presidência da República, solicitando a retirada do PLC 65/99, oriundo do Projeto de Lei nº 2.961/97, de autoria da própria Presidência da República; a revogação do artigo 4º da Medida Provisória nº 2.225/45/02, que introduz parágrafos ao artigo 17 da Lei nº 8.429/92; a desistência da Reclamação nº 2.138-6, ajuizada pela Advocacia-Geral da União e que se encontra em trâmite no STF. A CONAMP deverá intensificar a mobilização junto às lideranças políticas pela rejeição do Foro Privilegiado para as ações de improbidade administrativa, previsto na PEC Paralela da Reforma do Judiciário, e desenvolver contínua divulgação do assunto pela imprensa visando à obtenção do apoio da sociedade” (CABRAL NETTO, 2009, p. 96).

¹⁴⁸ Chamando atenção para o fato de que os juízes só podem agir se acionados pelos cidadãos ou pelo Ministério Público, a cartilha convida os cidadãos a assumirem o compromisso, “juntamente com a AMB, de combater sem trégua a corrupção, com a prática de atos concretos” (p. 11). Nesse sentido, a cartilha estimula a fiscalização do

Provocada para se manifestar acerca das ADI, a PGR emitiu parecer de procedência parcial das ações, para que a extensão do foro por prerrogativa de função para agentes que já deixaram os cargos políticos fosse considerada inconstitucional, por violar a decisão do STF que cancelou a Súmula nº 394/STF. Requereu, por outro lado, a interpretação conforme a Constituição, para assentar que os atos de improbidade administrativa, quando fossem tipicamente crimes de responsabilidade, pudessem ser processados em foro com prerrogativa de função relativamente a autoridades que tenham prerrogativa de função prevista na Constituição Federal, excluindo, portanto, prefeitos e governadores, por exemplo. Novamente, fica visível a ausência de completo alinhamento entre o posicionamento da PGR e o da CONAMP, o que aponta para existência de tensões institucionais quanto à distribuição vertical de competências dentro do Ministério Público.

A AGU e a Presidência da República, por sua vez, manifestaram-se pela constitucionalidade da norma. Pediram, também, que a medida cautelar requerida fosse indeferida, de modo a manter em vigor a previsão de foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade até decisão final do STF. Nesse sentido, apontaram que a suspensão da lei poderia fazer com que ações fossem julgadas por juízes de primeira instância que, posteriormente, poderiam vir a ser declarados incompetentes pelo STF. Essa possibilidade, afirmaram, se revelava plausível sobretudo em razão da Rcl. 2.138, que tratava de matéria análoga, já com cinco votos no sentido de que as ações de improbidade administrativa movidas contra autoridades dotadas de prerrogativa de função fossem processadas em foro especial. Acolhendo tais argumentos, o então presidente do STF indeferiu a providência cautelar em 7 de janeiro de 2003, mantendo, portanto, a Lei nº 10.628/02 em vigor.

Diante do indeferimento da medida cautelar, reclamações foram ajuizadas perante o STF para requerer que seus casos fossem processados e julgados perante os tribunais competentes, em função da prerrogativa de função estabelecida na Lei nº 10.628/02. O argumento, em síntese, era o de que, tendo em vista o indeferimento da medida liminar pelo

poder executivo municipal pelos cidadãos, a partir de seu contato com os vereadores – os políticos mais próximos do cidadão – e apontando o superfaturamento de obras públicas e as fraudes a licitações como focos especiais de atenção: “lembre-se: o Judiciário, sozinho, não conseguirá combater a corrupção. (...) a sociedade precisa fiscalizar e cobrar transparência na administração pública. Precisa permanecer vigilante sempre, senão a corrupção pode voltar” (p. 43). Cuida-se, como se vê, de expressão do voluntarismo político que conduz parcela das instituições de justiça a assumir a missão de preservar o erário e de corrigir, por meio da imposição de sanções, uma cultura política tida como naturalmente degenerada. A cartilha “Todos contra a corrupção” está disponível em https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Cartilha_AMB_Todos_Contra_a_Corruptao_2016.pdf. Acesso em 5 de dezembro de 2019.

Supremo, embora a constitucionalidade da norma fosse questionada, ela se presumia, de modo que a lei seguia vigente.

Em dois dos casos analisados, o STF entendeu que, na pendência do julgamento da ADI, a competência para processamento e julgamento de ação proposta contra senador seria do STF (STF, AgRg na Rcl. 2.381, plenário, j. 06.11.2003) e, na ação proposta contra prefeito, a competência seria do Tribunal de Justiça (STF, MC na Rcl. 2.657, decisão monocrática, j. 21.06.2004).¹⁴⁹ O mesmo, em alguma medida, se verificou no STJ, que reteve sua competência para processar e julgar autoridades como conselheiros de tribunais de contas estaduais (AgRg na Pet. 2.593/GO, STJ, Corte Especial, j. 02.03.2005) e juizes do TRT (STJ, Pet. 2.588/RO, Corte Especial, j. 16.03.2005).¹⁵⁰

Todavia, possivelmente em função de um grande número de reclamações sobre o tema, o STF reviu seu entendimento para firmar a tese de que não cabe reclamação para fazer prevalecer a decisão liminar adotada na ADI 2.797. Nesse sentido, afirmou que, ao subsistir no sistema de direito positivo, a Lei nº 10.628/02 não deixaria de se expor à possibilidade de que outros juizes, em controle incidental, viessem a reputá-la inconstitucional. Dessa forma, até o julgamento final da questão pelo plenário, o deslocamento de competência das ações passou a depender dos juizes em que fossem propostas as ações (STF, Rcl. 2.657, decisão monocrática, j. 06.06.2005).

O tribunal terminou, assim, por isentar-se de responsabilidade e autorizar que cada caso fosse tratado conforme o entendimento individual e subjetivo de cada juiz de primeira instância perante o qual tramitasse uma ação de improbidade administrativa. Todavia, a considerar que uma das autoras da ADI era a própria AMB, é provável que o entendimento do STF tenha operado como uma autorização implícita para que magistrados de primeiro grau, reputando inconstitucional a Lei nº 10.628/02, dessem regular prosseguimento a demandas

¹⁴⁹ Entre os casos analisados no STF, exceção parece ser a Q.O. na Pet. 3.030 (STF, plenário, j. 23.05.2012), no qual, instaurado incidente de inconstitucionalidade, o relator chegou a proferir voto no sentido de, em controle incidental, julgar inconstitucional a Lei nº 10.628/02 e determinar o processamento de demanda proposta contra deputado federal perante o primeiro grau. Todavia, em 2003, após discutir o caso, os ministros optaram por suspender o processo a fim de apurar se o demandado na ação efetivamente exercia o cargo de deputado federal à época dos fatos.

¹⁵⁰ Importante ressaltar que, na amostra coletada junto ao STJ, o AgRg na Pet. 1.885/PR (Corte Especial, j. 16.05.2003) foi decidido diferentemente: entendeu a Corte Especial que não cabe ao tribunal processar e julgar originariamente ação civil pública por ato de improbidade administrativa, mesmo que intentada contra governador, que, em instância penal ou Mandado de Segurança, se submete à jurisdição direta do STJ. Cuida-se, no entanto, de caso bastante *sui generis*, pois ajuizada por pessoa física, a petição requeria ao STJ a abertura de investigação contra o governador do estado do Paraná por ato de improbidade administrativa, supostamente consubstanciado no não pagamento de precatórios judiciais.

propostas por promotores de primeiro grau em face dos mais variados agentes políticos até decisão final nas ADI 2.797 e 2.860.

As ADI foram apensadas para julgamento conjunto e, efetivamente, julgadas em duas sessões do plenário realizadas no em um intervalo de quase um ano (em 22 de setembro de 2004 e em 15 de setembro de 2005).

A primeira questão trazida à discussão dizia respeito à constitucionalidade formal da regra que estendeu o foro especial ao ex-ocupantes de cargos políticos. Em seu voto, o relator entendeu a alteração legislativa como reação ao cancelamento da Súmula nº 394/STF pelo tribunal, quando se considerou inaceitável, em qualquer hipótese, à luz da Constituição Federal, que a incidência da regra do foro especial por prerrogativa de função se prolongasse com relação a quem já não fosse titular da função pública que o determinava.

A esse respeito, o relator ressaltou que a lei ordinária não é instrumento normativo apto a alterar a jurisprudência assente do STF com base direta e exclusivamente na interpretação da Constituição: “às leis ordinárias não é dado impor uma dada interpretação da Constituição” (STF, ADI 2.797, plenário, j. 15.09.2005, p. 34). Defendeu, assim, a inconstitucionalidade formal da lei ordinária, norma de gradação inferior, por pretender impor como seu objeto imediato uma interpretação da Constituição, norma de hierarquia superior.

Houve divergência, aberta pelo segundo ministro a votar, para quem o legislador, assim como juízes e ministros do STF, também é intérprete autêntico da Constituição e pode editar normas que destoam de interpretações da Corte Suprema enquanto não tenha havido uma decisão anterior pela inconstitucionalidade de uma lei idêntica.¹⁵¹ Aderindo à divergência, outro ministro sustentou não ser possível presumir a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados por contrariarem a última palavra do STF sobre o tema: se o legislador regulou a matéria de modo diverso, o diálogo institucional deve continuar.¹⁵² Esse entendimento,

¹⁵¹ “Estou plenamente convencido da inexistência, no presente caso, de vício formal a caracterizar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02. Coartar a faculdade do Poder Legislativo de atuar como intérprete da Constituição, isso nos levaria a supor que nossos braços (...) alcançam o céu. Eis, no caso, a nossa função: verificarmos se a lei ordinária é adequada à Constituição – interpretando, também, é óbvio, a Constituição. Nesse sentido, o jogo de xadrez há de ser jogado” (STF, ADI 2.797, plenário, j. 15.09.2005, p. 54).

¹⁵² “Se, de um lado, a Constituição atribui a este Supremo Tribunal Federal a tarefa de guarda da integridade da ordem jurídico-constitucional, de outro, é assente que o seu texto está sujeito a uma sociedade aberta de intérpretes (...), os quais podem, de acordo com as alterações histórico-culturais, exercer alternativas plurais de interpretação. (...) Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados só porque eles contrariam a ‘última palavra’ conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o ‘diálogo’, o debate institucional deve continuar” (Ibidem, p. 116-121).

contudo, restou vencido, prevalecendo o voto do relator, acompanhado pela maioria dos ministros.

A segunda questão trazida ao debate do STF referia-se ao dispositivo legal que estendeu às ações de improbidade a competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal.

Para o relator, a lei ordinária questionada tentava incluir no rol taxativo da Constituição uma nova hipótese de competência originária dos tribunais, além daquelas hipóteses de foro por prerrogativa de função em caso de crimes comuns ou crimes de responsabilidade. Argumentou, nesse sentido, que da competência para o processo penal contra os mais altos dignatários da República não se deduz a possibilidade de levar aos tribunais as ações civis públicas contra eles propostas em razão de atos de ofício. O mesmo seria aplicável ao regime das improbidades, que têm natureza civil: “a ação de improbidade administrativa é uma ação civil: evidencia-o o artigo 37, §4º, da Constituição, ao explicitar que as sanções que comina à improbidade administrativa serão impostas ‘sem prejuízo da ação penal cabível’” (Ibidem, p. 41).

O ministro relator apontou que as sanções de perda de direitos políticos e da função pública previstas na LIA levavam alguns a equiparar a improbidade ao crime de responsabilidade e, daí, à tese de que a competência constitucional para julgar estes últimos deveria estender-se ao processamento e julgamento das ações de improbidade. Essa era, justamente, a questão objeto da Reclamação nº 2.138, cujo julgamento já havia sido iniciado pelo Supremo quase dois anos antes, mas estava suspenso em razão do pedido de vista de um dos ministros da corte. O ministro descartou, no entanto, a relevância da questão para o deslinde do caso, por se tratar de problemas juridicamente distintos:

“o eventual acolhimento da tese dessa reclamação não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do §2º do artigo 84 do Código de Processo Penal [ora discutido] (...). De logo, a competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns” (Ibidem, p. 43).

O segundo ministro a votar divergiu do voto do relator. No seu entender, a Lei nº 10.628/02 não alterou ou redefiniu a competência do STF, na medida em que os crimes de responsabilidade e os atos de improbidade administrativa ostentam, ambos, natureza penal. Para ele, o elemento central da ação de improbidade é sancionatório e não reparatório, pois para obter a reparação, o ordenamento jurídico já coloca à disposição da sociedade tanto a ação popular quanto a ação civil pública (Ibidem, p. 61). Dessa forma, as autoridades sujeitas à imputação de crime de responsabilidade devem responder perante foro especial, certo que a lei

especial (Lei nº 1.079/50) afasta a incidência da lei geral (LIA), sob pena de flagrante *bis in idem*: “o agente político não responde por ação de improbidade administrativa se estiver sujeito a crime de responsabilidade pelo mesmo fato” (Ibidem, p. 72).

Do ponto de vista do direito material, o voto divergente parte de uma visão segundo a qual o foro por prerrogativa de função protege o livre exercício da função pública e consiste, antes, em garantia processual de igualdade do que em espécie de privilégio:

“Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. (...) A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado. (...)

O foro por prerrogativa de função não se impõe em função da pessoa que exerce a função, mas dela própria. Confere proteção à atividade funcional, na medida em que os procedimentos atinentes ao exame dos atos que compõem a atividade, em qualquer tempo realizado tal exame – ainda que iniciado após a cessação do exercício da função pública pelo agente que praticou aqueles atos – serão processados no foro privilegiado. (...) As prerrogativas não são expressão de nenhum privilégio. (...) O privilégio constitui uma ruptura da igualdade, (...) privilégio é uma vantagem, da qual alguém desfruta, que faz exceção ao direito comum. (...) A prerrogativa, em geral, é expressão de um direito subjetivo afirmado pelo direito comum (...). O titular do poder no qual a prerrogativa se expressa é mantido, pela lei, em situação de igualdade, em relação a terceiros, sem que o princípio [da igualdade] seja afrontado. (...) A igualdade consiste em tratar desigualmente situações desiguais” (Ibidem, p. 58-65).

Aderindo à divergência, outro ministro elaborou um longo voto pela total improcedência das ADIs. Sustentou, inicialmente, que o STF preenche lacunas e, há muito tempo, admite a possibilidade de extensão e ampliação da sua competência explícita, quando esta resulte implícita no próprio sistema constitucional (Ibidem, p. 136). No mais, chamou a atenção para o que chamou de “espetáculo de judicialização da política”, citando uma série de casos noticiados pela imprensa de abusos no manejo da ação de improbidade administrativa com objetivos políticos.¹⁵³ Para ele,

“A garantia constitucional da prerrogativa de foro passa a ser tanto mais importante se se considera que vivemos hoje numa sociedade extremamente complexa e pluralista, na qual a possibilidade de contestação às escolhas públicas é amplíssima (...). Se esse é um dado da nossa sociedade democrática e pluralista, também não

¹⁵³ O voto fez alusão a situações em que parlamentares supostamente se utilizaram de procuradores para obter ações judiciais contra seus inimigos políticos ou, ainda, em que procuradores teriam manejado ações de improbidade contra autoridades que os tenham afetado pessoalmente com alguma decisão administrativa, ou a pedido de terceiros, em troca de favores ou vantagens, além de um caso de tráfico de influência, em que um procurador teria procurado empresas favorecidas pela atuação do Ministério Público para solicitar patrocínio para projetos pessoais (STF, ADI 2.797, plenário, p. 124-131). O ministro rememorou, ainda, uma ação de improbidade ajuizada por promotores de justiça em face do então procurador-geral de Justiça, “com intuito claramente político” (Ibidem, p. 135) e pontuou a existência de ação de improbidade administrativa contra o então presidente da República, além de dez governadores de estados (Ibidem, p. 157).

deixa de ser um fator de instabilidade (...). A análise sumária de algumas ações de improbidade, especialmente das que me têm chegado pela via da Reclamação, demonstra exatamente a tentativa de transformar toda e qualquer contestação às decisões administrativas em razão para imputar a um agente político a pecha de ímprobo, bem como de execrá-lo publicamente” (Ibidem, p. 145, 175).

A partir dessas distorções no sistema e das possibilidades que elas abrem para o uso político do instrumento processual de modo “abusivo e kafkaniano” (Ibidem, p. 178), o voto se desenvolve no sentido de que o foro especial decorrente da prerrogativa de função tem a função de liberar o ajuizamento de demandas e a prestação jurisdicional de pressões e paixões locais, utilizadas com o fim de constranger ou causar medo no agente político de sofrer perseguições atuais ou futuras por suas decisões. Cuida-se, para ele, de garantia, não de privilégio, fazendo-se necessário distinguir a realidade do agente político dos demais agentes públicos (Ibidem, p. 133-134). Ademais, entende que a prerrogativa não pode cessar com o fim da função pública, sob pena de se tornar insuficiente para garantir a tranquilidade necessária ao exercício do cargo ao deixar de libertar o dignatário “dos medos do ostracismo futuro” (Ibidem, p. 153).

O ministro classifica a ação de improbidade administrativa como uma ação de natureza penal e feição de mecanismo de responsabilização política. Assim, ao comparar a LIA e a Lei nº 1.079/50, conclui que a formulação ampla e a concepção de tipos abertos evidencia que ambos os diplomas disciplinam exatamente o mesmo setor do direito punitivo. Em suas palavras,

“Se a Constituição estabelece que os agentes políticos responderão por crime comum ou de responsabilidade perante esta Corte, afigura-se estranho que eles tenham de responder a processos de índole idêntica ou assemelhada perante o juiz de primeiro grau” (Ibidem, p. 155).

Tal posicionamento, no entanto, encontrou resistência e ficou vencido. Sete outros ministros aderiram ao voto do relator, por entender que não procede a equiparação entre as sanções de improbidade e as penas de caráter penal, de modo que o dispositivo termina por acrescentar competência aos tribunais encarregados pela Constituição de processar e julgar casos envolvendo agentes com prerrogativa de foro. Para eles, a ação de improbidade administrativa teria caráter “nítida e escancaradamente” civil em razão do disposto no artigo 37, §4º, da Constituição,¹⁵⁴ razão pela qual não poderia ser imposta, por lei ordinária, à competência do STF.

¹⁵⁴ CF, Art. 37, §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** (grifos nossos).

Um dos ministros enfatizou seu entendimento no sentido de que o foro por prerrogativa de função seria um privilégio “que não se coaduna com os princípios republicanos e democráticos” (Ibidem, p. 188). Outro, ainda, consignou que as prerrogativas de foro não devem ser interpretadas ampliativamente “numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como o são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos” (Ibidem, p. 215).¹⁵⁵

Ademais, refutando o problema do potencial uso político das demandas, um dos ministros justificou:

“Não raciocino a partir do excepcional, do extravagante, do teratológico, ou seja, da circunstância de que o Estado-acusador, não atuando em tribunal, o fará a partir de visão distorcida, de paixão condenável, objetivando a retaliação. Também não posso imaginar órgão investido do ofício judicante, seja de que instância for, que abandone a equidistância, predicado maior desse mesmo ofício” (Ibidem, p. 184).

Transparece, no mais, uma preocupação com a efetividade da LIA que, no entender da maioria dos ministros, dependeria da sua manutenção nas varas de primeiro grau, em razão da realidade institucional dos tribunais, pouco vocacionados para a condução de demandas com instrução probatória complexa:

“Somos um país, infelizmente, em situação incômoda no ‘ranking’ da corrupção. Em cada município, há um promotor de justiça fiscalizando, há um juiz que pode conhecer da ação. Isso é muito importante. É claro que há excessos, mas excessos podem ser corrigidos. (...) A fiscalização eficaz é a deles, pois sabemos que a fiscalização por parte do Tribunal de Contas é no papel, é sobre papéis. (...) temos de fazer justiça a esses milhares de membros do Ministério Público que estão empenhados na fiscalização dos dinheiros públicos. (...) o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais de Justiça não têm vocação para julgar ações originárias. (...) Trazer para os tribunais essa competência originária é consagrar a impunidade, data vênia” (Ibidem, p. 79-80).

Nesses termos, por maioria, o tribunal decidiu pela total procedência das ADIs para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos recém agregados ao Código de Processo

¹⁵⁵ Nos debates sobre o tema, é interessante notar o esforço dos ministros para adequar a solução do caso a uma interpretação constitucional compatível com a realidade histórica do país. Assim, ao tratar da Súmula nº 394/STF, os ministros esclarecem que “o Supremo Tribunal Federal, quando reconheceu o foro privilegiado para quem já tinha deixado o exercício do cargo público, do cargo político, o fez diante das circunstâncias especiais ocorrentes naquela época. (...) a perseguição, em 1964, 1965, que se fazia a agentes políticos que haviam deixado o cargo [... com] a submissão do Ministério Público ao Poder Executivo. (...) Hoje não temos as mesmas circunstâncias. Não temos esses mesmos fatos. Felizmente vivemos hoje em uma democracia eficaz neste país, sob este aspecto. Tribunais livres, decidindo com a maior liberdade; um Ministério Público que se aperfeiçoa, cada vez mais” (STF, ADI 2.797, plenário, j. 15.09.2005, p. 81-82). Nesse sentido, o discurso dos ministros indica que a percepção de que as instituições democráticas estavam funcionando adequadamente serviu como base para uma interpretação menos garantista da lei processual penal.

Penal, impedindo, com isso, a extensão do foro especial por prerrogativa de função previsto na legislação penal aos acusados em ações de improbidade administrativa.

O entendimento, como se vê, foi construído sobre visões absolutamente distintas quanto à natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, explicitando o nó dogmático promovido pela norma ao se situar entre as esferas de responsabilidade civil, penal e política. O julgamento foi marcado, ademais, por visões distintas quanto ao papel das instituições envolvidas na aplicação da norma.

De um lado, alguns ministros se posicionaram evidenciando seu repúdio ao abuso de poder por parte do Estado, inclusive das instituições de justiça. Assim, defenderam posições no sentido de garantir que o administrador público possa exercer livremente a função para a qual foi eleito democraticamente, sem sofrer pressões indevidas ao ter suas decisões de natureza político-administrativa questionadas no Poder Judiciário em um procedimento apto à imposição de gravosas sanções que incluem a perda do cargo e dos direitos políticos. O direito é tomado, assim, na sua dimensão de garantia individual contra quaisquer poderes excessivos que venham a ser atribuídos às instituições estatais, por mais nobres que sejam seus fins.

De outro lado, alguns ministros se posicionaram evidenciando o seu repúdio à corrupção sistêmica e à possibilidade de impunidade dos agentes responsáveis por ilícitos administrativos que causam lesão à coletividade e ao erário. Defenderam, portanto, posições com vistas a fortalecer as instituições de Justiça, responsáveis por promover a moralização da Administração Pública, e a evitar que o direito sirva apenas aos interesses de uma classe de privilegiados e poderosos.

Em que pesem a ausência de um entendimento comum e a falta de uma racionalidade clara na decisão, o precedente claramente afastou o foro por prerrogativa de função das ações de improbidade administrativa e passou a ser aplicado a casos concretos posteriormente levados ao conhecimento do tribunal. É o caso da Pet. nº 3.270 (STF, decisão monocrática, j. 21.09.2005), envolvendo um deputado federal que pretendia ser julgado perante o STF, mas cuja demanda foi remetida ao processamento do juízo de primeiro grau. Também no STJ foram proferidas decisões no sentido de reconhecer a competência do juízo singular para o processamento e julgamento de ações de improbidade contra agentes políticos (REsp 718.248/SC, STJ, 1ª Turma, j. 06.12.2005; AgRg na MC 7.476/GO, STJ, Corte Especial, j. 01.08.2006).

Fato é que uma série de ações de improbidade tramitaram nos tribunais em face de agentes políticos entre o início de 2003 e o fim de 2005, período em que as ADI 2.797 e 2.860 estavam sendo julgadas pelo STF. Naquele período, a lei seguiu em vigor, de modo que tais

processos poderiam vir a ser anulados, por se considerar que foram processados e julgados por autoridade incompetente. Assim, o lapso temporal entre o ajuizamento das ADI e a prolação do resultado final criou uma situação concreta em que o entendimento majoritário do STF, elaborado com vistas a ampliar a eficácia da LIA e coibir a impunidade dos agentes políticos, faria com que uma série de demandas em tramitação retornassem à estaca zero.

Com esses argumentos, a PGR e a AGU manejaram Embargos de Declaração, requerendo que o STF se manifestasse a respeito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ambos pleiteando que não lhe fossem atribuídos efeitos retroativos (eficácia *ex nunc*), a partir da data do julgamento realizado em 15 de setembro de 2005.

Por entender que, de fato, essa situação criaria um risco à segurança jurídica e ofenderia o interesse público, por maioria,¹⁵⁶ o STF modulou os efeitos da sua decisão e, em 2012, determinou que a declaração de inconstitucionalidade não teria os efeitos retroativos que tais declarações usualmente têm, mas que passaria a valer apenas a partir da data do julgamento do mérito das ADIs (15 de setembro de 2005). Preservou, assim, a validade dos atos até então praticados por tribunais, mas determinou que as ações ainda não transitadas em julgado deveriam prosseguir na primeira instância.¹⁵⁷

3.1.3 A RETOMADA DO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO Nº 2.138: UM PRECEDENTE NATIMORTO

Poucos meses depois da decisão que declarou inconstitucional a Lei nº 10.628/02, o STF retomou, em 14 de dezembro de 2005, a votação da Rcl. 2.138, que tratava da possibilidade jurídica da submissão dos ministros de Estado, já submetidos ao regime de crimes de responsabilidade, ao regime da LIA. Como visto, o voto do relator, acompanhado por outros quatro ministros, foi no sentido de que a submissão simultânea a ambos os regimes de responsabilidade seria impossível.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Dois ministros foram vencidos neste ponto, defendendo que a modulação de efeitos era uma faculdade do tribunal e não uma obrigação, de modo que não se poderia falar em omissão a macular o acórdão e viabilizar, com isso, a oposição de Embargos de Declaração. Ressaltaram, ainda, a ausência de pedido expresso nas petições iniciais para que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da norma fossem modulados.

¹⁵⁷ A modulação de efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de lei é autorizada ao STF pelo art. 27 da Lei nº 9.868/99: “tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

¹⁵⁸ Com base no entendimento externado na primeira sessão de julgamento da Rcl. 2.138 pelo STF (plenário, j. 13.06.2007), ao julgar uma ação de improbidade administrativa proposta contra um prefeito do interior de Minas

O voto vista, apresentado três anos depois, abriu divergência com relação a esse entendimento para defender a incidência simultânea dos regimes de responsabilidade. Nos termos do voto divergente, embora o agente político deva responder pela lei de crimes de responsabilidade com relação àquelas condutas que estão ali tipificadas no caso concreto, a conduta imputada ao ministro do Estado não estaria tipificada na Lei nº 1.079/50, razão pela qual ele deveria responder por ato de improbidade administrativa, não se podendo admitir a mera isenção dos agentes políticos desse regime de responsabilidade.

O voto divergente concentrou-se na importância do fortalecimento dos mecanismos de moralização administrativa e de combate à corrupção.¹⁵⁹ Focalizou, assim, a interpretação do princípio constitucional da moralidade administrativa, compreendendo a LIA como um instrumento da realização desse princípio e, por consequência, da garantia de um regime democrático saudável. A tônica, foi, então, a efetividade do regime de responsabilização:

“A lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis ao administrador ímprobo é, portanto, instrumento de realização do princípio da moralidade administrativa. Assim, a interpretação desta, que tem por finalidade, vale repetir, realizar o princípio constitucional, há de ser a mais larga, a fim de se conferir a máxima eficácia a este” (STF, Rcl. 2.138, plenário, j. 13.06.2007, p. 76).

O ministro expressou preocupação com o fato de que isentar os agentes políticos do escopo das ações de improbidade administrativa ocasionaria a paralisação de muitas ações já em curso em todo o país, além da remessa de inúmeras ações e inquéritos em curso aos tribunais, o que acarretaria a redução da eficiência dos mecanismos jurídicos existentes para eliminar a corrupção na Administração Pública:

“Em praticamente metade dos Estados-membros há (...) em andamento, mais de quatro mil ações. O entendimento no sentido de que agentes políticos não estariam sujeitos à ação de improbidade administrativa ocasionaria a paralisação dessas ações. E mais: administradores ímprobos que foram condenados a restituir dinheiros aos cofres públicos poderiam pedir a repetição desses valores, porque teriam sido condenados por autoridade judicial incompetente. Isso seria, na verdade, um desastre” (Ibidem, p. 84).

Gerais, a Primeira Turma do STJ decidiu que a LIA não seria aplicável a agentes políticos, submetidos a um regime especial de responsabilidade (REsp. 456.649/MG, STJ, 1ª Turma, j. 05.09.2006).

¹⁵⁹ Interessante notar que, nesse período, o país vivia a eclosão do notório escândalo do Mensalão, no qual se investigava a suposta compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional do Brasil (Ação Penal nº 470, movida pelo Ministério Público no Supremo Tribunal Federal). Não é possível estabelecer, aqui, relações de causalidade, mas parece provável que a crescente relevância do tema da corrupção no cotidiano do país, que ganha força com o episódio do Mensalão e segue fortemente presente no noticiário com as investigações da Operação Lava Jato, tenha tido algum impacto na forma como os ministros se comportaram ao longo do julgamento do caso em análise.

“(…) é de se imaginar, primeiro, o congestionamento da[s] corte[s] estadua[ais] com processos de improbidade de numerosos chefes de Executivos locais. Segundo, a sobrecarga dos procuradores de justiça do Ministério Público que oficiassem perante o Tribunal. Terceiro, a inviabilidade de alcançar-se a gama de irregularidades nas regiões mais longínquas dos extensos territórios estaduais. Quarto, a impossibilidade de detecção de eventuais fraudes, muitas vezes detectáveis apenas pelo promotor de justiça local, que não só convive diuturnamente com os fatos, como também ali pode promover as ações necessárias para investigá-los” (Ibidem, p. 88).

Apesar da divergência aberta, um dos ministros que ainda não havia se manifestado adiantou seu voto no sentido de acompanhar o relator. Com isso, formou-se uma maioria de seis ministros a favor da tese da inaplicabilidade da LIA aos agentes políticos. Este novo voto definia o resultado no caso concreto, a menos que algum voto fosse eventualmente alterado, em função de superveniente mudança de entendimento em decorrência dos debates travados sobre o caso.

Nos debates, verifica-se que havia dúvida entre os ministros acerca de quais agentes políticos estariam abrangidos pelo entendimento que ali firmavam, vale dizer, se a decisão se aplicaria igualmente a ministros de Estado, deputados, governadores, prefeitos e vereadores, todos submetidos a distintos e complexos regimes de responsabilidade. A decisão, no entanto, fundamentou-se no entendimento de que “ainda que se possam discutir os limites dessa categoria [agente político], dentro dela não há dúvida de que cabe ministro de Estado, o que seria suficiente para resolver a reclamação” (Ibidem, p. 112).

Um dos ministros, então, pediu vistas dos autos, com os quais permaneceu por mais um ano e dois meses, até o dia **1º de março de 2007**, quando o réu na ação de improbidade de que se tratava deixou de ser ministro de Estado.

Tal alteração na situação de fato criou um fator complicador para o tribunal: se a reclamação fosse julgada procedente para afirmar que o STF era o foro competente para julgar o ministro por crime de reponsabilidade, já não seria mais possível processá-lo, no caso concreto, na medida em que ele deixou o cargo. Diante disso, alterando o posicionamento anteriormente externado pela Procuradoria, o novo PGR provocou a corte, pedindo que fosse declarada a incompetência superveniente do tribunal, a perda de objeto da reclamação e o prosseguimento da ação de improbidade na justiça federal.

O pedido foi acolhido por quatro dos ministros, que entenderam que, cessada a investidura funcional motivadora da prerrogativa de foro, cessaria também a própria prerrogativa. Um novo pedido de vista, para melhor compreensão dessa questão incidental, interrompeu novamente o julgamento, que foi retomado três meses depois, em **13 de junho de 2007**.

Com a passagem do tempo, uma nova alteração nas circunstâncias de fato ocasionou outra reviravolta no julgamento da reclamação: o ex-ministro passara a ocupar o cargo de Chefe da Missão do Brasil junto às Nações Unidas, o que fora informado pela AGU. Diante disso, o ministro que tinha vista dos autos entendeu que não houve perda superveniente do objeto da reclamação e que persistia a competência do STF para a apreciação do caso, de modo que votou pela continuidade do julgamento da reclamação.

Na ocasião, já havia clara indicação da definição do resultado pelo acolhimento da reclamação e extinção da ação de improbidade proposta. Isso porque, desde o início do julgamento, que durou de 20 de novembro de 2002 a 13 de junho de 2007, quatro ministros se aposentaram, tendo sido substituídos, mas seus votos já proferidos – a maioria a favor do acolhimento da reclamação – não poderiam ser alterados por seus sucessores.

Naquele contexto, possivelmente por entender que essa seria a única saída para que não se extinguisse completamente a persecução do ato de improbidade apurado na origem, um dos ministros passou a insistir na discussão sobre uma questão preliminar: para ele, antes de retomar o julgamento de mérito, os atuais integrantes da corte deveriam decidir se estaria ou não prejudicada a análise da reclamação. O ministro argumentou pela prejudicialidade, sustentando que (i) no caso, não há acusação de crime de responsabilidade, mas sim de prática de ato de improbidade administrativa, de modo que se o STF reconhecesse sua competência, não subsistiria acusação; (ii) a Lei nº 1.079/50 não prevê a possibilidade de processar por crime de responsabilidade o chefe de missão diplomática permanente, sendo a lei de natureza penal e tipificação cerrada; e (iii) a LIA tem natureza civil e, portanto, as condutas e sanções ali previstas não podem ser equiparadas a crime de responsabilidade.

Novamente por maioria apertada de seis votos a cinco, o tribunal entendeu que a questão suscitada não era questão preliminar, mas que se confundia com o mérito, razão pela qual os novos integrantes da corte não poderiam se manifestar a respeito sem alterar o entendimento já externado e cristalizado por seus antecessores. Passou-se, assim, à coleta dos votos de mérito dos demais ministros.

O oitavo ministro a votar divergiu da maioria. No seu entendimento, as tipificações da LIA não se enquadram, todas, nas tipificações da Lei nº 1.079/50 e, no caso analisado, a conduta do agente político não poderia ser enquadrada como crime de responsabilidade, de modo que deveria ser processada como improbidade. Seu voto constrói a tese de uma dupla normatividade em matéria de improbidade administrativa no país.

De um lado, o regime relativo aos agentes políticos, previsto na Constituição Federal e na Lei nº 1.079/50 e, de outro lado, o regime previsto na LIA, com tipificação cerrada

e um vasto rol de possíveis acusados. Embora ambos os regimes visem preservar a moralidade, eles teriam objetivos distintos: o primeiro seria um mecanismo de *checks and balances* do Estado Democrático com o objetivo de lançar ao ostracismo político o agente faltoso; o segundo visaria coibir a desonestidade do agente mediante a aplicação de sanções gravosas. Seriam duas normatividades distintas, mas “que não se excluem, podendo ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados absolutamente distintos” (Ibidem, p. 246). A duplicidade de sanções resultante seria acolhida pelo sistema constitucional, na medida em que é possível a coexistência de regimes de responsabilidade civil, penal, administrativa e política.

Restou consignado no seu voto, ainda, que

“quanto mais elevadas e mais relevantes as funções assumidas pelo agente público, maior há de ser o grau da sua responsabilidade, e não o contrário, como se propõe nesses autos. (...) A proposta que vem obtendo acolhida até o momento nesta Corte, no meu modo de entender, além de absolutamente inconstitucional, é a-histórica e reacionária, na medida em que ela anula algumas das conquistas civilizatórias mais preciosas obtidas pelo homem desde as revoluções do final do século XVIII. Ela propõe, nada mais nada menos do que o retorno à barbárie da época do absolutismo, propõe o retorno a uma época em que certas classes de pessoas tinham o privilégio de não se submeterem às regras em princípio aplicáveis a todos, tinham o privilégio de ter o seu ordenamento jurídico próprio, particular. Trata-se, como já afirmei, de um gigantesco retrocesso institucional. Na perspectiva da notável evolução institucional experimentada pelo nosso país nas últimas duas décadas, cuida-se, a meu sentir, de uma lamentável tentativa de rebananização da nossa República!” (Ibidem, p. 250, 255).

Concluiu, assim, pela possibilidade de o juiz de primeira instância processar e julgar as autoridades detentoras de prerrogativa de foro, ressalvando a aplicação da sanção de perda de cargo político, considerada fator de desestabilização político-institucional.

O nono ministro a se manifestar, notando que havia outro processo análogo à Reclamação nº 2.138 na pauta de julgamento – a Q.O. na Pet. 3.923 (STF, plenário, j. 13.06.2007) discutia o mesmo tema, mas sob a perspectiva dos prefeitos –, suscitou questão de ordem e propôs que fosse suspenso novamente o julgamento. Sua preocupação era com a credibilidade do STF, uma vez que numa mesma data, a corte poderia julgar dois casos semelhantes e chegar a resultados totalmente distintos, em razão de sua nova composição.

A maioria, no entanto, votou pela continuidade do julgamento da reclamação, por entender que a ordem dos fatores não alteraria o resultado: os votos de mérito já lançados não poderiam ser alterados. Além do mais, o caso reclamava resposta, pois estava pendente de decisão havia cinco anos, o que pesava inclusive sobre o réu, e eventual novo entendimento teria de ser compreendido pela sociedade como decorrência natural das alterações da composição da corte.

Assim, prosseguindo no julgamento, foram colhidos os três últimos votos faltantes, todos os quais consignaram a sua adesão à minoria, no sentido de que os agentes políticos se submetem às disposições da LIA e devem ser processados na primeira instância.

Em síntese, esses ministros externaram entendimento no sentido de que o ato de improbidade não se confunde com o crime de responsabilidade: a ação de improbidade administrativa tem natureza civil e essa esfera de responsabilidade é independente e convive com os regimes de responsabilidade administrativa e penal. Esse entendimento contrastava com o de um dos ministros que integrava a minoria e que se manifestou destacando a impossibilidade, no seu entendimento, de incidência de duas normas punitivas sobre um único fato, sob pena de *bis in idem*:

Não há como conceber a convivência de uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e responsabilidade política, com uma ação penal correspondente, por crime de responsabilidade, ajuizadas perante distintas instâncias judiciais. Pois bem: se ambas as ações buscam soluções punitivas para os mesmos atos, não há como nem por que admitir a existência coincidente de ambas. Se for assim, o problema não estará mais em coexistirem as duas ações em instâncias diferentes, mas na própria incidência de duas leis penais sobre um mesmo fato. Não há razão para o *bis in idem*. A punição da autoridade, cujo ato está tipificado como crime de responsabilidade, já é prevista na lei que cuida da sua situação específica. A limitação do âmbito normativo da Lei nº 8.429/92 apenas aos agentes políticos que não respondem por crimes de responsabilidade em ação própria configura posição intermediária entre os que afirmam que nenhum agente político está sujeito às regras da Lei de 1992 e outros que sustentam ser devida a punição a todo e qualquer agente político, tanto pela lei que define o ato como crime de responsabilidade, como pela lei de atos de improbidade (STF, Rcl. 2.138, plenário, j. 13.06.2007, p. 170).

Em que pese a divergência fundamental a esse respeito, o tema não chegou a ser debatido com mais profundidade na ocasião.

Os últimos ministros a votar entenderam, ainda, que a sujeição do agente político a normas de responsabilidade é conquista da democracia e presta-se a conter a expansão de excessos e arbítrios daqueles que exercem o poder. No que diz respeito ao foro competente para o processamento e julgamento dessas demandas, entenderam que a prerrogativa de foro se aplica apenas à jurisdição penal e não pode ser interpretada de forma elástica, mas limitada às disposições constitucionais expressas.

O entendimento do voto vencido toma por base, assim, a identificação da LIA com o regime de direito civil, no que contrasta, fundamentalmente, com o voto vencedor, que aproxima a norma do regime de direito penal por sua natureza sancionatória. Veja-se:

“Nem se diga (...) que as sanções imponíveis em sede de ação civil por improbidade administrativa revestem-se de natureza penal. Não se questiona que os atos de improbidade administrativa podem induzir a responsabilidade penal de seu autor,

assumindo, na diversidade dos tipos penais existentes, múltiplas formas de conduta delituosa. Ocorre, no entanto, que os atos de improbidade administrativa também assumem qualificação jurídica diversa daquela de caráter penal, apta, por isso mesmo, a viabilizar, no contexto da pertinente ação civil, a imposição das sanções previstas, expressamente, no art. 37, § 4º, da Constituição Federal (...). Vê-se, da simples leitura do preceito constitucional em questão, que este distingue, de maneira muito clara, entre as sanções de índole civil e político-administrativa, de um lado, e aquelas de natureza criminal, de outro” (Ibidem, p. 305 – trecho de um dos votos vencidos).

“O sistema brasileiro é rico em ações destinadas à defesa do patrimônio público. Para essa finalidade específica, existem as ações populares, as ações civis públicas, todos os procedimentos ordinários e cautelares. E elas poderão ser ajuizadas na sede própria, conforme a jurisprudência assente desta Corte. Até mesmo o Tribunal de Contas da União tem poderes de provocar o arresto de bens na defesa do patrimônio público. O que não se pode admitir é, valendo-se da possibilidade de pedidos cumulativos, transformar uma nítida ação da natureza penal ou punitiva em ação de caráter reparatório. O elemento central da ação de improbidade não é reparatório. Para esta finalidade, existem dezenas de ações adequadas. (...) o condenado por improbidade administrativa ver-se-á na indigna posição de não-cidadão, em face da perda dos direitos políticos. (...) a sentença condenatória proferida nessa peculiar 'ação civil' é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, é certo, pois, que a condenação proferida na ação civil de que trata o art. 37, § 4º, da Constituição, poderá conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal” (Ibidem, p. 52-53 – trecho de um dos votos vencedores).

A Reclamação nº 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007), como se esperava, tendo em vista os votos proferidos em 2002, foi julgada procedente, por maioria de seis votos a cinco, para anular a sentença proferida pela justiça federal do Distrito Federal e atrair a competência do STF, bem como para extinguir a ação de improbidade ajuizada contra o agente político.

O resultado, no entanto, deveu-se a razões bastante contingenciais e não representava, necessariamente, o entendimento da maioria da corte em 2007. A tese, firmada em um caso sem efeito vinculante e sem eficácia *erga omnes*, voltou a ser objeto de questionamentos diversos casos e o STF não tardou a reverter seu entendimento.

3.1.4 O SIGNIFICADO INCERTO DOS PRECEDENTES: CASUÍSMOS E SUBJETIVISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Na mesma data em que o STF concluiu o julgamento da Rcl. 2.138 (plenário, j. 13.06.2007), foi pautado o julgamento da Q.O. na Pet. 3.923 (STF, plenário, j. 13.06.2007). O caso envolvia um deputado federal condenado em ação de improbidade administrativa por atos praticados à época em que era prefeito do município de São Paulo. Suscitando os primeiros votos proferidos no julgamento da reclamação, o réu já condenado alegava que os agentes políticos, submetidos a regime especial de responsabilidade, não se submeteriam às disposições

da LIA. Por outro lado, o Ministério Público defendia que o foro por prerrogativa de função em casos análogos já havia sido repellido pelo STF na decisão da ADI 2.797 (STF, plenário, j. 15.09.2005).

A existência de precedentes em sentidos distintos sem que houvesse clareza quanto à razão de decidir em cada caso julgado pelo STF, como se vê, prolongava os conflitos em torno da interpretação da norma e abria espaço para que os litigantes provocassem a atuação da corte a partir da escolha entre uma ou outra tese anteriormente sustentada por algum dos ministros.

Na mesma linha do voto que havia proferido anteriormente ao julgar a Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007), o relator defendeu que se trata de regimes de responsabilidades inteiramente distintos e passíveis de incidência simultânea: o regime político, com normas mais abertas e vagas, que visa afastar da política o agente que ameace o estado de direito ou coloque em risco a estabilidade das instituições; e o regime da LIA, com uma tipificação mais restrita e incidência sobre um amplo rol de acusados, que visa punir atos desonestos no âmbito da Administração Pública. Determinou, assim, que a demanda fosse remetida ao juízo de origem.

Nos debates entre os ministros, fica evidente que essa distinção não era unânime: enquanto uns sustentaram, com base nos artigos 9 e 10 da LIA, que os ilícitos ali previstos têm “tipificação cerrada”, outros, com base nos artigos 10 e 11 da LIA, afirmaram que a lei é tão ampla e vaga quanto as normas que tipificam os crimes de responsabilidade e que ambos os diplomas disciplinam exatamente o mesmo setor do direito punitivo.

De todo modo, o entendimento do relator foi acompanhado integralmente por quatro ministros. Outros quatro também concordaram quanto ao resultado – a remessa dos autos ao juízo de origem –, mas o fizeram por outros motivos. Fundamentalmente, eles distinguiram este caso da Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007): em primeiro lugar, porque parlamentar, diferentemente de ministro de Estado, não pratica crime de responsabilidade, de modo que seria impossível realizar a analogia com o caso anterior. Em segundo lugar, porque, no caso específico, a sentença condenatória já havia transitado em julgado, sepultando eventuais nulidades, e entenderam que seria incabível que o STF passasse apenas a dar andamento aos atos de execução.

Dessa forma, na mesma sessão de julgamento, dois casos relativamente semelhantes sobre o tema foram decididos de forma diversa, sem que fosse possível identificar uma tese jurídica claramente encampada pelo tribunal: se cuida-se de esferas de responsabilidade integralmente distintas ou se pode haver coincidência entre os atos de improbidade e os crimes de responsabilidade em relação a determinados agentes políticos.

Diante disso, a questão da aplicabilidade da LIA a agentes políticos voltou a ser levada, por diversas vezes, à apreciação do STF ao longo dos anos. Agentes políticos que respondiam a ações por improbidade administrativa, utilizando-se dos mesmos argumentos constantes do voto vencedor na Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007), afirmaram que juízes da primeira instância não poderiam processá-los.

Em algumas ocasiões, sobretudo quando chamado a apreciar reclamações e recursos de prefeitos de cidades pequenas, o STF afastou a aplicação do precedente, sustentando que a sua decisão fora proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, não se aplicando a outros casos, uma vez que não possui efeito vinculante e nem eficácia *erga omnes*.¹⁶⁰ Em outros casos, a decisão de afastar o foro por prerrogativa de função decorria de uma distinção feita entre o caso em análise e aquele decidido na Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007).

Nesse sentido, em alguns casos, a 1ª Turma do STJ chegou a decidir que o prefeito não se enquadra entre as autoridades submetidas à Lei de Crimes de Responsabilidade, razão pela qual estaria, sim, submetido à LIA (REsp 895.530/PR, STJ, 1ª Turma, j. 18.11.2008; REsp 949.452/SP, STJ, 1ª Turma, j. 29.03.2009). De fato, a Lei nº 1.079/50 cuida do processo de responsabilização de determinadas autoridades, como o presidente da República e os ministros de Estado, mas prefeitos e vereadores não estão submetidos à referida norma. O regime de responsabilidade política de prefeitos e vereadores está previsto no Decreto-Lei nº 201/67.¹⁶¹ É interessante que a norma tenha sido integralmente ignorada pela Primeira Turma do STJ ao decidir esses dois casos, de modo que a aplicação da LIA parecia depender da não submissão do agente a um regime especial de responsabilidade.

Em 2009, todavia, confrontado com um novo caso envolvendo o prefeito de um município do interior do Ceará, o STJ reconheceu a existência e a aplicabilidade do Decreto-Lei nº 201/67 a prefeitos e vereadores para fins de crimes de responsabilidade. Entendeu, no entanto, que, além do processo político estabelecido pelo decreto-lei, os prefeitos também poderiam ser julgados na primeira instância da justiça comum por atos de improbidade administrativa (REsp 1.034.511/CE, STJ, 2ª Turma, j. 01.09.2009). Dessa forma, o resultado foi mantido – decisão de aplicar a LIA ao agente político em âmbito municipal –, mas a

¹⁶⁰ Nesse sentido, por exemplo, o AgRg na Rcl. 5.393-8 (STF, plenário, j. 17.03.2008).

¹⁶¹ As disposições do Decreto Lei nº 201/67 preveem a punição de prefeitos e vereadores, seja no âmbito do Poder Judiciário, por crimes de responsabilidade, com sanções de detenção, reclusão, perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública; seja no âmbito do Poder Legislativo, por infrações político-administrativas, as quais podem acarretar a cassação do mandato eletivo pela Câmara dos Vereadores.

fundamentação do tribunal alterou-se substancialmente, no sentido de defender a possibilidade de convivência harmônica dos dois regimes sancionatórios não mutuamente excludentes.

Com base na ideia de que as esferas de responsabilidade seriam distintas e autônomas e invocando a decisão do STF na ADI 2.797 (plenário, j. 15.09.2005), o STJ reconheceu ser o juízo singular competente para processar e julgar ações propostas contra agentes políticos em diversos casos (Rcl. 2.723/SP, STJ, Corte Especial, j. 15.10.2008; REsp 896.516/DF, STJ, 1ª Turma, j. 17.02.2009; REsp 737.279/MG, STJ, 2ª Turma, j. 13.05.2008; REsp 949.452/SP, STJ, 1ª Turma, j. 29.03.2009; REsp 1.073.233/MG, STJ, 1ª Turma, j. 18.06.2009).

Essa tendência¹⁶² foi mantida quando, em 2 de dezembro de 2009, a corte Especial do STJ apreciou caso envolvendo ex-governador do estado de Santa Catarina e consignou que não há norma constitucional que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer uma das sanções previstas pela LIA (STJ, Rcl. 2.790/SC, STJ, Corte Especial, j. 02.12.2009). Determinou, contudo, seu processamento em foro especial, pelos seguintes fundamentos:

“(…) inobstante a declaração de inconstitucionalidade do preceito normativo infraconstitucional (Lei 10.628, de 2002), a prerrogativa de foro, em ações de improbidade, tem base para ser sustentada, ainda que implicitamente, na própria Carta Constitucional. (...) Estes e outros casos de prerrogativa de foro constituem uma garantia constitucional do acusado, estabelecida em função da relevância do seu cargo. (...) Ora, se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la ínsita ao sistema punitivo da ação de improbidade, cujas conseqüências, relativamente ao acusado e ao cargo, são ontologicamente semelhantes e eventualmente até mais gravosas” (Ibidem, p. 10-11).

Ou seja, ainda que assentada a possibilidade de convivência entre dois regimes de responsabilização autônomos, a extensão do foro por prerrogativa de função às ações de

¹⁶² Essa alteração de entendimento não é absolutamente linear, tanto que, em caso mais recente, envolvendo um vereador de um município do interior de São Paulo, questionado acerca do precedente aberto na Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007), o STJ deixou de afirmar a possibilidade de submissão ao duplo regime sancionatório e limitou-se a afastar a possibilidade de aplicação ao caso concreto do precedente, que tratava especificamente do caso dos ministros de Estado, submetidos à Lei nº 1.079/50 (REsp 1.405.346/SP, STJ, 1ª Turma, j. 15.05.2014). De todo modo, é possível identificar uma tendência geral à consolidação do entendimento de independência e autonomia das instâncias de responsabilização dos agentes políticos, o que é confirmado pelas decisões posteriores. De fato, a partir de 2013, as decisões do STJ analisadas apontam para uma estabilização das decisões no sentido de admitir a aplicação da LIA aos agentes políticos, incluindo magistrados e promotores nessa categoria, por entender que os regimes de responsabilização política e de improbidade administrativa são perfeitamente compatíveis e não excludentes, cabendo apenas e tão somente restrições quanto ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro por prerrogativa de função previsto na Constituição (STJ, REsp 1.414.757/RN, STJ, 2ª Turma, j. 06.10.2015; REsp 1.191.613/MG, STJ, 1ª Turma, j. 19.03.2015; ED no AgRg no RESP 1.216.168/RS, STJ, 2ª Turma, j. 24.09.2013).

improbidade por sua semelhança com o regime sancionatório penal era outro ingrediente que poderia ser acrescentado para tornar ainda mais complexa a discussão sobre o tema. O julgamento das ADI 2.797 e 2.860 (STF, plenário, j. 15.09.2005) não havia posto fim ao debate sobre o assunto.

Importa destacar que, ainda que muitas decisões caminhassem no sentido de restringir o alcance do precedente da Rcl. 2.138, ele voltou a ser invocado pelo próprio plenário do STF para sustentar a impossibilidade de submissão do agente ao duplo regime sancionatório. É o caso da Q.O. na Pet. 3.211 (STF, plenário, j. 13.03.2008), quando o tribunal foi chamado a decidir sobre a competência para processamento de ação de improbidade administrativa ajuizada em face de um agente político que, posteriormente, tornou-se ministro do próprio STF. Na ocasião, o tribunal atraiu para si a competência para processar e julgar a demanda. Nos termos do voto de um dos ministros,

“se pelos mais graves ilícitos da ordem jurídica, que são o crime comum e o crime de responsabilidade, Ministro do Supremo Tribunal Federal só pode ser julgado pelos seus pares ou pelo Senado da República, seria absurdo ou o máximo do contra-senso conceber que a ordem jurídica permita que ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo” (STF, Q.O. na Pet. 3.211, plenário, j. 13.03.2008, p. 18).

O entendimento majoritário (oito votos contra um) foi no sentido de que a hierarquia do Poder Judiciário não permitiria que um juiz federal julgasse integrantes do STF. Ao votar, dois dos ministros expressamente citaram ser essa a orientação da jurisprudência do STF, firmada na Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007).

Por outro lado, no RE 439.723, pretendia-se o reconhecimento da competência originária do STJ para julgar ação proposta em face de **juiz do TRT**, mas o pedido foi indeferido, tendo em vista o entendimento firmado pelo plenário no julgamento das ADI 2.797 e 2.860. A decisão foi no sentido de que

“compete, ao magistrado de primeira instância, processar e julgar ação civil de improbidade administrativa, ainda que ajuizada contra autoridade pública que dispõe, nas infrações penais comuns, perante qualquer Tribunal judiciário, mesmo que se trate de Tribunal Superior da União ou que se cuide do próprio Supremo Tribunal Federal, de prerrogativa de foro “*ratione muneris*” (STF, RE 439.723, plenário, j. 24.11.2009, p. 1).

Nesses dois processos, as decisões parecem ter sido tomadas caso a caso, a partir de uma escolha do julgador entre uma ou outra tese anteriormente sustentada por algum dos

ministros, seja na Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007) ou na ADI 2.797 (STF, plenário, j. 13.06.2007).

A mesma situação se verifica no STJ que, em 2014, recusou-se a julgar, originariamente, um caso envolvendo conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, afirmando apenas que “a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada nas instâncias ordinárias, ainda que proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade” (STJ, AgRg na Rcl. 12.514/MT, Corte Especial, j. 13.03.2014, p. 1). Em 2016, no entanto, ao julgar um caso envolvendo um juiz do TRT da 14ª Região, a Corte Especial, que entendeu que não há definição expressa na Constituição de competência originária do STJ para processar e julgar ação de improbidade administrativa proposta em face de membro de tribunais regionais, mas o STF entendeu pela existência de competências implícitas (Pet. 3.211, plenário, 13.03.2008), aptas a atribuir ao tribunal competência para processar e julgar seus próprios membros por eventuais atos de improbidade:

“Deveras, embora esta E. Corte Superior de Justiça já tivesse entendido em outras oportunidades que não mais prevaleceria a prerrogativa de foro para as ações de improbidade administrativa, o C. Supremo Tribunal Federal considerou que, em se tratando de magistrados, notadamente das Cortes Superiores do país, aquela sistemática deveria imperar, sob pena de se permitir a desestruturação do regime escalonado da jurisdição brasileira. (...) Assim, pelo princípio da simetria, deverá competir exclusivamente ao STJ o processo e julgamento de supostos atos de improbidade, quando imputados a membros de Tribunal Regional do Trabalho, desde que possam importar na perda do cargo público. (...) A competência (...) não deve se estender à ação anulatória [dos integrantes do TRT] a questionar decisão do e. Tribunal de Contas da União” (STJ, Rcl. 4.927/DF, Corte Especial, j. 15.06.2016, p. 8-9).

Os casos analisados evidenciam que a jurisprudência dos tribunais superiores sobre o tema é bastante inconstante, sendo composta por uma série de decisões *ad hoc* que falham em oferecer segurança jurídica aos jurisdicionados.

Dois dos casos julgados pelo STF após a resolução da ADI 2.797 e da Rcl. 2.138 discutiam a adequação à prerrogativa de foro para julgamento de parlamentar. Em um deles (STF, Pet. 3.030, plenário, j. 23.05.2012), o deputado federal pleiteara a manutenção do seu caso no STF em função da Lei nº 10.628/02. Tendo em vista, no entanto, a inconstitucionalidade da norma declarada no julgamento da ADI 2.797 (STF, plenário, j. 15.09.2005), o STF remeteu o caso ao juízo de primeiro grau.

No outro caso analisado (STF, AgRg na Pet. 3.067, plenário, j. 19.11.2014), a alegação do senador era que o agente político se submeteria a regime especial de responsabilidade e não à LIA, na forma do decidido na Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007).

O tribunal entendeu que a ação deveria ser julgada em primeira instância, na medida em que os parlamentares não se submetem a regime especial por prerrogativa de função, de modo que não atraem o entendimento firmado pelo Tribunal anteriormente:

“Não se ignora que, findo o julgamento da Rcl. 2138, o STF pronunciou-se no sentido de que os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei no 1079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992). Contudo, **a tese de que o crime de responsabilidade englobaria atos de improbidade administrativa não aproveita aos membros do Congresso Nacional**. Com efeito, compete ao STF julgar **membros do Congresso Nacional apenas nas infrações penais comuns** (art. 102, I b, da CF). O texto constitucional, de forma explícita, **excluiu os parlamentares do rol de autoridades que também possuem prerrogativa de foro para o julgamento de crime de responsabilidade** (art. 102, I, c, da CF)” (STF, AgRg na Pet. 3.067, plenário, j. 19.11.2014, p. 11, grifos nossos).

Nesse sentido, em que pesem eventuais incoerências, fato é que o STF foi, progressivamente, definindo o âmbito de aplicação destes precedentes. De um lado, a tese de que agentes políticos estariam submetidos ao foro por prerrogativa de função do Código de Processo Penal, em razão da Lei nº 10.628/02, tendia a ser rejeitada após o julgamento definitivo da ADI 2.797 (STF, plenário, j. 15.09.2005). De outro, o precedente firmado na Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007) foi sendo progressivamente restringido a apenas determinadas autoridades.

É o que indica também o AgRg na AC 3.585 (STF, 2ª turma, j. 02.09.2014). A ação cautelar foi manejada por ex-governador do estado do Rio Grande do Sul, em relação a atos praticados no exercício do mandato. Pretendia-se a extinção da ação de improbidade, ante o reconhecimento de que os governadores se submetem ao regime especial de responsabilidade política, nos termos da decisão do STF na Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007).

Tendo em vista, no entanto, que seu mandato já se havia extinguido, tal solução terminaria por impedir a propositura de ação por crime de responsabilidade e por extinguir, portanto, a persecução do ato de improbidade investigado. Tendo isso em conta, o STF afirmou a possibilidade de submissão do agente político ao duplo regime de responsabilização, nos seguintes termos:

“Considerada a estrita delimitação que esta Suprema Corte estabeleceu no julgamento da Rcl nº 2.138/DF (em decisão que, inteiramente desprovida de efeito vinculante, restringiu o debate do tema, limitando-o, unicamente, aos Ministros de Estado) – que a pretendida inaplicabilidade da LIA aos agentes políticos locais (como os Governadores, p. ex.), tal como ora sustentado, conduziria, se admitida fosse, à completa frustração do dogma republicano segundo o qual todos os agentes públicos são essencialmente responsáveis (“*accountable*”) pelos comportamentos que adotem na prática do respectivo ofício governamental. (...) O acolhimento da pretensão cautelar deduzida pela autora, ora agravante, especificamente considerado o contexto

em causa, tornaria a demandante imune a qualquer responsabilização, pois, já não mais titularizando mandato de Governador de Estado, não seria possível instaurar-se, contra ela, o concernente processo de “impeachment” (Lei no 1.079/50, art. 76, parágrafo único). (...)

Em situações como a destes autos (em que já cessou a investidura no mandato de Governador de Estado), impõe reconhecer a plena e integral aplicabilidade da LIA, sobretudo diante do julgamento, pelo STF, da ADI 2.797/DF e a ADI 2.806/DF (...). Ao se defrontar, uma vez mais, com idêntica controvérsia, [o STF] placitou, em unânime votação, o entendimento de que agentes políticos estão sujeitos a uma ‘dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos’, tanto aquela fundada na Lei nº 8.429/92, quanto aquela decorrente da Lei nº 1.079/50 [Pet. 39.23-Q.O.]” (STF, AC 3.585, 2ª turma, j. 02.09.2014, p. 9-15).

O entendimento contraria, portanto, aquele firmado na Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007) e aponta para a sua superação. A reversão definitiva do precedente parece ter ocorrido no julgamento do AgRg na Pet. 3.240 (STF, plenário, j. 10.05.2018), como se verá a seguir.

3.1.5 AGRG NA PET. Nº 3.240 E RECURSO EXTRAORDINÁRIO 976.566: PREOCUPAÇÃO COM O COMBATE À CORRUPÇÃO E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO COMO PRIVILÉGIO ANTIRREPUBLICANO

Em 19 de novembro de 2014, o STF levou a julgamento o AgRg na Pet. 3.240 (STF, plenário, j. 19.11.2014). O caso dizia respeito a uma ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) contra várias pessoas, entre as quais um ministro de Estado, por alegada violação aos princípios da moralidade, impessoalidade e probidade, além da prática das condutas previstas nos artigos 10 e 11 da LIA quando no exercício do cargo.

A ação foi proposta perante o juízo de primeiro grau da Justiça Federal que deferiu, liminarmente, a quebra do sigilo bancário dos demandados. Contra a decisão, foi interposto agravo de instrumento, levando a questão ao TRF da 1ª Região, que declinou da sua competência e remeteu o processo ao STF.

Acolhendo o parecer da PGR, em 12 de janeiro de 2005, o então relator determinou a suspensão do processo até a conclusão do julgamento da ADI 2.797. Em 9 de fevereiro de 2006, a pedido do peticionante, o feito foi novamente suspenso até a conclusão do julgamento da Rcl. 2.138. Após o julgamento de ambas as demandas, o relator proferiu decisão monocrática declinando a competência do STF para processar e julgar ação por ato de improbidade e determinou o retorno dos autos ao TRF.

Contra essa decisão o agente político, então exercendo mandato parlamentar no Congresso Nacional, manejou agravo regimental, argumentando que, na Rcl. 2.138, o STF fixou sua competência para processar e julgar ações de improbidade contra réus com prerrogativa de foro e que o julgamento da ADI 2.797 não interferia nessa decisão. Defendeu, ainda, que os agentes políticos respondem apenas por crimes de responsabilidade, mas não pelos atos de improbidade administrativa previstos na LIA.

Ao chamar a atenção para o caso submetido a julgamento, o relator enfatizou, que, a seu ver, “a questão não está definitivamente resolvida pelo Supremo Tribunal Federal” (AgRg na Pet. 3.240, plenário, j. 10.05.2018, p. 6), com o que concordaram os demais ministros. Um deles afirmou que “esta é uma matéria que está ligeiramente desarrumada na jurisprudência do Supremo” (Ibidem, p. 27). Outro deles ressaltou a importância de dar tratamento sistemático à matéria e evitar o casuísmo nas decisões:

“este imbróglio é bastante complexo e precisa ser, de fato, traduzido, para que nós não fiquemos, em situações de emergência, tentando responder casuisticamente numa matéria que demanda um tratamento sistemático. Acho também positivo pensar soluções alternativas, porque também conseguimos adivinhar o impacto dessas decisões. Como também nós sabemos que há muitas ações de improbidade, percebe-se hoje pelo impacto que isso tem no âmbito eleitoral” (Ibidem, p. 36).

A decisão dividiu-se em duas questões. A primeira delas dizia respeito a assentar se é, ou não, possível que as normas de responsabilidade previstas na LIA incidam sobre os ministros de Estado ao mesmo tempo que aquelas normas que preveem os crimes de responsabilidade. Cuidava-se, assim, de validar, ou não, o entendimento da Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007), na qual o STF entendeu que não há duplo regime sancionatório em relação a ministro de Estado, de modo que tais autoridades deveriam ser processadas apenas por crime de responsabilidade perante o foro privilegiado e ficariam imunes à ação por improbidade administrativa, processada perante o primeiro grau de jurisdição.

Caso o tribunal entendesse no sentido contrário, afirmando, portanto, o duplo regime sancionatório, restaria a questão de saber se, nessas condições, o ministro responde perante o juiz de primeiro grau ou perante o STF. Nesse caso, o foro privilegiado para os ilícitos de improbidade seria consequência da adoção da tese de que os dispositivos constitucionais que atribuem competência a determinados tribunais para julgar agentes políticos por infrações penais comuns deveriam ser aplicados também aos atos de improbidade administrativa, já que estes são aptos a produzir consequências jurídicas semelhantes e eventualmente até mais gravosas, como a perda do cargo e a suspensão de direitos políticos. Com isso, seria necessário

reconhecer, mediante interpretação sistemática e teleológica, a existência de hipóteses de foro privilegiado implícitas na Constituição.

O julgamento foi fracionado em duas sessões de julgamento. Na primeira delas, ocorrida em 19 de novembro de 2014, o relator proferiu seu voto no sentido de que os agentes políticos estão, via de regra, submetidos ao duplo regime sancionatório, mas que seria necessário reconhecer para os agentes políticos nas ações de improbidade administrativa contra eles propostas, o foro por prerrogativa de função assegurado nas ações penais. O julgamento foi, então, interrompido pelo pedido de vista formulado por um dos ministros e retomado em 10 de maio de 2018, quando foram proferidos os demais votos.

O entendimento do relator no que diz respeito à aplicabilidade da LIA a agentes políticos foi acolhido por todos os integrantes do plenário de forma unânime. Superando, portanto, o entendimento anterior firmado na Rcl. 2.138 (plenário, j. 13.06.2007), o STF entendeu que não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas.

Assim, o tribunal firmou entendimento de que os agentes políticos, via de regra, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Nos termos da decisão, a Constituição não autorizaria que os agentes políticos em geral fossem imunizados das sanções da ação de improbidade administrativa – exceção feita ao presidente da República, na medida em que a própria Constituição o teria excluído do duplo regime sancionatório em matéria de improbidade, conforme previsão do artigo 85, V, da Constituição.¹⁶³

Já no que diz respeito ao foro por prerrogativa de função, o voto do relator foi vencido. No seu entendimento, os casos de prerrogativa de foro constituem uma garantia constitucional do acusado, estabelecida em função da relevância de seu cargo e seriam aplicáveis aos casos de improbidade, assim como a qualquer modalidade de direito sancionatório, mormente em função da gravidade das sanções previstas na LIA:

“a Lei de Improbidade foi editada visando, fundamentalmente, à aplicação das sanções de natureza punitiva, semelhantes às sanções penais. (...) Embora as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não tenham natureza penal, há profundos laços de identidade entre as duas espécies. (...) Não há dúvida que alguns princípios são

¹⁶³ O entendimento decorre de interpretação sistemática da Constituição a partir do disposto no seu artigo 85, V, que inclui a improbidade administrativa entre os crimes de responsabilidade praticados pelo presidente da República: “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - a probidade na administração”.

comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do *non bis in idem*, o da presunção de inocência e o da individualização da pena, aqui enfatizados pela importância que têm para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa. Essa compreensão se deve adotar, segundo penso, em relação ao foro por prerrogativa de função. Se a Constituição tem por importante essa prerrogativa, qualquer que seja a gravidade da infração ou a natureza da pena aplicável em caso de condenação penal, não há como deixar de considerá-la insita ao sistema punitivo da ação de improbidade (...). Contra esse entendimento, tem sido invocada e preconizada a interpretação estritamente literal das normas constitucionais a respeito de competência. Todavia, tal método interpretativo não é o mais adequado nesse domínio. Há situações em que a interpretação ampliativa das regras de competência é uma imposição incontornável do sistema. (...) sob o ponto de vista constitucional justifica-se, com sobradas razões, a preservação de prerrogativa de foro também para a ação de improbidade administrativa” (AgRg na Pet. 3.240, plenário, j. 10.05.2018, p. 18-22, grifos nossos).

O voto do ministro relator, como se vê, busca claramente construir um entendimento intermediário, que escape à ótica binária que tenta encaixar a LIA no processo civil ou no processo penal. Nesse sentido, reconhece que a LIA não tem natureza penal, mas ainda assim, em razão da sua finalidade sancionatória, defende a incidência de determinadas garantias individuais no processo de imposição de sanções por improbidade, como o foro por prerrogativa de função.

O entendimento, no entanto, foi refutado no voto-vista apresentado na segunda sessão de julgamento. O ministro que abriu a divergência entendeu, diferentemente, que o foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, as quais têm natureza civil. Empregando o termo “foro privilegiado”, o ministro limitou a sua abrangência às infrações penais e sustentou que a gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal.

Além disso, afirmou que a prerrogativa de foro se submete a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da República, e não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. Nesse sentido, a ausência de expressa previsão, na Constituição Federal, de foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade não seria uma lacuna constitucional a ser preenchida pelo STF, mas de legítima opção do poder constituinte originário em não instituir o foro especial para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil.

Por fim, o voto-vista reforça que a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no primeiro grau de jurisdição constituiria fórmula mais republicana e mais atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução

processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa.

Nos debates, os ministros se mostram, uma vez mais, divididos em dois grupos. De um lado, aqueles que manifestaram preocupação com o uso político da LIA para constranger administradores públicos e, portanto, veem o foro por prerrogativa de função como uma garantia democrática, defenderam a aplicação, nos processos de improbidade, de princípios incidentes sobre o regime de direito penal que, a seu ver, deveriam informar o direito sancionatório em geral:

“(…) acostumou-se a manejar a ação civil sempre como uma ação de improbidade, quando, na verdade, temos muitas discussões que, às vezes, estariam no campo meramente do eventual ressarcimento. Mas o que dá charme à ação é a ação de improbidade, o que dá a nódoa de que se está fazendo uma ação política é a ação de improbidade, e hoje, inclusive, com o consectário da inelegibilidade, que tem sido objeto de tanto debate, a partir da Lei da Ficha Limpa” (Ibidem, p. 36).

“É razoável que a própria lei contenha elementos para coibir **os abusos**, que **infelizmente são sistêmicos**. Eu até conversava com alguns políticos a propósito desse quadro de abuso e dizia que é preciso haver uma reconcepção de toda essa discussão. Por exemplo, se houver prejuízo causado por agente do Judiciário ou do Ministério Público, deveria não a União responder depois, de maneira geral, mas o orçamento da instituição judiciária ou o Ministério Público. Ainda agora se discutiu lá em São Paulo, (...) o caso do reitor de Santa Catarina que se suicidou depois de ter sido submetido a uma prisão provisória. Vejam os senhores o grau de irresponsabilidade. (...) É um constrangimento. E quem deu a ordem, Presidente? Um juiz, um juiz mandou prender. O Conselho Nacional de Justiça deveria olhar isso, Presidente, não para punir, mas para educar, porque se trata de **pessoas mal preparadas para o exercício da função, estão decretando prisão provisória de maneira irresponsável**. (...) E nós tivemos outro caso mais chocante ainda (...) mobilizou 1.200 agentes da Polícia Federal (...) parece que era uma troika de ignorantes: delegado, procurador e juiz. Confundiam tudo. A partir da interceptação telefônica, saíram a fazer juízos irresponsáveis. Causaram um prejuízo de bilhões para o país, bilhões para o país! (...) Veja o perigo de se dar poder a gente desqualificada e irresponsável. (...) **Deu-se bomba atômica para analfabetos voluntariosos**. É esse o quadro que nós temos que enfrentar, Presidente. De modo que me parece que o tema terá que ser rediscutido e vai ser rediscutido, é inevitável. Vai ser rediscutido. Porque, se quisermos manter o *status* de sétima, oitava, nona, potência do mundo, nós temos que ter uma institucionalidade. **Nós não podemos ser os aventureiros que nós nos revelamos ser, nós não podemos entregar bomba atômica para inimputáveis**” (Ibidem, p. 115-116).

“o combate à corrupção e às mazelas administrativas devem ser feitas (sic) com responsabilidade. E a própria Lei de Improbidade, com sua abertura, falta de tipificação adequada, acaba por propiciar uma série imensa de abusos (...) O comentário geral, hoje, é que os gestores dos municípios brasileiros são os promotores, porque fazem aquelas cartas de recomendação e, diante do não atendimento, propõem ação de improbidade. E eu já disse também: Deus nos livre de membros do Judiciário e membros do Ministério Público como gestores. Se nós analisarmos o que se tem feito, a generosidade com que gastamos dinheiro - já disse -, será possível que, se formos administrar o deserto de Saara - usarei a expressão de Hayek -, venha faltar areia daqui a pouco” (Ibidem, p. 118).

De outro lado, aqueles que ressaltaram uma preocupação com a efetividade das normas de combate à corrupção no Brasil; veem o foro por prerrogativa de função como um privilégio antirrepublicano e aristocrático apto a conduzir à impunidade; e, ao decidir, reafirmaram a natureza civil da LIA. Vejam-se, nesse sentido, os seguintes trechos extraídos da decisão:

“Isso é especialmente importante no contexto atual, de evidente saturação da população brasileira em relação à corrupção e de esforços concentrados de investigação e punição dos responsáveis por esquemas de lavagem de dinheiro e desvio de recursos públicos. De acordo com a ONG Transparência Internacional, o índice de percepção da corrupção no Brasil é bastante elevado: em 2014, o país ocupava a 69ª posição em 175 países incluídos no ranking. A percepção dos brasileiros em relação à corrupção não é descolada da realidade. Segundo estudo da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), de 2010, a corrupção no Brasil tem um custo anual que, em valores de 2008, varia de aproximadamente R\$ 40 a R\$ 70 bilhões por ano, o que equivale a cerca de 1,3% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB)” (Ibidem, p. 51).

“não deixo de reconhecer que o manejo da ação de improbidade administrativa tem se prestado, em alguns casos, a usos políticos e abusos. **Às vezes, o instrumento é usado para constranger administradores sérios e probos**, que são submetidos a um processo – que não deixa de ser, ele mesmo, uma sanção. **Porém, não faz sentido jogar fora o bebê junto com a água do banho. Eventuais desconformidades cometidas pelas instâncias inferiores podem ocorrer. Isso, contudo, não é motivo suficiente para se pretender criar, à margem de previsão constitucional, novas hipóteses de foro por prerrogativa de função, em violação aos princípios republicano e da isonomia**” (Ibidem, p. 80).

“atribuir-se a necessidade de um foro especial para as ações de improbidade à desconfiança em relação a juízes e promotores atuantes na primeira instância, com todo o respeito, tampouco se coaduna com o ideal republicano. A confiança no Poder Judiciário e no Ministério Público traduz-se em pilar da Democracia, e não pode ser quebrantada por um ou outro episódio, em detrimento do grande caráter moralizador da atuação dessas instituições nas ações de improbidade. Ademais, as instâncias máximas de controle e correição representadas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, além de outros mecanismos dispostos da legislação, mostram-se aptos a coibir eventuais abusos no uso de tão importante instrumento, inexistindo razões para o deslocamento da competência para julgamento desses feitos” (Ibidem, p. 96).

Formando maioria ao julgar o caso, o segundo grupo alterou a jurisprudência do STF para assentar a submissão dos agentes políticos à LIA, exceção feita ao presidente da República, bem como a ausência de foro por prerrogativa de função em demandas desse tipo. A decisão suplantou o entendimento anterior, firmado na Rcl. 2.138 (STF, plenário, j. 13.06.2007) e reforçou o entendimento externado por alguns dos ministros ao decidir as ADIs 2.797 e 2.860 (STF, plenário, j. 15.09.2005).

Essa mesma questão foi, novamente, objeto de decisão no RE 976.566 (STF, plenário, j. 13.09.2009), agora sob regime de repercussão geral. Cuidava-se de uma ação de

improbidade administrativa movida em face do prefeito do município de Eldorado dos Carajás em razão de fraudes supostamente praticadas na aplicação de valores do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF). Após a prolação de sentença condenatória¹⁶⁴ confirmada pelo TJ/PA, o prefeito manejou o Recurso Extraordinário alegando que a decisão ofenderia o regime de responsabilidade dos agentes políticos estabelecido pelo sistema constitucional. Alegou, assim, que a LIA não se aplica a agentes políticos e que os prefeitos só poderiam ser responsabilizados nos termos do Decreto-Lei nº 201/1967, que estabelece os crimes de responsabilidade na esfera municipal.

Reconhecida a repercussão geral ao caso em 28 de junho de 2013, o PGR opinou pelo desprovimento do recurso. Atuaram, ainda, como *amici curiae* o CONAMP e a Confederação Nacional dos Municípios. Os argumentos contidos nas suas respectivas manifestações, no entanto, não foram sequer relatados no acórdão.

À unanimidade, em sessão de julgamento virtual realizada em 13 de setembro de 2019, o STF negou provimento ao recurso, ao entendimento de que, independentemente de a conduta de prefeitos e vereadores ser tipificada como infração penal ou infração político-administrativa, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa, o que, dada sua natureza civil, não acarreta *bis in idem*.

Nos termos do acórdão, a inovação constitucional em permitir tratamentos sancionatórios diversos entre os ilícitos em geral e os atos de improbidade administrativa decorreriam de uma

“necessidade de se punir mais severamente (...) a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência. [Isso] reflete a revolta do povo brasileiro contra a corrupção nos escalões governamentais e administrativos” (STF, RE 976.566, plenário, j. 13.09.2019, p. 11-12).

No voto do relator, o combate à corrupção e a imoralidade no seio do poder público é tomada como prioridade absoluta, na medida em que a corrupção desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação de serviços públicos, além de corroer os pilares do Estado de Direito ao contaminar a legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da democracia representativa. Nesse sentido, arremata:

¹⁶⁴ A sentença condenou os réus nas sanções dos arts. 9º, X e XI, 10 e 11, I, da Lei 8.429/1992, a saber: restituição, ao FUNDEF, do valor de R\$ 11.108,70; aplicação de multa civil (estimada em R\$ 30.000,00 para o recorrente); suspensão dos direitos políticos por cinco anos; e proibição de contratar com o poder público por seis anos.

“fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime” (Ibidem, p. 11).

Com essa decisão, o STF consolidou a seguinte tese:

“TEMA 576 - O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias”.

O caso foi julgado em regime de repercussão geral (tema 576), tornando-se, portanto, vinculante para os demais tribunais do país.

Polêmica e complexa, a questão do foro por prerrogativa de função suscita, por um lado, legítima preocupação com a politização da justiça, consubstanciada no risco de que, submetidas às paixões políticas locais, as ações de improbidade sejam empregadas visando a fins pouco nobres, como o de forçar ou de frustrar o avanço de determinadas medidas políticas locais, arruinando reputações e carreiras políticas e trazendo prestígio e reconhecimento a promotores e juízes como agentes moralizadores da política.

Por outro lado, a concentração dessas demandas em alguns poucos tribunais suscita a também legítima preocupação com o risco de impunidade, devido à falta de capacidade institucional dos Tribunais e dos órgãos do Ministério Público que atuam perante estes tribunais, os quais, além de ficar sobrecarregados, teriam dificuldades de identificar, investigar e combater a prática de atos de improbidade praticados no extenso território nacional, sobretudo longe das capitais em que se situam.

Oscilando entre as duas problemáticas, os ministros do STF as debateram intensamente, mas a análise das suas decisões termina por confirmar os diagnósticos de Virgílio Afonso da Silva (2009) e de Conrado Hübner Mendes (2010), no sentido de que se cuida de uma corte pouco deliberativa, em que os ministros raramente reformulam sua posição ou seus votos.¹⁶⁵ Os votos elaborados, lidos na sessão, não necessariamente se preocupam em enfrentar todas as questões suscitadas em outros votos e posicionamentos bastante distintos podem ser acomodados em resultados aparentemente majoritários.

¹⁶⁵ É interessante notar, em um dos casos analisados, a manifestação de um dos ministros do STF a esse respeito quando, após longa discussão, afirmou: “vamos tomar votos. Aqui ninguém convence ninguém quando já se tem entendimento sobre o tema” (STF, RE 669.069, plenário, j. 03.02.2016, p. 34).

Como os acórdãos não veiculam uma única opinião do tribunal e ocorre a personalização dos votos dos ministros, simplesmente somados ao final, as razões de decidir do tribunal não são claras e nem objetivas. Há, portanto, uma grande dificuldade de se encontrar a *ratio decidendi* do tribunal em cada decisão, como também demonstraram Adriana M. Vojvodic, Ana Mara Machado e Evorah Cardoso (2009). Essa falta de clareza traz consigo considerável impacto político, na medida em que não ficam claros para os jurisdicionados os limites da aplicação do entendimento a casos futuros.

Além da evidente insegurança jurídica para os jurisdicionados, a situação criou condições para que sucessivos recursos fossem manejados pelas partes de processos em andamento, em relação aos quais o tribunal reagiu de forma errática e pouco coerente, deixando de dispensar tratamento isonômico aos casos que lhe foram submetidos. O fenômeno acarreta, ainda, a suspensão de processos e prejudica a buscada efetividade da prestação jurisdicional em matéria de improbidade.¹⁶⁶

De todo modo, a partir da análise dos julgados ora selecionados, é perceptível um processo de formação jurisprudencial no qual a visão majoritária acerca do sentido de aplicação da LIA alterou-se, ao longo dos anos, para torná-la mais abrangente e garantir as condições para que ela seja empregada de maneira mais eficaz pelas instituições de justiça na moralização da Administração Pública. Verifica-se, assim, a construção de um entendimento majoritário em torno de uma aplicação mais incisiva da norma sobre agentes políticos.

Amparadas pela jurisprudência dos tribunais superiores, as ações de improbidade administrativa podem correr na primeira instância, “sem que promotores e procuradores sejam limitados pelos efeitos da prerrogativa de foro especial desses agentes nos crimes comuns, tampouco pela necessidade de julgamento político por parte do legislativo nos crimes de responsabilidade” (ARANTES, 2009, p. 58). Amplia-se, assim, o potencial de ação de um enorme número de promotores e procuradores de primeira instância em todo o país, aptos a processar autoridades, ao passo que, pela via criminal, essa atribuição ficaria concentrada nas cúpulas do Ministério Público e nos tribunais superiores.

¹⁶⁶ A esse respeito, destaque-se que boa parte dos casos analisados foram julgados em diversas sessões, sendo sobrestados para aguardar decisões em casos análogos ou, ainda, em função de pedidos de vista que chegaram a retirar o processo de pauta por vários anos. O potencial uso estratégico do pedido de vista pelos ministros é questão relevante e que mereceria aprofundamento, para uma compreensão mais ampla do seu impacto no processo de formação do entendimento jurisprudencial.

3.2 A DIFICULDADE DE COORDENAÇÃO ENTRE AS DIFERENTES ESFERAS DE RESPONSABILIDADE: UM PROBLEMA NÃO RESOLVIDO

A discussão sobre a aplicabilidade da LIA a agentes políticos e sobre o foro por prerrogativa de função no STF termina por resvalar em uma discussão sobre como coordenar as diferentes esferas de responsabilidade previstas na legislação a que se submete o agente político. Em alguns casos, registrou-se o entendimento de que a convivência de uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e de responsabilização política com outras ações penais similares seria inconcebível: por buscar soluções punitivas para os mesmos atos, a incidência de ambas as leis penais sobre um mesmo fato configuraria *bis in idem*.¹⁶⁷

Em outro dos casos analisados, no entanto, a mera convivência entre leis sancionatórias sobre um mesmo fato foi admitida pelo julgador, mas com a observação de que seria necessária a aplicação de alguns princípios oriundos do sistema penal a qualquer sistema sancionatório, inclusive à LIA, ainda que não se trate de norma de natureza penal:

“a Lei de Improbidade foi editada visando, fundamentalmente, à aplicação das sanções de natureza punitiva, semelhantes às sanções penais, a saber: suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (...) Embora as sanções aplicáveis aos atos de improbidade não tenham natureza penal, há profundos laços de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo. (...) À identidade material das penas veio juntar-se a identidade formal dos mecanismos de sua aplicação. Foi no Código de Processo Penal, com efeito, que o legislador civil se inspirou para formatar o novo instrumento: o procedimento da ação de improbidade é em tudo semelhante ao que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, previsto nos arts. 513 a 518 do CPP. (...) É justamente essa identidade substancial das penas que dá suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva (*ius puniendi*) do Estado, cuja principal consequência ‘é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais’ (...) embora não se possa traçar uma absoluta unidade de regime jurídico, não há dúvida que alguns princípios são comuns a qualquer sistema sancionatório, seja nos ilícitos penais, seja nos

¹⁶⁷ “Não há como conceber a convivência de uma ação de improbidade, de nítidos efeitos penais e responsabilidade política, com uma ação penal correspondente, por crime de responsabilidade, ajuizadas perante distintas instâncias judiciais. Pois bem: se ambas as ações buscam soluções punitivas para os mesmos atos, não há como nem por que admitir a existência coincidente de ambas. Se for assim, o problema não estará mais em coexistirem as duas ações em instâncias diferentes, mas na própria incidência de duas leis penais sobre um mesmo fato. Não há razão para o *bis in idem*. A punição da autoridade, cujo ato está tipificado como crime de responsabilidade, já é prevista na lei que cuida da sua situação específica. A limitação do âmbito normativo da Lei nº 8.429/92 apenas aos agentes políticos que não respondem por crimes de responsabilidade em ação própria configura posição intermediária entre os que afirmam que nenhum agente político está sujeito às regras da Lei de 1992 e outros que sustentam ser devida a punição a todo e qualquer agente político, tanto pela lei que define o ato como crime de responsabilidade, como pela lei de atos de improbidade” (STF, Rcl. 2.138, plenário, j. 13.06.2007, p. 170). No mesmo sentido, ver voto vencido proferido na Q.O. na Pet. 3.923 (STF, plenário, j. 13.06.2007).

administrativos, entre eles o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do *non bis in idem*, o da presunção de inocência e o da individualização da pena, aqui enfatizados pela importância que têm para a adequada compreensão da Lei de Improbidade Administrativa” (STF, AgRg na Pet. 3.240/DF, plenário, j. 10.05.2018, p. 18-20, grifos nossos).

Conforme se extrai das decisões analisadas, no entanto, o entendimento majoritário do STF caminhou no sentido de admitir a possibilidade de coexistência entre diversos sistemas de responsabilização dos agentes do Estado com objetivos diversos e o escopo de punição distintos, ao mesmo tempo afastando da LIA as garantias processuais típicas do direito sancionatório – como é o caso do foro por prerrogativa de função e do princípio da tipicidade estrita¹⁶⁸ –, em função da mera reafirmação da sua natureza “civil”. Nesse sentido, a incidência, sobre uma única conduta, de sanções provenientes das múltiplas instâncias punitivas (civil, político-administrativa e penal), independentes entre si não representaria necessariamente violação ao princípio do *non bis in idem*.¹⁶⁹

Uma vez assentado o entendimento pela possibilidade de submissão do agente político ao duplo regime sancionatório e descartado o foro por prerrogativa de função para a tramitação desses processos, importa investigar se os tribunais estabeleceram normas sobre *como* um procedimento pode, ou não, interferir no outro em termos de provas e resultados, vale dizer, coordenar a incidência de ambos os regimes sancionatórios.

De maneira geral – em 12, dos 13 casos analisados –, o STJ reiterou o entendimento no sentido de que as esferas de responsabilidade cível, administrativa e penal são independentes. A defesa da tese foi elaborada de maneira absolutamente genérica em pelo menos três oportunidades (REsp 1.191.613/MG, STJ, 1ª Turma, j. 19.03.2015; REsp 1.177.910/SE, STJ, 1ª Seção, j. 26.08.2015; ED no REsp 1.194.009/SP, STJ, 1ª Turma, j. 17.05.2012).

De todo modo, a tese da independência das esferas de responsabilidade pode ser desdobrada em algumas conclusões mais específicas. Com relação à esfera administrativa, entendeu o STJ que eventual decisão do Ministério Público de arquivar um inquérito civil sobre determinado tema não teria impacto sobre a decisão do Poder Judiciário sobre tema correlato no bojo de ação de improbidade administrativa (AgRg no REsp 1.191.497/RS, STJ, 2ª Turma, j. 20.11.2012). Já quanto aos tribunais de contas, em dois casos o tribunal sustentou o

¹⁶⁸ Ao decidir a Q.O. na Pet. 3.923/SP (STF, plenário, j. 13.06.2007), os ministros do STF se dividiram entre aqueles que entendem que a tipificação prevista na LIA teria natureza cerrada e aqueles que entendem que a tipificação é aberta e vaga e, com base nessas características, buscam aproximá-la do regime de direito processual civil ou penal.

¹⁶⁹ STF, AgRg na Pet. 3.240/DF, plenário, j. 10.05.2018, p. 60 e STF, ARE 683.235/PA, plenário, j. 13.09.2019.

entendimento de que o controle de contas realizado pelo TCM tem caráter técnico-administrativo e não impede o Poder Judiciário de apreciá-las sob a ótica da legalidade (REsp 593.522/SP, STJ, 2ª Turma, j. 20.05.2008), inclusive, eventualmente, divergindo das suas conclusões (REsp 1.032.732/CE, STJ, 1ª Turma, j. 25.08.2009).

Quanto às relações entre os campos civil e penal, o STJ entendeu que o eventual arquivamento de inquérito policial não elide responsabilidade civil (STJ, RMS 20.544/MG, 2ª Turma, j. 21.02.2006), de modo que seria possível a instauração de inquérito civil por improbidade administrativa e o processamento de ação nos termos da LIA em razão dos mesmos fatos. Entendeu, ainda, que não haveria óbice à instauração de um inquérito civil na esfera estadual para apuração de improbidade ao mesmo tempo em que um inquérito policial é processado perante o STJ para apuração de crime (STJ, Rcl. 2.723/SP, Corte Especial, j. 15.10.2008). Desse modo, os mesmos fatos poderiam ser apurados e investigados por diversas autoridades competentes, o que certamente cria dificuldades práticas, mas não mereceu qualquer atenção por parte da corte.

Ademais, quando já existentes duas ações judiciais, o tribunal afirmou que a absolvição criminal jamais repercurte no âmbito da aplicação da LIA em caso de falta de provas, podendo repercutir apenas caso a sentença penal negue a existência do fato ou afaste a sua autoria, ressalvados os casos em que uma conduta atípica no âmbito penal poderia, ainda assim, ensejar a condenação por ato de improbidade (STJ, REsp 1.391.212/PE, 2ª Turma, j. 02.09.2014).

Nesse sentido, a tese que vem prevalecendo permite que os diversos procedimentos e seus desdobramentos tramitem de maneira absolutamente independente, ignorando-se mutuamente:

“O crime de fraude à licitação exige não só o prejuízo ao erário, mas também o dolo específico. Embora se tenha registrado na apelação cível que ‘não restou cabalmente demonstrado que a Apelante agiu com consciência da ilicitude da conduta e o ânimo de realizar o resultado proibido’, **não se pode descurar da independência das esferas**, motivo pelo qual **a conclusão alcançada na Apelação Cível, não vincula a esfera penal**. Outrossim, o que se assentou foi a ausência de comprovação do dolo e não a ausência do dolo propriamente dito. Nesse contexto, **não é possível, de plano, afirmar a ausência do dolo específico, apenas em virtude da sua não comprovação na seara cível**. Ainda que o dolo da paciente não tenha ficado comprovado no processo de improbidade administrativa, referida circunstância não tem o condão de repercutir sobre a justa causa para a ação penal em tela, cuja denúncia narra de forma adequada a existência de dolo específico. Dessa forma, a efetiva existência ou não do dolo específico, na seara penal, deverá ser analisada ao longo da instrução processual, porquanto, no momento, revela-se prematura qualquer conclusão no sentido da ausência do elemento subjetivo do tipo” (STJ, HC 392.509/PR, STJ, Turma, j. 08.2017, p. 1, grifos nossos).

“Nem a **superveniência de sentença penal absolutória fundada em falta de provas (art. 386, VII, do CPP), nem a superveniência de sentença que julga improcedente ação de improbidade administrativa têm o condão de afetar decisão administrativa que impôs a pena de demissão a servidor público federal, diante da independência das esferas** administrativa, cível e penal. A Administração somente fica vinculada à decisão do juízo criminal que negar a existência do fato ou a autoria do crime. Precedentes” (STJ, MS 14.838/DF, 1ª Seção, j. 26.10.2016, p. 2, grifos nossos).

“(…) Ademais, **não prospera a alegação de que a sanção aplicada no processo administrativo disciplinar impede que a recorrente seja apenada também nesta ação de improbidade.** É que o Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência no sentido de que as esferas cível, administrativa e penal são independentes, com exceção dos casos de absolvição, no processo criminal, por afirmada inexistência do fato ou inoportunidade de autoria” (STJ, REsp 1.186.787/MG, 1ª Turma, j. 24.04.2014, p. 16, grifos nossos).

“(…) **é infundada a alegação de que as conclusões adotadas em procedimento administrativo vinculam o Poder Judiciário.** Há independência entre tais instâncias que só é ressalvada quando o juízo criminal (e não a instância administrativa) reconhece a inexistência do fato ou da autoria” (STJ, ED no AgRg no REsp 1.288.970/MT, STJ, 2ª Turma, j. 29.05.2012, p. 1, grifos nossos).

“MANDADO DE SEGURANÇA. AUDITOR DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA. (...) a existência de fato superveniente consistente na **improcedência da ação civil pública por improbidade administrativa é situação que não socorre o impetrante, pois, conforme jurisprudência do STJ e do STF, as instâncias administrativa e civil são independentes**” (STJ, MS 18.460/DF, 1ª Seção, j. 28.08.2013, p. 1-2, grifos nossos).

A única exceção foi o REsp 1.558.038/PE (STJ, 1ª Turma, j. 27.10.2015, p. 9-12), no qual se identificou que a superposição de múltiplas esferas de responsabilidade poderia ser problemática, nos seguintes termos:

“Diante da extroversão de órgãos como os Tribunais de Contas, as Controladorias, o Ministério Público, as Corregedorias Internas de Órgãos Públicos, os Conselhos Superiores e as Agências Reguladoras, em todos os Entes Federados, um ato de um agente a serviço do Estado que desvie da finalidade pública receberá a reprimenda de que lei e quem (qual autoridade) deve iniciar e conduzir o procedimento que culminará na correspondente sanção? (...) As dificuldades na materialização do Estado Regulador - e gravemente Sancionador - se iniciam no fato de que a probidade deve ser atributo de toda a atuação do Agente Público, o que poderia suscitar o equívoco interpretativo de que qualquer falta por ele praticada, por si só, representaria quebra da probidade e, com isso, o sujeitaria às sanções dessa lei regente. Também resultam em dúvida de incidência normativa a circunstância de que, regra geral, sanções civis, administrativas e penais são independentes e de que o Ministério Público é órgão legitimado para acolher representações e, daí adiante, tomar as providências para que o agente seja punido, tanto na norma referente ao ato ímprobo quanto na referente ao abuso de autoridade. (...) A multinormatização, característica do Estado Regulador contemporâneo, sobre atos de Agente Público poderia dar ensejo a um excesso do Direito Sancionador? A meu sentir, sim”.

É certo que a tramitação paralela de ações de improbidade administrativa e de ações penais em razão dos mesmos fatos podem acarretar a imposição de sanções em ambos os campos jurídicos e, nesse sentido, o STJ foi também chamado a avaliar se, nestas hipóteses, configurar-se-ia o *bis in idem* vedado pelo ordenamento.

Ao decidir a questão, o STJ recorreu à disposição legal da LIA no sentido de que as penalidades impostas pela prática de ato de improbidade administrativa independem das demais sanções penais, civis e administrativas, para concluir que o fato de um servidor ter sido demitido por justa causa e condenado ao pagamento de multa pelo Tribunal Regional Eleitoral, além de ter sido alvo de inquérito criminal (arquivado), não configura *bis in idem* (STJ, AgRg no AREsp 606.352/SP, 2ª Turma, j. 15.12.2015). Em outro caso, afirmou que a coexistência de condenação pecuniária imposta pelo TCU com a sanção de ressarcimento do erário em ação de improbidade administrativa não configura *bis in idem*, sendo vedada apenas a constrição patrimonial além do efetivo prejuízo apurado. Julgou, assim, ser possível a formação de dois títulos executivos, devendo apenas ser observada a dedução do valor da obrigação que primeiramente foi executada no momento da execução do título remanescente (STJ, REsp 1.413.674/SE, 1ª Turma, j. 17.05.2016).

Em nenhum desses casos, no entanto, os ministros explicitaram se, no seu entendimento, afastar-se das decisões de outras esferas administrativas importaria (ou não) ao julgador a obrigação de se justificar expressamente. A noção de independência entre esferas de responsabilidade é interpretada como uma cisão quase total entre as diferentes áreas, posição que aparece com clareza no REsp 1.034.511/CE (STJ, 2ª Turma, j. 01.09.2009, p. 7): “as penas da LIA são aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas, [o que] realça a possibilidade de cumulação das suas sanções com as constantes na área civil, penal ou administrativa, evitando a alegação de que as penas da LIA ou dessas áreas se excluem mutuamente”.

Com frequência, as normas em vigor estabelecem que um órgão comunique determinados fatos ao Ministério Público para eventual instauração de inquérito civil ou penal, mas as consequências de cada um desses procedimentos e da sua tramitação paralela são desconsideradas. Na prática, o que se verifica, ao fim e ao cabo, é que quem decide como fazer essa coordenação entre instâncias é o legitimado ativo à investigação e persecução dos atos tipificados como improbidade administrativa, em geral o Ministério Público. Como esclarece Maira Rocha Machado (2015, p. 196),

“no centro deste fenômeno da duplicidade de procedimentos sobre os mesmos fatos está a atuação do Ministério Público que, ao tomar conhecimento de uma conduta que

enseja prejuízo ao erário público, encontra amparo legal para iniciar um inquérito, ou uma ação, tanto pelo crime quanto pela improbidade administrativa. (...) as duas formas de responsabilização, civil e penal, podem correr de modo paralelo ou sucessivo, tendo em vista que a Lei de Improbidade afirma expressamente que as ações são independentes. Ao proclamar tão somente a independência dos dois tipos de ilícito, de responsabilidade e de procedimento (civil e penal), a legislação deixa ampla margem para os atores do sistema de justiça decidirem se e como será estabelecida alguma forma de coordenação quando se estiver diante de um mesmo caso concreto”.

A esse respeito, interessante a tentativa recente de contribuir para a solução do problema no âmbito do Ministério Público Federal, relatada por Ronaldo Pinheiro de Queiroz (2018), a partir da criação de núcleos de combate à corrupção. Tais núcleos permitem que um único procurador investigue o fato e cuide de todo o direito sancionador a ele relacionado, ainda que ele possa ter desdobramentos civis e penais. Foge-se, assim, à organização institucional clássica que, diante de um único fato com repercussões civis e penais, provoca dois procuradores (um deles do núcleo do patrimônio público e o outro do núcleo criminal) para a instauração de dois inquéritos distintos que, ao tramitar independentemente, acarretam o retrabalho, a sensação de desorganização e o risco de decisões conflitantes, além de permitirem a ocorrência de conflitos na divisão interna de trabalho, dificultarem o compartilhamento de provas e a celebração de acordos de cooperação com o investigado e limitarem a atuação do órgão ao seu aspecto meramente repressivo.

A medida, no entanto, lida apenas com a questão a partir da problemática dos órgãos de controle, mas não impede que o agente público se veja, eventualmente, no polo passivo de diversos processos distintos sem que existam regras claras a respeito dos limites ao compartilhamento de provas entre eles ou sobre a autonomia decisória de uma instância diante de uma decisão anterior sobre o mesmo fato, proferida em outro procedimento.

A tese da independência das esferas parece ter uma profunda relação com o formalismo que marca a cultura jurídica latino-americana, no âmbito da qual a formação dos juristas volta sua atenção sobretudo à teoria, “comprometida com a separação entre direito privado e direito público, assim como entre as subáreas existentes em cada um destes campos, entre outros, direito penal, trabalhista, civil e comercial” (MALDONADO, 2012, p. 117-118).

Coerente com a organização normativa em códigos (FARIA, 2018), a tese da independência das instâncias já não dá mais conta da realidade multifacetada dos tempos atuais e denota uma ineficácia do Estado, pela multiplicidade de esforços para atingir o mesmo objetivo, que é conferir uma resposta ao injusto (TAMASAUSKAS, 2019, p. 115), razão pela qual os tribunais vêm sendo continuamente provocados a decidir a esse respeito.

A este respeito, destaque-se o ARE 1.175.650/PR (STF, plenário, j.25.04.2019), recentemente afetado pelo STF para decisão em regime de repercussão geral, que versa sobre a possibilidade de utilização, em ações de improbidade administrativa, das informações e provas obtidas na esfera penal mediante colaboração premiada movida pelo Ministério Público (tema 1043).¹⁷⁰

Assim, ainda que os precedentes ora analisados apontem para a pacificação de uma interpretação da Constituição e da legislação federal nos tribunais superiores sobre a questão do foro por prerrogativa de função, os debates sobre as questões político-institucionais subjacentes a essa problemática devem prosseguir se desenrolando em outras frentes, como é o caso do tema do compartilhamento de provas, ou ainda, dos limites da autonomia decisória das diversas autoridades levadas a apreciar determinados ilícitos nos casos em que já haja outra decisão acerca dos mesmos fatos proferida em outra esfera. Nas palavras de um dos ministros do STF,

“acho que estamos produzindo uma tal bagunça, uma tal desordem em todo esse processo, que é melhor ficar parado. Louvada seja a iniciativa do Presidente da Câmara, que agora (...) propõe uma revisão da Lei de Improbidade” (STF, Pet. 3.240, plenário, j. 10.05.2018, p. 114-115).

A partir do debate sobre o combate à corrupção e à improbidade administrativa, um importante diálogo institucional segue em curso para definir os papéis do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes representativos do país, com a elaboração e a discussão de projetos de lei que visam à reforma da LIA.

3.3 A CONSTRUÇÃO DE UM MODELO DE ANÁLISE: ENTRE O PUNITIVISMO E O GARANTISMO

A partir dos casos analisados anteriormente, verifica-se que a disputa político-jurídica em torno do sentido da aplicação da LIA pode ser ilustrada pelo modelo representado no Quadro 3 a seguir, dividido entre dois tipos ideais que ocupam as diferentes pontas do espectro de aplicação da norma nos tribunais brasileiros: o punitivismo e o garantismo.¹⁷¹

¹⁷⁰ O STF deverá decidir sobre a extensão dos efeitos da colaboração premiada do âmbito penal para o âmbito das improbidades, debatendo (i) a potencial ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que a LIA veda expressamente a realização de transação ou acordo; (ii) os limites à disponibilidade de bens e interesses públicos, sobretudo diante da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário; e (iii) os efeitos de eventual colaboração premiada realizada pelo Ministério Público em relação a ações de improbidade que tenham sido ajuizadas pelo ente público lesado, pelos mesmos fatos.

¹⁷¹ Autores como Faria (2019) vem destacando a tensão entre os juristas garantistas e os consequencialistas, estes últimos entendidos aqueles operadores cuja atuação é pautada por uma preocupação com os efeitos práticos das

A noção de punitivismo é aqui empregada com referência à racionalidade penal moderna, construída sobre a noção de inseparabilidade entre uma norma de comportamento e uma norma de sanção, de modo que se torna impossível imaginar o ilícito desvinculado de uma pena aflitiva, considerada o melhor meio de defesa da sociedade contra o crime. Como esclarece Álvaro Pires (2004, p. 43), essa racionalidade

“concebe a proteção da sociedade ou a afirmação das normas de modo hostil, abstrato, negativo e atomista. Hostil, por representa[r] o transgressor como um inimigo de todo o grupo e por estabelece[r] uma equivalência necessária (mesmo ontológica) entre o valor do bem ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir ao transgressor. Abstrato porque, mesmo reconhecendo que a pena causa um mal concreto e imediato, conceb[e] que esse mal produz um bem imaterial e mediato para o grupo (...). Negativo, já que (...) exclu[i] qualquer outra sanção ou medidas que visem reafirmar a norma por meio de uma ação positiva (reparação pecuniária, tratamento em liberdade etc.). E atomista, enfim, porque a pena – na melhor das hipóteses – não deve se preocupar com os laços sociais concretos entre as pessoas a não ser de forma secundária e acessória”.

Por sua vez, a noção de garantismo corresponde à noção, amplamente difundida no direito processual penal por Luigi Ferrajoli, de que uma das funções do direito sancionador é o de proteger os direitos fundamentais daqueles indivíduos que cometeram um ato ilícito e que, por isso, se tornam alvo da ação do Estado enquanto detentor do monopólio do uso da força legítima. Preocupa-se, nesse sentido, com as garantias processuais e os aspectos formais e substanciais necessários a que o direito sancionatório seja válido (MAIA, 2000).

A leitura punitivista da LIA é marcada por uma primazia da pretensão, juridicamente válida, de preservar a moralidade administrativa e proteger o erário. Visa, nesse sentido, punir exemplarmente agentes ímprobos (e evitar a sua impunidade), como maneira de desestimular a prática de condutas reprováveis. Para tanto, lança-se mão de instrumentos jurídicos de responsabilização no sentido de presumir dolo e culpa do agente ou até mesmo o dano ao erário, se necessário, para o fim de levar a cabo a tarefa de imputação de responsabilidade. O descumprimento da lei que acarreta prejuízo à Administração é tido como inescusável, na medida em que o foco da proteção legal recai sobre a sociedade.

O viés punitivista é marcado pela tendência à aplicação de normas processuais civis ao processo de improbidade administrativa, mais flexíveis procedimentalmente do que as

decisões jurídicas para as partes, em especial nos casos em que há grande repercussão econômica. Tal chave analítica concentra-se na distinção entre uma aplicação do direito mais formalista e voltada para a segurança jurídica, contraposta a uma aplicação do direito mais preocupada com a sua efetividade. A partir do campo empírico analisado, no entanto, a oposição entre garantismo e punitivismo pareceu mais adequada como critério explicativo da aplicação da LIA pelos tribunais superiores, por traduzir duas visões diametralmente distintas em relação à função das instituições de justiça no que diz respeito ao seu aspecto sancionatório.

penais, e pelo fortalecimento dos órgãos de controle. Nesse espectro, também é mais comum a defesa da independência das esferas penal, civil e administrativa de responsabilidade, em função da potencialidade dessa independência no sentido de garantir a efetiva responsabilização de agentes por atos que lesionam o interesse público e o erário. Defende, ainda, a submissão de todo e qualquer agente público e político à LIA, cujos processos devem tramitar e ser julgados perante a justiça comum.

Já a leitura garantista da LIA caracteriza-se por um enfoque preponderante sobre os direitos e garantias do indivíduo acusado de improbidade, entendendo o controle do arbítrio estatal na imposição de sanções como algo imprescindível para a preservação dos direitos fundamentais e, por conseguinte, do estado democrático de direito. Verifica-se, nesse viés, um destaque à necessidade de se preservar o poder discricionário do gestor público democraticamente eleito e responsável pela elaboração de políticas públicas frente à atuação dos órgãos de controle.

A leitura mais garantista da LIA lança mão de instrumentos jurídicos que permitem a matização da responsabilidade, incorporando elementos de avaliação das limitações materiais impostas aos agentes públicos e políticos e até de uma possível insignificância da conduta, além de defender standards de prova mais exigentes para comprovação do elemento subjetivo dolo ou culpa para embasar eventual condenação. Defende-se, ainda, a aplicação de um marco processual mais próximo ao do direito penal para os casos de improbidade, bem como a necessidade de desenvolvimento de mecanismos de coordenação das diversas esferas de responsabilidade que incidem sobre um único fato, mormente com vistas a evitar o *bis in idem* e a desproporcionalidade das sanções. Leituras de viés mais garantista podem sustentar que determinados sujeitos políticos devam submeter-se a regimes especiais de responsabilidade e, por isso, ser excluídos do âmbito de incidência da LIA ou, ainda, julgados perante tribunais especiais, como é o caso do foro privilegiado por prerrogativa de função.

Cuida-se, é importante frisar, de um modelo de tipos ideais, que não necessariamente existem exatamente dessa maneira na realidade, mas que permitem, enquanto construção analítica, uma melhor compreensão do fenômeno social ao organizar suas diversas manifestações concretas e difusas (ALLEN, 2004, p. 77). Sustenta-se, assim, que cada um dos temas recorrentemente tratados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência sobre a aplicação da LIA pode ser distribuído entre os dois extremos do modelo apresentado, refletindo uma postura política específica.

Quadro 3 – Tipos ideais de leitura e interpretação da LIA

	Punitivismo	Garantismo
Pretensão juridicamente válida quanto à atuação da Administração Pública	Preservação da moralidade administrativa, proteção do erário	Preservação do poder discricionário do gestor público responsável pela elaboração de políticas públicas
Foco da proteção legal	Sociedade	Indivíduo
Regras processuais às quais se recorre	Marco processual civil	Marco processual penal
Valor ético preponderante	Punir/evitar impunidade: importante para reduzir a prática de condutas reprováveis	Controle do arbítrio estatal na imposição de sanções: importante para preservar os direitos fundamentais
Fortalecimento institucional	Dos órgãos de controle	Dos controlados (agentes políticos)
Princípios jurídicos mobilizados	Moralidade, legalidade, impessoalidade	Devido processo legal, ampla defesa, proporcionalidade / razoabilidade
Esferas de responsabilização	Independência das esferas penal, administrativa e civil / compartilhamento de provas entre elas	Necessidade de coordenação das esferas de responsabilidade / limitações ao compartilhamento de provas entre elas
Quem é julgado?	Submissão de todo agente público e político à LIA	Determinados agentes sujeitos a regimes especiais de responsabilidade
Quem julga?	Justiça comum ordinária	Foro especial por prerrogativa de função
Missão assumida pelo agente jurídico	Corrigir uma cultura naturalmente corrupta	Preservar estado de direito
Manifestação extrema (a ser evitada)	Pânico moral: todo mal deve ser punido a todo custo	Absolvição moral: se o erro é praticado de forma generalizada, não é justo punir
Caracterização subjetiva do ímprobo (na manifestação extrema)	Indivíduo naturalmente imoral, desprezível, vil	Produto inevitável de instituições falhas

Fonte: elaboração própria.

Tais posturas podem adquirir contornos mais radicais e extremos, os quais se apresentam como perigosos para a manutenção do Estado democrático de direito. O punitivismo pode aparecer associado a manifestações de pânico moral, ao se defender que todo mal deve ser punido a qualquer custo (RODRIGUEZ, 2019a, pp. 472-473). O ímprobo é tido,

assim, como um ser vil, imoral, desprezível e, quiçá, menos humano. Por sua vez, ao agente jurídico integrante dos órgãos de controle se reserva o dever de corrigir uma cultura que seria essencialmente corrupta e patrimonialista. Esse tipo manifestação do punitivismo apresenta evidentes problemas quanto à importância da preservação das garantias fundamentais do devido processo legal e da presunção de inocência. Atribui, ainda, grandes poderes a burocratas não eleitos e, portanto, que não podem ser cobrados e responsabilizados diretamente pela população.

Por outro lado, o garantismo pode ser associado a argumentos de absolvição moral, igualmente danosos ao Estado democrático de direito, no sentido de que seria injusto punir um dado agente que comete o mesmo erro ou ilícito que também é amplamente cometido por outros agentes públicos no Brasil (RODRIGUEZ, 2019a, pp. 472-473). O ímprobo passa a ser visto, assim, como um produto inevitável de um ambiente público degradado e de instituições falhas, o que certamente inviabiliza qualquer espécie de responsabilização e, por conseguinte, impede o necessário sancionamento dos casos de apropriação indevida, por grupos influentes, dos fundos públicos com desvio da finalidade do Estado social e democrático. Esse posicionamento atribui ao agente jurídico o dever de preservar o Estado de direito, a presunção de inocência e o devido processo legal material à custa da eficácia das normas de combate à improbidade e à corrupção.

Como se viu no capítulo 2 (item 2.2.2), posturas que se aproximam dessas manifestações mais radicais chegam a aparecer em algumas decisões analisadas, como quando os tribunais justificam e deixam de sancionar atos reconhecidamente ilícitos pelo fato de serem amplamente difundidos na cultura política local, classificada como inexoravelmente clientelista (STJ, REsp 403.599/PR, 2ª Turma, j. 03.04.2003), ou, ainda, quando avaliam a conduta do agente desconsiderando integralmente a realidade prática e as dificuldades reais do gestor público, as quais são lidas como meras desculpas para uma ineficiência absolutamente inaceitável (STJ, REsp 1.116.964/BA, 2ª Turma, j. 15.03.2011).

A maior parte das decisões, no entanto, enquadra-se de maneira mais sutil no espectro punitivismo-garantismo, a partir de discussões dogmáticas inseridas em um quadro de normalidade constitucional e baseadas em entendimentos doutrinários análogos. Verifica-se, contudo, uma tendência a que tais discussões sejam travadas nos tribunais a partir de uma perspectiva dual, que opõe duas faces presumivelmente opostas: a proteção de garantias processuais e a contenção de um possível arbítrio sancionatório estatal *versus* a efetivação de princípios constitucionais fundamentais como o da moralidade pública, a preservação do erário e o combate à impunidade dos ilícitos praticados por altas autoridades.

Essa dualidade aparece, como se viu, nas discussões sobre o procedimento de sancionamento das condutas previstas na LIA (aproximando-o do direito processual civil ou penal) e na mobilização de princípios jurídicos pelos julgadores para condenar ou absolver determinadas condutas. As condenações em geral vinculam-se à mobilização de princípios substantivos como a moralidade, a legalidade e a impessoalidade, enquanto as absolvições revolvem geralmente em torno de princípios procedimentais, como o devido processo legal, a ampla defesa e a proporcionalidade.

Quer parecer que uma aplicação mais consistente da LIA dependeria da diluição dessa oposição em busca de uma conciliação entre as duas perspectivas. Todavia, atualmente, essas questões são objeto de uma batalha dogmática que se desenrola em grande medida no Poder Judiciário. Nessa arena, inseridos entre dois polos processuais opostos e comprimidos pelos limites da função jurisdicional, é possível que os julgadores sejam levados a tentar preencher de sentido uma norma lacunosa e repleta de omissões a partir de uma perspectiva binária, decorrente da própria dinâmica adversarial do processo.¹⁷²

Na falta de normas mais claras e bem construídas, a mobilização retórica de princípios, como se viu anteriormente, e mecanismos de presunção, como se verá a seguir, são mecanismos que permitem aos julgadores decidir, situando-se em dentro desse espectro, ao custo de uma decisão mais bem fundamentada. Somada à ausência de vinculação dos tribunais aos seus precedentes e a uma estrutura judicial que dificulta a extração da própria razão de decidir dos tribunais de cada caso, o resultado é um processo tortuoso de definição judicial de um sentido para a LIA, em grande medida submetido ao casuísmo e ao subjetivismo dos julgadores.

¹⁷² Tendo em vista a peculiar confusão existente, no Brasil, entre a prática profissional e a elaboração teórica no Direito (NOBRE, 2004), não chega a surpreender que tal antagonismo também se reflita em alguma medida nos posicionamentos doutrinários, criando assim dois grupos de autores: os que sustentam posicionamentos mais punitivistas, geralmente vinculados ao Ministério Público, enquanto autores que sustentam posicionamentos mais garantistas, em geral vinculados à advocacia privada.

4 UM PROCESSO SANCIONATÓRIO DE CARTAS MARCADAS

A busca por uma aplicação consistente da LIA encontra, na prática, terreno pantanoso para se locomover, diante das tensões institucionais que atravessam sua aplicação cotidiana. Como se viu, essa aplicação opera entre instituições em permanente tensão e que disputam espaço, recursos, prestígio e poder. As decisões analisadas revelam cortes divididas e que, na ausência bases legais e dogmáticas mais consistentes, muitas vezes recorrendo a princípios, passaram a exercer uma função regulatória casuística e voluntarista, que flutua ao sabor da política institucional.

De fato, cheia de termos vagos, a LIA transferiu ao Poder Judiciário o ônus de caso a caso, ao longo do tempo, elaborar uma política de repressão às corrupções administrativas. Uma vez definido pelos tribunais superiores que as ações de improbidade administrativa poderiam correr na primeira instância, coube sobretudo ao STJ dirimir as dúvidas quanto à correta aplicação da legislação federal.

É fato que, com o passar do tempo, o entendimento sobre um texto muito aberto pode ir se fechando por obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesses: “textos ociosos podem ser considerados como plenos de conteúdo se, existindo prática e consenso anteriores em torno do sentido dos termos que utilizam, os aplicadores estiverem de acordo em reconhecer a normatividade também a esses elementos não textuais” (SUNDFELD, 2017, p. 211-212). É o que tem se verificado no que diz respeito à LIA.

O recurso a termos vagos, associado ao voluntarismo político de parcela dos integrantes do Ministério Público e do Poder Judiciário que pretendem moralizar a Administração Pública por meio de sanções, vem, na prática, conduzindo a um fechamento nos sentidos da aplicação da LIA em torno de uma compreensão mais punitivista, a qual fornece aos órgãos de controle uma série de mecanismos processuais que os habilitam a impor a sua visão de moralidade pública a gestores públicos em todo o país.

Não se trata, evidentemente, de generalizar essa postura a todos os integrantes do Ministério Público e do Poder Judiciário. Cuida-se de instituições complexas e compostas por muitos indivíduos autônomos e diversos entre si. Todavia, como já se esclareceu, o voluntarismo político foi identificado como uma ideologia efetivamente existente entre promotores de justiça. Ademais, aqueles indivíduos que não atuam nesse sentido terminam por não levar seus casos aos tribunais superiores e, conseqüentemente, não conduzem à formação de jurisprudência. Por sua vez, no que diz respeito aos integrantes do Poder Judiciário, aqueles

que se opõem ou são mais reticentes quanto à atuação proativa dos órgãos de justiça para avançar uma agenda de moralização da política têm restado vencidos nos seus posicionamentos, como se verá em maior detalhe a seguir.

As principais teses firmadas pelos tribunais superiores traduzem o êxito do Ministério Público, como litigante judicial, em cristalizar um entendimento bastante específico acerca da aplicação da LIA, que transforma o processo sancionatório em um processo de cartas marcadas. Uma vez acusado de improbidade administrativa, a condenação ou absolvição de um agente político dependerão mais do entendimento subjetivo do seu julgador do que de fatos e provas. Havendo condições políticas para a sua condenação, é extremamente difícil que um agente público consiga, juridicamente, desvencilhar-se da teia acusatória em que foi enredado. Assim, uma série de mecanismos processuais terminaram por assegurar ao Ministério Público e ao Poder Judiciário uma posição política privilegiada no que diz respeito à aplicação da lei.

4.1 O ÊXITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO LITIGANTE ESTRATÉGICO NA DEFINIÇÃO DO SENTIDO DA LIA

Tendo em vista a função do STJ de uniformizar a aplicação e a interpretação da legislação federal, é certo que as suas decisões estabelecem teses jurídicas relevantes para a definição do sentido de aplicação da LIA. Assim, é interessante avaliar a amostra dos acórdãos selecionados a partir do ponto de vista do seu resultado.

Das ações analisadas, no STF, 15 demandas foram decididas favoravelmente aos órgãos de controle, enquanto apenas seis foram decididas em favor do réu ou acusado. A proporção é semelhante no STJ,¹⁷³ onde 74 foram julgadas em favor do autor – em geral o Ministério Público – o que representa cerca de 56,5% dos casos. Já o réu ou acusado se saiu vitorioso em 38 ações, o que corresponde a 29% dos casos. Outras 19 ações, cerca de 14,5% dos casos, tiveram resultado parcial.¹⁷⁴

¹⁷³ Dois dos recursos analisados não foram contabilizados com relação ao resultado em razão de um deles não ter sido conhecido (STJ, RESP 799.511/SE, 1ª Turma, j. 09.09.2008) e o outro, por se tratar de conflito negativo de competência entre o juízo estadual e o juízo federal (STJ, CC 131.323/TO, 1ª Seção, j. 25.03.2015). Em um dos casos analisados, o Recurso Especial manejado pelo MP também não foi conhecido, mas o STJ, ao proferir a decisão, teceu considerações sobre o mérito, defendendo os argumentos e teses apresentados pelo réu, razão pela qual o recurso foi computado como decisão favorável ao Réu (STJ, ED no AgRg no AgRg no ARESP 166.766/SE, 2ª Turma, 23.10.2012).

¹⁷⁴ Dos 19 casos nos quais o resultado foi parcial, em 5 deles o STJ realizou a dosimetria da sanção. Houve 4 casos nos quais, apesar do recurso do Réu requerendo a absolvição, o tribunal manteve a condenação, mas reduziu as sanções aplicadas (STJ, AgRg no ARESP 73.968/SP, 1ª Turma, j. 02/10/2012; STJ, RESP 1.135.767/SP, 2ª Turma, j. 25.05.2010; STJ, RESP 1.003.179/RO, 1ª Turma, j. 05.08.2008; STJ, REsp 794.155/SP, 2ª Turma, j.

Importa ressaltar, uma vez mais, que os dados aqui apresentados não se prestam a uma representação estatística correspondente à taxa de êxito efetivamente obtida pelo Ministério Público nas demandas de improbidade administrativa que tramitam em todo o país.

22.08.2006). Em um dos casos, ao contrário, apesar do recurso do MP para ampliar as sanções, manteve a condenação, reduzindo as sanções aplicadas (STJ, REsp 1.413.674/SE, 1ª Turma, j. 17.05.2016).

Em 3 oportunidades, a decisão foi parcial porque o Tribunal anulou a imposição de multa processual que havia sido aplicada ao recorrente pelos tribunais de origem, por considerarem protelatórios os Embargos de Declaração opostos para fins de pré-questionamento, mas manteve a decisão contrária ao recorrente. No REsp 139.187/DF (STJ, 1ª Turma, j. 24.02.2000), a decisão foi contrária ao MP para reconhecer que a indisponibilidade de bens tem natureza preventiva e, portanto, não precisa ser decretada se o futuro e eventual ressarcimento do erário estiver assegurado por hipoteca. Já nos REsp 1.069.723/SP (STJ, 2ª Turma, j. 19.02.2009) e REsp 1.038.199/ES (STJ, 2ª Turma, j. 07.05.2013), a decisão foi contrária ao réu, em favor da manutenção de teses como a da imprescritibilidade do dano ao erário, da legitimidade ativa do MP para propor ações de improbidade pleiteando o ressarcimento do erário e da possibilidade de a decisão de indisponibilidade de bens ser mantida, ainda que proferida por juízo incompetente.

Em outros 3 casos, o Tribunal optou por remeter o processo de volta à origem para que decisão recorrida fosse complementada. No REsp 952.351/RS (STJ, 1ª Turma, j. 04.10.2012), o recurso do réu foi parcialmente provido para, reconhecendo a legitimidade ativa do MP para propor ação de improbidade administrativa com pedido de ressarcimento ao erário, determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que a decisão que recebeu a inicial explicitasse adequadamente os indícios da prática de ato ímprobo e de autoria do ilícito. Na mesma linha, o REsp 1.073.233/MG (STJ, 1ª Turma, 18.06.2009) interposto pelo réu foi parcialmente provido para determinar que o tribunal de origem analisasse os argumentos do recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão que recebeu a petição inicial em ação de improbidade, mas rejeitou a tese de que a demanda devesse tramitar em foro especial por prerrogativa de função. Já no REsp 908.790/RN (STJ, 2ª Turma, j. 20.10.2009), o recurso do Ministério Público foi parcialmente provido para, ao contrário das instâncias ordinárias, reconhecer a ocorrência de ato de improbidade administrativa no caso, determinando a remessa dos autos ao tribunal de origem apenas para que fossem aplicadas as sanções cabíveis.

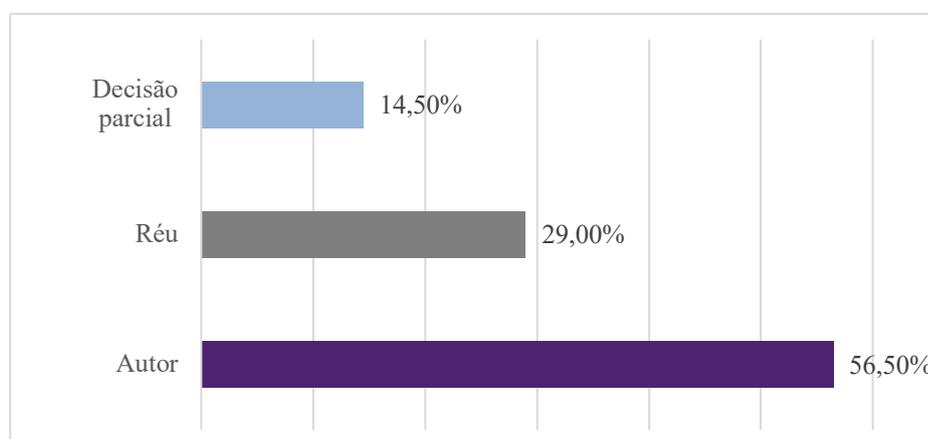
Diante desse último caso, é curioso que, no REsp 772.241/MG (STJ, 1ª Turma, j. 15.04.2008), o tribunal também tenha reconhecido a ocorrência de ato de improbidade nos autos mas, ao invés de remeter o processo para a fixação de sanções pelo tribunal de origem, aplicou por conta própria as sanções da LIA, restando o MP vencido apenas quanto à tese de que o Tribunal de origem teria ofendido o art. 535 do CPC/73 ao deixando de apreciar todas as suas teses.

Nas outras 7 decisões, a decisão parcial reflete decisões do STJ que acolheram parcialmente os recursos das partes, definindo teses processuais que, em parte foram favoráveis ao réu e, em parte, favoráveis ao MP: no REsp 469.366/PR (STJ, 2ª Turma, j. 13.05.2003), o tribunal reconheceu que a indisponibilidade de bens pode ser requerida na própria ação, independentemente de ação cautelar autônoma, mas depende de demonstração dos requisitos *fumus boni iuris e periculum in mora*, não sendo automática; na Rcl. 2.790/SC (STJ, Corte Especial, j. 02.12.2009), admitiu a aplicação da LIA aos agentes políticos (governador), mas determinou que a demanda seja processada perante o foro especial por prerrogativa de função previsto na legislação penal; no REsp 895.415/BA (1ª Turma, j. 02.12.2008), reconheceu a possibilidade de decretação da liminar de indisponibilidade de bens antes da oitiva do acusado, mas impediu a decretação imediata da medida de afastamento do cargo; na Rcl 4.927/DF (STJ, Corte Especial, j. 11.06.2011), reconheceu a competência do STJ para processar e julgar ação de improbidade proposta contra juiz do TRT, mas recusou estender do foro por prerrogativa de função a uma ação anulatória proposta contra decisão condenatória do TCU; no REsp 1.387.960/SP (STJ, 2ª Turma, 22.05.2014), o recurso do réu foi parcialmente provido para trancar a ação civil pública no tocante aos pleitos do MP de desconstituição dos créditos e repetição de indébito tributários, mas mantendo-a no que concerne aos supostos atos de improbidade; no REsp 403.599 (STJ, 2ª Turma, j. 03.04.2003), o recurso do Ministério Público foi improvido quanto às questões de direito material, mas provido para reconhecer que o *parquet* não está sujeito a pagar verbas sucumbenciais, salvo quando age de má-fé; e, finalmente, no REsp 1.293.624/DF (STJ, 1ª Turma, j. 05.12.2013), o recurso do réu foi improvido por ser intempestivo, enquanto o recurso do MP foi improvido por entender o tribunal que a redução do valor da multa podia ser feito pelo tribunal de origem ainda que não houvesse pedido expresso no recurso de apelação.

Tendo em vista, no entanto, que a amostra é composta por decisões selecionadas pelo próprio STJ como representativas de casos considerados relevantes para a fixação de determinadas teses, é possível dela extrair a dimensão do êxito das partes envolvidas na fixação de teses relevantes e amplamente divulgadas e que, por isso mesmo, tendem a ser reproduzidas pelos demais tribunais do país, fixando, assim, um sentido específico para a norma ao preencher suas lacunas e indeterminações normativas caso a caso.

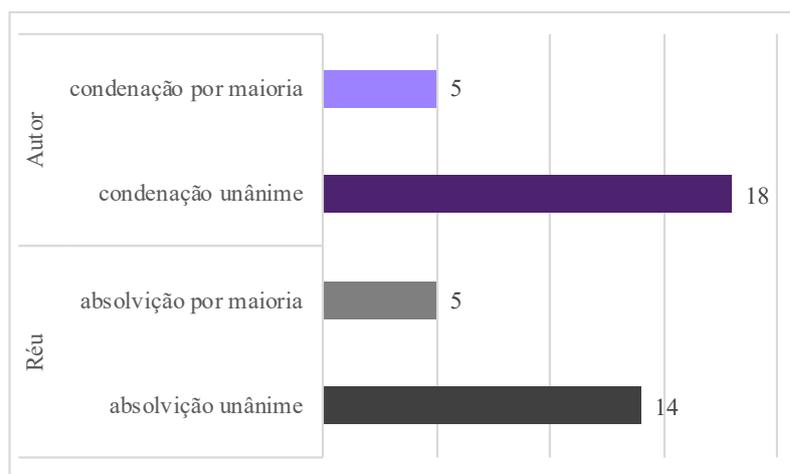
A alta taxa de êxito do Ministério Público, vitorioso na maior parte dos casos analisados, revela que a instituição atuou de forma eficaz na disputa judicial pelo sentido de aplicação da LIA.

Gráfico 1 – Resultado dos processos analisados - Taxa de êxito (STJ)



Fonte: elaboração própria.

Nos casos em que a questão de fundo envolvendo o direito material foi alvo de análise e discussão no STJ, os resultados são relativamente equilibrados entre autores e réus. De um total de 42 processos, 23 casos foram decididos em favor do autor e 19 em favor do réu, sendo a maior parte dessas decisões unânimes.

Gráfico 2 – Resultado dos processos - Taxa de êxito em questões de mérito (STJ)¹⁷⁵

Fonte: elaboração própria.

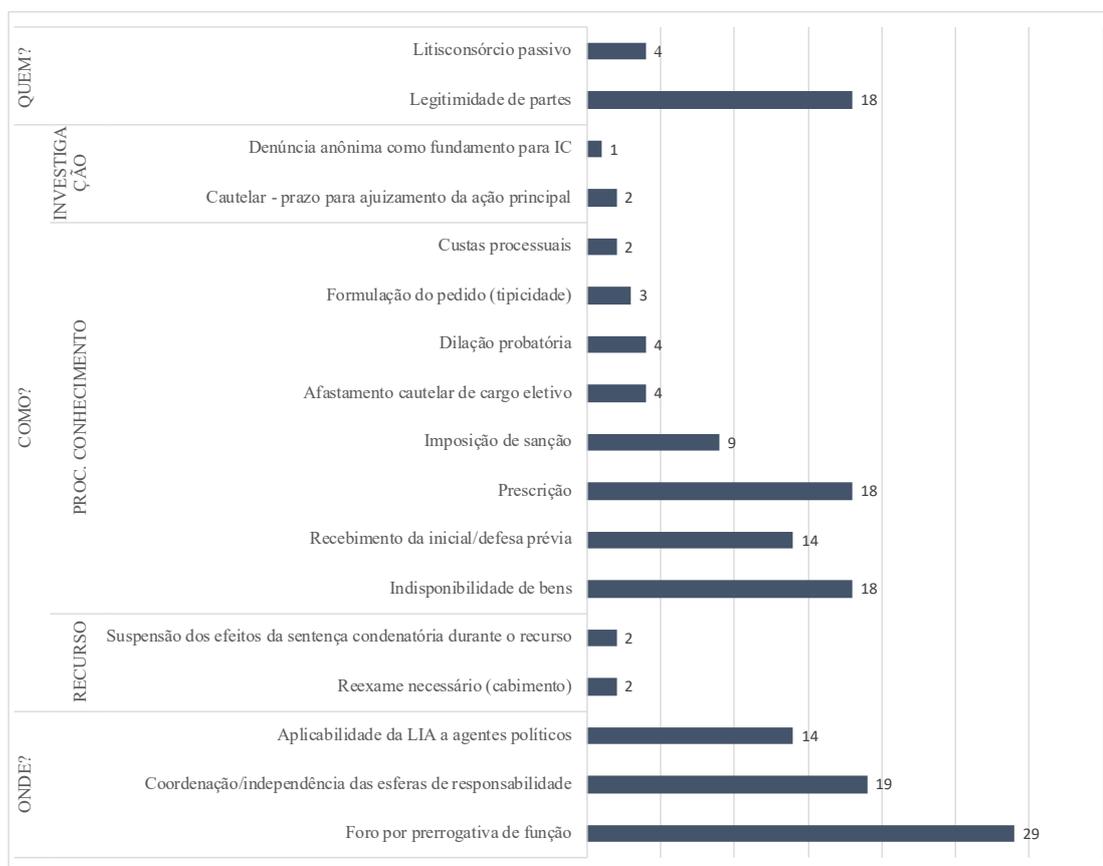
Ocorre que, na maioria dos casos analisados no STJ (cerca de 60% dos casos), o tribunal debruçou-se exclusivamente sobre questões processuais e nem sequer analisou questões relativas ao direito material. Caso se somem a esses também os casos em que o debate limitou-se à questão da prescrição – que, embora seja processualmente classificada como matéria de mérito, ainda assim é uma discussão de natureza formal que impede a apreciação das demais questões de fundo envolvidas em um caso concreto – chega-se ao patamar de 66%. Já no que diz respeito ao STF, das 31 decisões analisadas, apenas uma tratava de questões de direito material e outras 4 discutiam apenas a questão formal da prescrição.

Essa abundância das discussões relativas à forma e ao procedimento em detrimento das questões de fundo, relativas aos critérios objetivos e subjetivos de imputação de responsabilidade no regime das improbidades, evidencia como a falta de clareza dos conteúdos normativos da LIA deixou em aberto questões cruciais para a aplicação da norma pelos tribunais, do que decorre, evidentemente, uma ampla disputa entre as partes diretamente implicadas nessas ações pela interpretação da norma e pelo estabelecimento de uma narrativa acerca da sua inserção no ordenamento jurídico vigente.

A partir da análise dos acórdãos selecionados, as questões formais e procedimentais debatidas pelos tribunais puderam ser identificadas e agrupadas por temas, conforme o Gráfico 3 a seguir:

¹⁷⁵ Não foram incluídos nesse cômputo os casos nos quais se debateram questões relativas à prescrição.

Gráfico 3 – Questões formais e procedimentais nos processos analisados (STJ e STF)



Fonte: elaboração própria.

Como se vê, foi objeto de questionamento judicial uma amplíssima gama de assuntos relativos às regras para o ajuizamento e processamento das ações de improbidade, que vão desde questões gerais – como saber a quem a norma se aplica e quem pode manejar a ação de improbidade, onde a demanda deve tramitar e de que maneira ela se relaciona a outras esferas de responsabilidade jurídica – até questões processuais específicas sobre a aplicação da LIA.

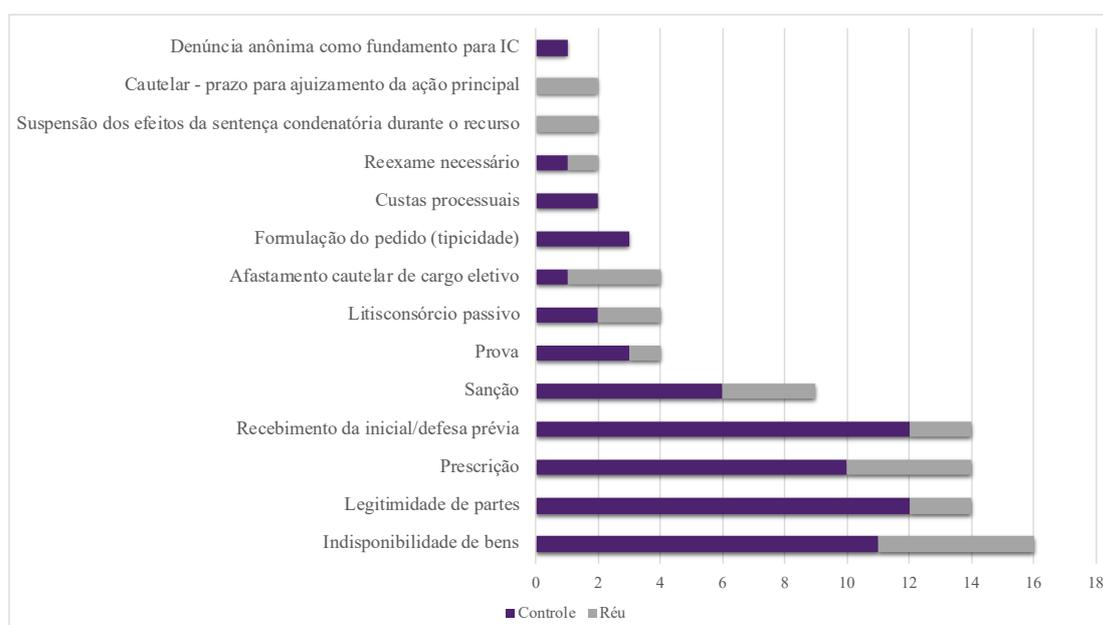
De fato, a LIA foi editada com um propósito bastante claro de contribuir para o combate à corrupção no âmbito da Administração Pública. A clareza quanto aos motivos de sua existência, que pode ser extraída das circunstâncias da sua aprovação, no entanto, não se estende às demais facetas da sua aplicação. Assim, se está claro o seu “porquê”, a LIA deixa ampla margem de dúvida acerca de “quem” se submete às suas disposições, de “onde” tramitarão as ações de improbidade e de “como” se desenrolarão essas demandas, na medida em que as disposições processuais são dúbias, vagas ou inexistentes.

Como se antecipou, coube sobretudo ao STJ dirimir as dúvidas quanto à correta aplicação da legislação federal. O tribunal foi palco, portanto, de uma disputa pelo sentido a ser atribuído à aplicação da norma e, nessa litigância estratégica pelo significado e conteúdo da

LIA, o Ministério Público tem se saído vitorioso na maior parte das vezes. No agregado, em 71% dos casos, o STJ decidiu em favor dos órgãos de controle a respeito de assuntos processuais e relativos à prescrição, contra apenas 29% de casos julgados a favor do réu sobre os mesmos temas.

Se analisados os casos por tema, a tendência de decisões mais favoráveis aos órgãos de controle é confirmada para a maioria deles. Assim, além de ter obtido sucesso na definição de teses importantes em temas como a aplicabilidade da LIA a agentes políticos e o foro por prerrogativa de função às ações de improbidade administrativa, como visto no capítulo anterior, o Ministério Público também foi capaz de disputar com sucesso o estabelecimento dos critérios para a decretação cautelar da indisponibilidade dos bens dos réus, para o recebimento da petição inicial e para a imposição de sanções, além dos parâmetros para a incidência da prescrição.

Gráfico 4 – Êxito nas questões formais e procedimentais em litígio (STJ)



Fonte: elaboração própria.

Resta claro, assim, que o Ministério Público, talvez até mesmo em razão do alinhamento dos seus interesses com aqueles próprios de parcela majoritária do Poder Judiciário, tem se saído bem como litigante estratégico no STJ, vencendo na maior parte das vezes em que disputa a interpretação da LIA em temas relativos a seus aspectos processuais e, ainda, quanto à prescrição. Para uma melhor compreensão do fenômeno, passa-se a uma breve descrição das indefinições dogmáticas suscitadas pelas partes interessadas e das teses jurídicas

que vêm sendo firmadas no STJ, bem como das suas implicações para os interesses dos agentes ou instituições envolvidos na aplicação da norma.

4.2 AS VANTAGENS NO AJUIZAMENTO E PROCESSAMENTO DAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A BUSCA POR MAIOR EFICIÊNCIA SANCIONATÓRIA

Dentre as teses firmadas pelo STJ, algumas delas implicam facilidades relevantes para o Ministério Público enquanto autor das ações de improbidade administrativa, sobretudo se comparado aos réus. O posicionamento adotado pelo STJ quanto a questões relativas à legitimidade ativa e passiva, à prescrição e a outras exigências formais em ações de improbidade terminam, assim, por facilitar a propositura e por aumentar a probabilidade de que essas ações tenham êxito, na busca por uma maior eficiência sancionatória.

Com relação aos agentes envolvidos na aplicação da LIA, as decisões analisadas apontam para uma interpretação bastante ampla quanto aos agentes que podem ser processados pela prática de improbidade administrativa. O entendimento jurisprudencial assentou que o conceito de agente público da norma abrange não apenas os servidores, mas todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública, o que pode incluir funcionários de sociedade de economia mista (STJ, REsp 1.138.523/DF, 2ª Turma, j. 23.02.2010) e, até mesmo, estagiário de banco público (STJ, REsp 1.352.035/RS, 2ª Turma, j. 18.08.2015).

Dentre os casos analisados, o único em que o tribunal deixou de aplicar a LIA por ilegitimidade passiva envolvia um médico que, em um hospital que atendia o SUS, atuou de forma privada, de modo que não atuava no exercício do *munus* público (STJ, REsp 1.414.669/SP, 1ª Turma, j. 20.02.2014). Também pode integrar o polo passivo da demanda o particular que induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma, direta ou indireta (STJ, REsp 952.351/RJ, 1ª Turma, j. 04.10.2012).

A esse respeito, todavia, é interessante notar que, em linha com a noção de que o Estado seria o “espaço natural dos vícios” (FILGUEIRAS E AVRITZER, 2013, p. 209), o entendimento do tribunal parece direcionar a incidência da LIA para que ela seja mais aguda sobre os agentes públicos do que sobre os particulares.

Com efeito, ao decidir sobre litisconsórcio passivo, o STJ decidiu que é inviável o manejo da ação civil de improbidade apenas contra o particular, sem a concomitante presença

de agente público no polo passivo da demanda (STJ, REsp 1.171.017/PA, 1ª Turma, j. 25.02.2014). Por outro lado, entendeu que inexistente litisconsórcio necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo (STJ, REsp 737.978/MG, 2ª Turma, j. 19.02.2009), de modo que podem ser processados os agentes públicos independentemente da inclusão de empresas e agentes privados beneficiários no polo passivo (STJ, REsp 896.044/PA, 2ª Turma, j. 16.09.2010).

Quanto aos atores legitimados para a propositura de ação de improbidade administrativa, a LIA restringiu-os ao Ministério Público e à pessoa jurídica de direito público eventualmente lesada pelo ato ímprobo.

As decisões analisadas caminham no sentido de garantir ampla legitimidade ativa ao Ministério Público para a propositura de ações de improbidade administrativa e se, inicialmente, se questionou a legitimidade do órgão para pleitear o ressarcimento de dano ao erário em favor da pessoa de direito público efetivamente lesada, o tribunal sistematicamente o autorizou a fazê-lo (STJ, REsp 952.351/RJ, 1ª Turma, j. 04.10.2012; STJ, REsp 1.069.723/SP, Corte Especial, j. 15.10.2008; STJ, REsp 895.530/PR, 1ª Turma, j. 18.11.2008; STJ, REsp 1.021.851/SP, 2ª Turma, j. 12.08.2008; STJ, REsp 1.003.179/RO, 1ª Turma, j. 05.08.2008).

O ajuizamento das ações de ressarcimento decorrente de improbidade administrativa foi autorizado ao Ministério Público até mesmo quando decorrentes de atos praticados antes da CF/88, por entender o tribunal que, à época, já estava em vigência a lei da ação civil pública (STJ, REsp 1.089.492/RO, 1ª Turma, j. 04.11.2010; STJ, REsp 1.113.294/MG, 1ª Turma, j. 09.03.2010).

A outra face da ampla legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura das demandas de improbidade é a falta de acesso de outros atores sociais relevantes ao manejo dessas ações. A limitação dos legitimados ativos para a propositura de ação de improbidade administrativa reforça a noção de que incumbe primordialmente ao Ministério Público a tutela da sociedade civil perante os desmandos de um estado patrimonialista. Cristaliza-se, assim, essa realidade, impedindo que outros atores sociais – como as associações civis, a Defensoria Pública e mesmo a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – participem do processo de construção de uma cidadania ativa.

Por se tratar de norma de natureza sancionatória, a medida se explica em um paralelo com o direito penal, âmbito no qual o Ministério Público é o legitimado ativo para a propositura de ações penais públicas. Todavia, tendo em vista que a norma também prevê o ressarcimento ao erário e tem natureza não penal, a extensão da legitimidade ativa aos agentes habilitados à propositura de ação civil pública também seria uma opção legislativa coerente.

Na prática, a restrição dos legitimados ativos à propositura das ações de improbidade administrativa termina por criar condições para que os órgãos de controle, sobretudo o Ministério Público, não sejam alvo desse tipo de ação, ainda que também exerçam função administrativa e, portanto, sejam passíveis de controle pela via da LIA.

Com efeito, são muito raras as ações propostas contra promotores e juízes. Na amostra coletada do STJ, apenas três ações foram propostas pelo MPF contra juízes do Tribunal Regional do Trabalho (STJ, Rcl. 4.927/DF, Corte Especial, j. 29.06.2011; REsp 1.089.492/RO, 1ª Turma, j. 04.11.2010; Pet. 2.588/RO, Corte Especial, j. 16.03.2005) e há um único caso de ação ajuizada contra membro do Ministério Público (STJ, REsp 1.191.613/MG, 1ª Turma, j. 19.03.2015). Ainda assim, a demanda foi proposta pelo MP/MG em face de um promotor de justiça substituto em fase de estágio probatório. Os integrantes do Ministério Público terminam, assim, por exercer com grande liberdade a legitimidade ativa para as ações de improbidade, sem precisar se preocupar com o risco de eventualmente se encontrarem no polo passivo da demanda.

Outra questão relevante diz respeito à prescrição. A esse respeito, o artigo 23 da LIA prevê o prazo de cinco anos para o ajuizamento da demanda de improbidade administrativa. A prescrição quinquenal estabelecida em lei foi, no entanto, alvo de diversos questionamentos quanto à sua aplicação nos casos concretos.

Em um dos primeiros casos decididos a esse respeito, o tribunal decidiu que, se o prazo para ajuizamento da demanda é de cinco anos, seria inviável a instauração de processo administrativo para investigar a ocorrência de ato de improbidade decorridos mais de cinco anos dos fatos investigados (STJ, RMS 20.544/MG, 2ª Turma, j. 21.02.2006). Essa posição, no entanto, parece ter sido revertida em favor de teses que tendem a repelir de maneira mais enfática a possibilidade de ocorrência de prescrição, intimamente relacionada à sensação de impunidade.

Nesse sentido, o STJ repetidamente decidiu que a prescrição atinge a punição contra os agentes públicos que deram causa aos ilícitos previstos na LIA, mas não atinge a pretensão de ressarcimento ao erário, uma vez que imprescritível (STJ, REsp 727.131/RS, 1ª Turma, j. 11.03.2008; STJ, REsp 1.069.723/SP, 2ª Turma, j. 19.02.2009; STJ, REsp 949.452/SP, 1ª Turma, j. 29.03.2009; STJ, REsp 1.107.833/SP, 2ª Turma, j. 08.09.2009; STJ, REsp 909.446/RN, 1ª Turma, j. 06.04.2010). Assim, mesmo que prescritas as demais sanções, é possível pleitear o ressarcimento ao erário pela via da ação de improbidade administrativa (STJ, REsp 1.067.561/AM, 2ª Turma, j. 05.02.2009; STJ, REsp 1.089.492/RO, 1ª Turma, j. 04.11.2010; STJ, REsp 1.376.524/RJ, 2ª Turma, j. 02.09.2014), cujo valor não fica,

necessariamente, limitado aos cinco anos anteriores à propositura da ação (STJ, REsp 1.249.019/GO, 2ª Turma, j. 15.03.2012). A questão da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas em ato de improbidade administrativa foi finalmente esclarecida pelo STF, ao decidir o RE 852.475 (plenário, j. 08.08.2018), sob regime de repercussão geral (tema 897).

O STJ também firmou entendimento no sentido de que a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação, de modo que a pretensão do autor não é prejudicada por eventual demora na citação dos réus por parte do Poder Judiciário (STJ, REsp 730.264/RS, 2ª Turma, j. 05.11.2008; STJ, REsp 1.376.524/RJ, 2ª Turma, j. 02.09.2014; STJ, REsp 1.391.212/PE, 2ª Turma, j. 02.09.2014).

Nos termos expressos da LIA, o prazo prescricional conta-se a partir do término do exercício funcional do agente ocupante de cargo em comissão e do término do mandato do agente público eleito. Embora a lei seja clara a esse respeito, ainda assim a questão foi levada pelos réus ao STJ, que reiterou seu entendimento a este respeito em três oportunidades (STJ, REsp 727.131/SP, 1ª Turma, j. 11.03.2008; REsp 1.376.524/RJ, 2ª Turma, j. 02.09.2014; REsp 1.391.212/PE, 2ª Turma, j. 02.09.2014).

Além disso, decidiu-se que, caso o agente público exerça, cumulativamente, cargo efetivo e cargo comissionado ao tempo do ato reputado ímprobo, prevalece o primeiro para fins de contagem prescricional, pelo fato de o vínculo entre agente e Administração Pública não cessar com a exoneração do cargo em comissão temporário (STJ, REsp 1.060.529/MG, 2ª Turma, j. 08.09.2009). Ademais, em caso de reeleição, ainda que praticado ato ímprobo no primeiro mandato, o prazo prescricional é computado a partir do fim do segundo período, pois a reeleição importa em fator de continuidade da gestão administrativa (STJ, REsp 1.107.833/SP, 2ª Turma, j. 08.09.2009).

Em um caso interessante, um prefeito reeleito sofreu uma descontinuidade entre os seus dois mandatos, pois o segundo pleito eleitoral foi anulado. Então, por determinação da Justiça Eleitoral, o presidente da Câmara dos Vereadores tomou posse, provisoriamente, do cargo de chefe do Poder Executivo Municipal. Convocadas novas eleições, o prefeito foi novamente eleito. E, acusado da prática de ato de improbidade administrativa em seu primeiro mandato, o STJ decidiu, ainda assim, computar a prescrição apenas após o término do segundo mandato (STJ, REsp 1.414.757/RN, 2ª Turma, j. 06.10.2015). A interrupção entre os dois mandatos não foi, assim, considerada para efeitos de contagem do prazo prescrição.

A decisão reforça a tendência da corte de firmar teses que evitem, nos casos concretos analisados, a ocorrência da prescrição, de modo a garantir a efetividade da LIA, com a punição dos agentes responsáveis por atos ímprobos e o ressarcimento do erário.

A propositura de ações de improbidade administrativa com chances de êxito também é facilitada, pelo STJ, ao decidir que o autor está dispensado de formular o pedido com referência expressa a um dos tipos de ilícitos previstos nos artigos 9, 10 e 11 da LIA.

Com efeito, a corte decidiu que a petição inicial que não aponta artigo aplicável da LIA (9, 10 ou 11) não é considerada inepta, desde que, dos fatos, decorra o pedido (STJ, REsp 794.155/SP, 2ª Turma, j. 22.08.2006). Ademais, o tribunal também firmou entendimento no sentido de que o magistrado não fica adstrito aos pedidos formulados pelo autor, podendo enquadrar a conduta analisada ao artigo da LIA que entender aplicável (STJ, REsp 1.412.214/PR, 1ª Turma, j. 08.03.2016), inclusive cominando sanções cuja aplicação não tenha sido expressamente formulada pelo autor (STJ, REsp 1.134.461/CE, 2ª Turma, j. 03.08.2006).

Tendo em vista que a LIA se situa em uma zona cinzenta entre os campos do direito processual penal e civil, uma das discussões que se levou ao STJ foi acerca da aplicação do princípio da tipicidade aos casos de improbidade. E, nesse sentido, as decisões do STJ tendem a aproximar o regime das improbidades administrativas do regime do direito civil. Tais decisões caminham no sentido de relaxar o nível das exigências formais para a propositura da demanda, o que milita em favor do autor, em geral o Ministério Público, e contra os agentes processados.

O Ministério Público também não está sujeito a pagar as verbas sucumbenciais, senão quando age com má-fé (STJ, REsp 403.599/PR, 2ª Turma, j. 03.04.2003). Cuida-se, é certo, de expressa disposição legal, a qual foi, não obstante, objeto de discussão processual. O fato de o Ministério Público não arcar com os ônus processuais em caso de sucumbência não pode ser estendido ao réu (STJ, REsp 895.530/PR, 1ª Turma, j. 18.11.2008), por se tratar de um duplo regime processual, que coloca as partes em posições distintas. Com isso, cria-se um sistema processual que, novamente, relaxa as exigências formais para a propositura de demandas ao deixar de impor qualquer barreira para o ajuizamento das ações de improbidade.

As teses firmadas pelo STJ nos casos analisados revelam a existência de uma série de mecanismos que facilitam o ajuizamento da demanda pelo Ministério Público, reduzindo as chances de que a demanda se frustre em razão de obstáculos formais, como a ilegitimidade de parte, a prescrição, a observância do princípio da tipicidade estrita ou a necessidade de pagamento de custas processuais pelo Ministério Público.

4.3 MECANISMOS DE PRESUNÇÃO QUE CONDUZEM À CULPABILIDADE DO RÉU

Como principal legitimado ativo a manejar ações de improbidade administrativa no país, o Ministério Público teve êxito em obter, junto ao STJ, uma série de provimentos judiciais fixando teses jurídicas que lhe garantiram vantagens para propor demandas com chance de êxito. Com isso, foram progressivamente reduzidos os espaços para que os réus pudessem questionar a própria legitimidade passiva, a legitimidade ativa do Ministério Público, a ocorrência de prescrição e a inépcia da petição inicial. Além disso, na qualidade de autor preferencial, o Ministério Público não corre o risco de ser condenado ao pagamento de verbas sucumbenciais em caso de improcedência da demanda; além disso, seus integrantes também não precisam se preocupar seriamente com o risco de se verem no polo passivo de uma ação de improbidade administrativa.

Essas vitórias obtidas pelo Ministério Público junto ao STJ, contudo, não se limitam a elementos que facilitam a propositura de demandas com chance de êxito, mas espriam-se para toda a condução do processo. De fato, a criação de uma série de mecanismos de presunção conduziu, progressivamente, a uma ampliação das chances de que as ações de improbidade administrativa sejam julgadas procedentes, no mérito.

4.3.1 INDISPONIBILIDADE DE BENS (QUASE) AUTOMÁTICA: A PRESUNÇÃO DE RISCO DE DANO AO ERÁRIO

Uma vez propostas, as ações de improbidade administrativa admitem a concessão de tutelas jurisdicionais preventivas, assim entendidas as providências jurisdicionais que se voltam a evitar que uma determinada ameaça se transforme em lesão de direito (BUENO, 2007, p. 270-274).

Com alguma frequência, quando envolvem agentes políticos no exercício do mandato, as ações trazem pedidos de afastamento do agente do seu cargo eletivo, com fundamento no parágrafo único do artigo 20 da LIA.¹⁷⁶ Cuida-se de tutela de urgência de natureza cautelar e provisória, com vistas a resguardar o resultado útil do processo ao prevenir prejuízos à instrução probatória (Ibidem, p. 276). Foi o que se verificou em quatro dos casos

¹⁷⁶ Lei nº 8.429/92, Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

analisados. O STJ, no entanto, autorizou a medida em apenas uma ocasião (STJ, AgRg na SL 1.500/MG, Corte Especial, j. 24.05.2012), por entender que a autoridade acusada de improbidade vinha praticando atos no sentido de embaraçar a instrução processual.

Nos três outros casos analisados, o tribunal recusou-se a autorizar a medida, consignando que, na ausência de prova incontroversa de que a autoridade situada no polo passivo da ação de improbidade administrativa estivesse praticando atos que poderiam embaraçar a instrução processual, não há que se falar em afastamento do cargo em pleno exercício do mandato (STJ, MC 3.181/GO, 1ª Turma, j. 21.11.2000; STJ, REsp 895.415/BA, 1ª Turma, j. 02.12.2008). Isso porque a norma legal, ao permitir o afastamento do agente político de suas funções, objetiva garantir o bom andamento da instrução processual na apuração das irregularidades apontadas, contudo não pode servir de instrumento para cassar o mandato outorgado pelo povo (STJ, AgRg na SL 9/PR, Corte Especial, j. 18.08.2004).

Como se vê, o STJ age de maneira bastante cuidadosa nos casos envolvendo o afastamento cautelar de representante em exercício de mandato, tendo em vista o impacto político da medida. O tribunal recusa-se, nesse sentido, a embarcar em uma disputa institucional explícita, evitando tensionar excessivamente o equilíbrio entre os Poderes constituídos.

A mesma moderação, no entanto, não se verifica no que diz respeito à medida liminar de indisponibilidade de bens, prevista no artigo 7º da LIA. Com efeito, nos casos em que o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, é possível que o Ministério Público requeira a indisponibilidade dos bens do indiciado, a qual recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Como esclarece Bueno (2012, p. 194), a medida tem a finalidade de criar condições jurisdicionais para que o ressarcimento do dano causado ao erário e o perdimento de bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente ímprobo sejam efetivamente realizados. Conforme se constatou, a medida é aplicada de forma vigorosa e enérgica, podendo ser deferida de modo quase automático atualmente.

As teses firmadas pelo STJ sobre o tema revelam uma tendência de que a medida liminar de indisponibilidade de bens seja aplicada de maneira bastante ampla e abrangente. Após esclarecer que a medida não tem função sancionatória, mas preventiva (STJ, REsp 139.187/DF, 1ª Turma, j. 24.02.2000), o STJ passou a delimitar a forma pela qual ela se opera. Nesse sentido, entende que ela pode ser requerida na própria ação, independentemente de ação cautelar autônoma (STJ, REsp 469.366/PR, 2ª Turma, j. 13.05.2003; STJ, REsp 439.918/SP, 1ª Turma, j. 03.11.2005), e pode ser deferida pelo juízo antes do recebimento da ação (STJ, AgRg

no REsp 1.317.653/SP, 2ª Turma, j. 07.03.2013) e sem oitiva da parte contrária (STJ, REsp 895.415/BA, 1ª Turma, j. 02.12.2008),¹⁷⁷ mesmo que por juízo absolutamente incompetente, no exercício do poder geral de cautela (STJ, REsp 1.038.199/ES, 2ª Turma, j. 07.05.2013).¹⁷⁸

Quanto à sua extensão, o tribunal assentou que a medida de indisponibilidade de bens limita-se aos bens necessários ao ressarcimento integral do dano, mas pode abarcar bens adquiridos antes do suposto ato de improbidade (STJ, REsp 439.918/SP, 1ª Turma, j. 03.11.2005) e até mesmo antes da vigência da LIA (STJ, AgRg no REsp 1.191.497/RS, 2ª Turma, j. 20.11.2012). O valor da indisponibilidade também pode abranger o valor da multa civil que poderia ser imputada ao agente em caso de condenação (STJ, REsp 957.766/PR, 1ª Turma, j. 09.03.2010), ainda que a conduta esteja subsumida ao artigo 11 da LIA – condutas que violam princípios da Administração Pública, mas não necessariamente causam dano ao erário ou enriquecimento ilícito (STJ, AgRg no REsp 1.299.936/RJ, 2ª Turma, j. 18.04.2013). Tais valores podem chegar a cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente à época dos fatos, nos termos da LIA.

No mais, o STJ também entendeu ser possível que o MP requeira o bloqueio de bens em valor superior ao indicado na petição inicial da ação de improbidade, caso repute necessário adequar o montante indicado para garantia do juízo, de modo a assegurar a almejada reposição do suposto prejuízo causado ao erário (STJ, REsp 1.176.440/RO, 1ª Turma, j. 17.09.2013).

O único caso em que se verificou uma restrição quanto à abrangência da medida liminar de indisponibilidade de bens foi o REsp 1.164.037/RS (STJ, 1ª Turma, j. 20.02.2014), no qual o tribunal decidiu ser impossível que a medida recaísse sobre verbas originárias de rescisão de contrato de trabalho, absolutamente impenhoráveis.

Todavia, foi ao interpretar os requisitos para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens que o STJ ampliou, ao longo dos anos, sua incidência, facilitando a obtenção do provimento pelo Ministério Público e tornando quase impossível que os demandados em ações de improbidade administrativa não tenham seu patrimônio bloqueado no momento em que a demanda é ajuizada.

¹⁷⁷ “É possível a concessão de liminar *inaudita altera pars* em AIA para decretar a indisponibilidade, o sequestro de bens e o afastamento *in limine* do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, porquanto medidas assecuratórias do resultado útil da tutela jurisdicional” (STJ, REsp 895.415/BA, 1ª Turma, j. 02.12.2008).

¹⁷⁸ “A incompetência absoluta do juízo, em regra, implica a nulidade dos atos decisórios por ele praticados, mas não inibe o magistrado de, exercendo o poder de cautela, conceder ou manter, em caráter precário, medida de urgência, para prevenir perecimento de direito ou lesão grave e de difícil reparação, até ulterior manifestação do juízo competente” (STJ, REsp 1.038.199/ES, 2ª Turma, j. 07.05.2013).

Inicialmente o tribunal entendia que a medida de indisponibilidade, por se tratar de modalidade de medida cautelar provisória, atinente ao poder geral de cautela do juiz, nos termos do artigo 798 do CPC/1973, exigia a demonstração dos requisitos de probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) (STJ, REsp 469.366/PR, 2ª Turma, j. 13.05.2003; STJ, REsp 821.720/DF, 2ª Turma, j. 23.10.2007).¹⁷⁹

Em um dos processos analisados, no entanto, o tribunal decidiu que o risco de dano jurídico irreversível decorre da própria gravidade dos fatos descritos na petição inicial (STJ, REsp 439.918/SP, 1ª Turma, j. 03.11.2005). Mais tarde, decidiu que a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*) seria dispensável, por ser presumido pela norma, bastando ao demandante deixar evidenciada a relevância do direito (*fumus boni iuris*) relativamente à configuração do ato de improbidade e à sua autoria (STJ, AgRg no AREsp 188.986/MG, 1ª Turma, j. 28.08.2012; STJ, AgRg no REsp 1.229.942/MT, 2ª Turma, j. 06.12.2012), bem como de indícios de que tenha havido prejuízo aos cofres públicos (STJ, REsp 731.084/PR, 2ª Turma, j. 02.02.2006; STJ, REsp 821.720/DF, 2ª Turma, j. 23.10.2007).

A presunção passou, então, a vigorar, ante o entendimento de que “o *periculum in mora* (...) milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, estando esse requisito implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei nº 8.429/92” (STJ, AgRg no REsp 1.317.653/SP, 2ª Turma, j. 07.03.2013). O tribunal identifica, assim, os interesses do autor ministerial com o interesse público, explicitando sua compreensão do Ministério Público como o agente tutelar dos interesses de uma sociedade hipossuficiente, e presume que o agente público acusado de improbidade administrativa, pelo simples fato de o ser, oferece risco de causar dano patrimonial ao erário.

Essa tese foi, finalmente, assentada em um recurso repetitivo julgado em 26 de fevereiro de 2014 pela 1ª Seção do STJ (REsp 1.366.721/BA). Entendeu o tribunal que *periculum in mora* estaria implícito no próprio comando do artigo 7º da LIA,¹⁸⁰ o qual atende à determinação contida no art. 37, § 4º, da Constituição da República.¹⁸¹ Assim, a decretação

¹⁷⁹ CPC/1973, Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

¹⁸⁰ Lei nº 8.429/92 – Art. 7º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

¹⁸¹ CF/88, Art. 37, § 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”.

de indisponibilidade dos bens não estaria condicionada à comprovação de que os réus estejam dilapidando o seu patrimônio ou de que estejam na iminência de fazê-lo.

Do ponto de vista prático, o tribunal justificou o seu entendimento sustentando que a medida de indisponibilidade de bens visa, justamente, evitar que ocorra dilapidação patrimonial, de modo que não seria razoável aguardar atos concretos direcionados à dissipação ou à diminuição do patrimônio do réu, sob pena de tornar menos efetiva e, eventualmente, até mesmo inócua a medida. Já do ponto de vista teórico, a tese assenta-se na ideia de que a indisponibilidade de bens prevista na LIA seria modalidade de tutela de evidência e não de tutela de urgência.

Com efeito, nos termos do atual Código de Processo Civil, a tutela provisória, deferida pelo juiz em cognição sumária, pode ter natureza de urgência ou de evidência (artigo 294). A tutela de urgência é “concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300). A tutela de urgência decorre, portanto, de um juízo de plausibilidade do direito alegado na inicial, conjugado com o risco de que as circunstâncias concretas ameacem tal direito de maneira grave e irreversível.

Já a tutela de evidência é concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, em algumas hipóteses específicas: quando houver abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, e quando a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (art. 311). Como se vê, a tutela de evidência tem lugar nos casos em que a relação jurídica material é demonstrada sem que sobre ela parem dúvidas.

Ao tomar a medida de indisponibilidade de bens como uma modalidade de tutela de evidência, o STJ dispensa o autor de apresentar indícios que subsidiem, de maneira objetiva e concreta, o seu fundado temor de que o réu desvie, danifique ou oculte seus bens e, assim, crie o perigo de dano ao erário. Basta o ajuizamento da demanda e a alegação de prática de ato de improbidade administrativa apta a causar dano ao erário para o deferimento da medida de indisponibilidade de bens. Em um caso envolvendo licitação ou contratos públicos, por exemplo, tais valores podem ser consideravelmente elevados e, incluindo multa e juros, vir a

alcançar todo o patrimônio do réu e mantê-lo indisponível ao longo de vários anos, enquanto tramita a ação de improbidade administrativa.¹⁸²

Na fase inicial da demanda, a efetiva ocorrência de dano ao erário e a sua extensão ainda não foram provados; são questões que deverão ser submetidas à dilação probatória e ao contraditório judicial. Nesse sentido, o entendimento do STJ acerca da indisponibilidade de bens decorre da presunção de responsabilidade do acusado por um dano hipotético.

A decisão a esse respeito, ressalte-se, não foi unânime. Três ministros divergiram, posicionando-se no sentido de que:

“o deferimento da indisponibilidade de bens do indiciado (art. 7º da LIA), antes de concluído o processo de apuração do ilícito, não deve ser praticado à mão larga, sob o impacto do pedido do Ministério Público ou da Entidade Pública que alegadamente tenha sofrido a lesão ou dano – ainda que de monta – ou sob a pressão da mídia, para aplacar a sede de vingança ou de resposta que a sociedade justamente exige, mas há de se pautar na verificação criteriosa da sua necessidade; essa necessidade se demonstra, por exemplo, com a comprovação de que o indiciado se apressa a alienar (ou a simular alienar) o seu patrimônio ou parte dele, a onerar-se (ou a simular onerar-se) com dívidas súbitas ou extraordinárias, a transferir (ou tentar transferir) a titularidade ou o domínio de bens, além de outras iniciativas que denotem a intenção de desfazer-se de patrimônios ou frustrar ulteriores ressarcimentos de prejuízos” (STJ, REsp 1.366.721/BA, STJ, 1ª Seção, j. 26.02.2014, p. 10-11).

Nos termos do voto vencido, a tutela de evidência

“somente ocorre quando a relação jurídica material se mostra desenturvada de dúvidas, isto é, na esmerada posição de incontestabilidade jurídica (...). O pedido cautelar lastreia-se em juízo de plausibilidade, e não de evidência, mormente quando a constrição abarca a totalidade dos bens do acionado e ainda pendente a demonstração da ocorrência do alegado dano e a sua extensão.

(...)

Cuida-se, na verdade, de medida acautelatória e provisória, fundamentada no *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e não em provas incontestáveis. (...) admitir a presunção do *periculum in mora* consistiria em uma inversão degenerada do ônus probatório, pois ao se presumir o perigo da demora acaba-se por exigir que o acusado produza prova negativa – de que não irá alienar, dilapidar ou onerar seu patrimônio de forma a reduzir-se à insolvência. O perigo da demora não pode ter como fundamento a gravidade do fato alegado na inicial de Improbidade (que sequer restou comprovado), havendo com essa interpretação uma distorção do instituto.

(...)

No caso da Ação de Improbidade não há como se afirmar que a medida de indisponibilidade dos bens seja uma tutela de evidência, pois, além de não ser medida de caráter definitivo, não se admite a existência de prova documental incontestável a respeito do ato de improbidade, uma vez que, tratando-se de Direito Sancionador,

¹⁸² Segundo pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) com base Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade – CNCIAI, do CNJ, essas demandas levam pouco mais de seis anos, em média, para transitarem em julgado. A pesquisa foi divulgada pelo Instituto Não Aceito Corrupção – INAC e está disponível em <<http://naoaceitocorruptao.org.br/2017/radiografia/radiografia/destaques/>>. Acesso em 12 de dezembro de 2019. Também a este respeito, como já se adiantou, Barbão e Oliveira (2018, p. 27-28) apontam que as ações de improbidade administrativa tramitam mais devagar do que a média dos processos em geral, apresentando alta taxa de congestionamento.

imprescindível a investigação probatória, de modo que a responsabilidade do acusado não pode ser presumida: pelo contrário, o que se presume é a sua inocência” (Ibidem, p. 8, 22, 23).

Em que pese o entendimento minoritário, o *periculum in mora* passou a ser presumido nos casos de improbidade administrativa para fins de deferimento da medida liminar de indisponibilidade de bens, pois a tese foi firmada pelo STJ em sede de recursos repetitivos, aplicando-se o entendimento para os tribunais de todo o país.

Basta, portanto, que o magistrado se convença de que o acusado pode ter praticado ato ímprobo potencialmente lesivo ao erário para que a medida de indisponibilidade de bens seja aplicada, com impacto considerável na vida prática dos agentes públicos e políticos incluídos no polo passivo das demandas, ao impedir a livre disposição de grande parte, senão da integralidade, do seu patrimônio por muitos anos. Presumindo a responsabilidade do demandado por um dano ainda não comprovado, o magistrado impõe ao agente público incluído no polo passivo das ações de improbidade administrativa uma espécie de asfixia financeira preventiva, em nome de um bem maior: a proteção do patrimônio público.

4.3.2 IN DUBIO PRO SOCIETATE: O PROCESSAMENTO DAS DEMANDAS DE IMPROBIDADE COMO SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

A LIA prevê um procedimento específico, típico das ações sancionatórias, que estabelece a apresentação de uma defesa prévia pelo réu a fim de que o juízo decida, inicialmente, sobre a presença de justa causa para o processamento da ação, recebendo-a ou, ao contrário, rejeitando-a de pronto. Assim, nos termos da LIA (art. 17, §§ 6º a 8º), a demanda deve ser proposta com documentos e justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato ímprobo; o demandado, então, é notificado para responder em 15 dias apresentando documentos e justificações, após o que caberá ao juízo receber a petição inicial ou rejeitar a ação – se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Os critérios para o recebimento da petição inicial, no entanto, foram diversas vezes questionados perante o STJ. A esse respeito, a questão que se coloca diz respeito a definir a exata extensão do critério de “suficiência” dos indícios de existência de ato ímprobo aptos a autorizar o prosseguimento da demanda.

Em apenas um dos casos analisados, o tribunal consignou a necessidade de que a inicial trouxesse elementos sólidos que permitissem constatar a tipicidade da conduta e a

viabilidade da acusação (STJ, REsp 952.351/RJ, 1ª Turma, j. 04.10.2012). Ainda, em dois dos casos analisados, o STJ remeteu o processo de volta à de origem, a fim de que as razões para o recebimento da petição inicial fossem explicitadas pelo julgador (REsp 1.073.233/MG, STJ, 1ª Turma, 18.06.2009; REsp 952.351/RS, 1ª Turma, j. 04.10.2012). Os demais, no entanto, apontam para uma tendência no sentido de ampliar o recebimento das ações em função da aplicação do princípio *in dubio pro societate*.

Assim, se inicialmente o STJ limitou-se a registrar que é inviável a apreciação de argumentos de mérito na fase de defesa prévia (STJ, REsp 1.008.568/PR, 2ª Turma, j. 23.06.2009), na sequência passou a decidir que, por se tratar de juízo preliminar com vistas a evitar o processamento de demandas inequivocamente temerárias, a petição inicial deve ser recebida sempre que a pretensão autoral não for manifestamente infundada, para privilegiar a instrução probatória (STJ, REsp 1.116.964/BA, 2ª Turma, j. 15.03.2011). Finalmente, decidiu que, existindo meros indícios de cometimento de atos de improbidade administrativa, a petição inicial deve ser recebida, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público (STJ, AgRg no RESP 1.317.127/ES, 2ª Turma, j. 07.03.2013; STJ, REsp 1.192.758/MG, STJ, 1ª Turma, j. 15.10.2014).

Nota-se, assim, uma sutil progressão na linguagem empregada pelo tribunal, que parece indicar a passagem de uma visão mais vinculada às garantias processuais do réu a uma visão mais protetiva da moralidade e do erário. O recebimento da inicial, que era explicado a partir da impossibilidade de analisar o mérito desde logo, passa, na sequência, a ser objeto de uma colocação mais neutra: se a pretensão do autor não é totalmente infundada, justifica-se uma análise mais aprofundada. E, por fim, as decisões passam a empregar uma linguagem mais assertiva no sentido de que, mesmo os mais leves indícios de improbidade impõem o recebimento da petição inicial.

Veja-se o AgRg no REsp 1.317.127/ES (STJ, 2ª Turma, j. 07.03.2013), por exemplo, já tratado brevemente no Capítulo 2. No caso, discutia-se a contratação de empresa para a realização de propaganda informativa em um município, na qual foi veiculado o nome do prefeito. O tribunal de origem deixou de receber a petição inicial, pois entendeu que a contratação se deu de forma regular, sem que houvesse indício de fraude, e que o intuito da propaganda era estimular o pagamento de IPTU pelos munícipes e não realizar propaganda pessoal.

O caso, no entanto, foi levado ao STJ, que reverteu a decisão e determinou o recebimento da inicial, por entender que a promoção pessoal em informes publicitários oficiais é, em abstrato, conduta passível de ser enquadrada como improbidade, de modo que não há que

se falar em ausência de justa causa para a propositura e o prosseguimento da demanda. Assim, com vistas a garantir um “maior resguardo do interesse público” (Ibidem, p. 1), em obediência ao princípio *in dubio pro societate*, determinou o recebimento da inicial e o prosseguimento da demanda.

No REsp 1.116.964/BA (STJ, 2ª Turma, j. 15.03.2011) e no REsp 799.511/SE (STJ, 1ª Turma, j. 09.09.2008), por sua vez, os tribunais de origem também rejeitaram as petições iniciais de duas ações de improbidade administrativa por entenderem que não havia indícios ou evidência de dolo a justificar o prosseguimento das demandas. Ambas as decisões, no entanto, foram reformadas pelo STJ, que entendeu que o dolo deve ser apurado em instrução probatória, em função do princípio *in dubio pro societate*.

O princípio, fruto de construção doutrinária e não previsto explicitamente no ordenamento jurídico, vem sendo aplicado sistematicamente pelo STJ no momento processual de recebimento da petição inicial. Para Garcia e Pacheco Alves (2014, p. 997), a aplicação do princípio *in dubio pro societate* nessa fase inicial decorreria diretamente da LIA. Na sua leitura da norma, “meros indícios” da prática de ato de improbidade administrativa seriam suficientes para decretar a continuidade da demanda. O critério de “suficiência” por eles defendido, portanto, é pouco exigente.

Esse posicionamento, no entanto, é contraposto por autores que defendem um critério de “suficiência” mais robusto. É o caso de Cassio Scarpinella Bueno (2001, p. 145), para quem a petição inicial nas ações de improbidade deve ser mais substancial do que em outras ações nas quais não existe a fase preliminar de admissibilidade. Também Fabio Medina Osório (2017) vem defendendo que o recebimento da inicial não deve ser admitido pelo Judiciário se ela estiver baseada em leves indícios, já que depende de elementos concretos aptos a desencadear um juízo de verossimilhança em relação à pretensão punitiva estatal, sobretudo tendo em vista que o processo em si mesmo acarreta elevados custos reputacionais ao acusado e ônus aos contribuintes. Para o autor, a aplicação do princípio *in dubio pro societate* na fase de recebimento de uma ação civil pública de improbidade deve ser repensado, mormente diante dos poderes investigatórios cada vez mais amplos dos órgãos de controle.

O que se observa, na prática, é que a aplicação da máxima *in dubio pro societate* às improbidades administrativas viabiliza a presunção de que o recebimento da petição inicial – e a conseqüente continuidade do processamento, com dilação probatória, de cada caso concreto levado ao conhecimento do Poder Judiciário – é a única medida passível de, efetivamente, satisfazer o interesse público.

É curioso, no entanto, que não foram identificados, em nenhum dos julgados analisados, argumentos relativos ao alívio que a abreviação de processos sancionatórios – que posteriormente podem se revelar desnecessariamente longos – poderia trazer para um sistema de justiça altamente sobrecarregado.

Apenas no REsp 952.351/RJ (STJ, 1ª Turma, j. 04.10.2012) foram mobilizados argumentos no sentido de que é de interesse público impedir que demandas sancionatórias gravosas prossigam em face dos cidadãos sem que estejam lastreadas em documentos e justificação suficientes para concluir, ao menos, pela ocorrência do ato ímprobo e da sua autoria:

“Não se há de perder de vista que em todos os ramos do Direito Sancionador devem ser sempre respeitadas as garantias que cercam o exercício do *jus puniendi* estatal (...).

As ações sancionatórias, como no caso, exigem, além das condições genéricas da ação (legitimidade das partes, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido), a presença da justa causa, consubstanciada em elementos sólidos, que permitem a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação.

(...)

Essa exigência (da justa causa) e esse cortejo de efeitos também se fazem presentes na análise da inicial da ação por ato de improbidade administrativa (e de todas as ações sancionadoras), que deverá trazer no seu contexto a demonstração da seriedade e da consistência da promoção, mostrando - não apenas com esforço narrativo, mas com elementos materiais seguros e confiáveis - a materialidade do ilícito que se aponta e indicando, também com dados suficientes, seguros e sérios, quem seja o seu praticante” (STJ, REsp 952.351/RJ, *Ibidem*, p. 7, 10, 11).

A esse respeito, importa lembrar que o recebimento da petição inicial em uma ação de improbidade administrativa imporá grandes custos ao réu, que provavelmente teve os seus bens atingidos por uma medida liminar de indisponibilidade de bens, como já mencionado anteriormente, e terá de arcar com honorários advocatícios ao longo de anos, bem como com eventuais despesas para a produção de provas, sem contar o impacto político suportado por demandados que porventura ocupem cargos eletivos.

Tal situação parece apontar para a prevalência de uma visão segundo a qual o interesse da sociedade materializa-se com a continuidade dos processos e com a eliminação de absolutamente qualquer dúvida que possa eventualmente pairar sobre a moralidade administrativa do Estado brasileiro e sobre a capacidade das instituições de justiça de punir e de extirpar da vida pública os sujeitos ímprobos.

Nesse sentido, o processamento das ações de improbidade administrativa e, ao final, as condenações, são tomadas como parâmetro de sucesso da atuação das instituições de justiça no seu papel moralizador do Estado. Com isso, todos os demais desfechos, como a rejeição de uma petição inicial (ainda que mal instruída ou sem indicações claras acerca da alegada má-fé

do agente) passam a ser percebidos como decisões que impedem o sistema de justiça de atingir a sua finalidade precípua, desconsiderando que, porventura, aquela decisão pudesse efetivamente ser a mais acertada naquelas circunstâncias concretas e específicas.

Se, por um lado, o recebimento das petições iniciais em ações de improbidade administrativa é impulsionado pelo princípio *in dubio pro societate*, por outro lado, o descumprimento do procedimento preliminar previsto na LIA em desfavor do réu não necessariamente acarreta a nulidade da ação.

Com efeito, em alguns dos casos analisados, o juízo de origem ignorou a existência do rito especial: uma vez proposta a ação pelo Ministério Público, o demandado foi notificado, ofereceu defesa prévia e, sem que houvesse decisão sobre a existência de justa causa a autorizar o prosseguimento do feito e, ainda, sem que houvesse a apresentação de contestação com as teses defensivas de mérito, o magistrado determinou, desde logo, a produção de prova ou, ainda, proferiu decisão de mérito, sentenciando o caso. Nesses casos, o STJ entendeu que o desrespeito ao rito processual não acarreta nulidade, a menos que o tribunal identifique, no caso concreto, que do descumprimento originou-se algum tipo de prejuízo à defesa do réu (princípio *pas de nullité sans grief*).

Assim, decidiu o STJ que a ausência de apresentação de defesa prévia não é causa de nulidade e nem ofende o contraditório e a ampla defesa se o réu, citado, apresentar contestação (STJ, REsp 944.555/SC, 2ª Turma, j. 25.11.2008) ou, ainda que não o faça, tiver oportunidade de se defender (STJ, REsp 1.034.511/CE, 2ª Turma, j. 01.09.2009; STJ REsp 1.134.461/CE, 2ª Turma, j. 03.08.2006; STJ, ED no REsp 1.194.009/SP, 1ª Turma, j. 17.05.2012). Pelo mesmo motivo, decidiu que a remessa dos autos ao Ministério Público para manifestação após a apresentação de defesa prévia – em uma espécie de réplica não prevista em lei – não acarreta nulidade do processo ou violação ao devido processo legal, na medida em que não causa efetivo prejuízo à parte (STJ, AgRg no REsp 1.269.400/SE, 2ª Turma, j. 23.10.2012).

Nessas circunstâncias, o rito específico dotado de fase preliminar de cognição sumária – que tinha o objetivo de evitar o processamento de demandas temerárias e impedir o exercício abusivo do direito de acionar com graves consequências de ordem moral e jurídica – tem sido tratado, de maneira geral, como mero obstáculo burocrático a impedir que as ações de improbidade administrativa resolvam-se de maneira mais célere.

4.3.3 CRITÉRIOS POUCO CLAROS DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA E O DOLO PRESUMIDO

As decisões analisadas evidenciam que o ato de improbidade administrativa é com muita frequência vinculado à noção de imoralidade.¹⁸³ É, também, associado às noções de ilegalidade,¹⁸⁴ corrupção,¹⁸⁵ desonestidade¹⁸⁶ e falta de integridade.¹⁸⁷ Em diversas decisões analisadas, a improbidade foi definida como a ilegalidade qualificada pelo intuito de malsão do agente, que atua sob impulsos de desonestidade, malícia ou dolo.¹⁸⁸ Assim, de maneira geral, o tribunal vem reconhecendo como ímprobos as condutas eivadas de má-fé:

“O vocábulo latino *improbitate* tem o significado de ‘desonestidade’ e a expressão ‘*improbis administrator*’ quer dizer ‘administrador desonesto ou de má-fé’. (...) Portanto, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública (...)” (STJ, REsp 875.163/RS, 1ª Turma, j. 19.05.2009, p. 17).

A distinção entre a ilegalidade e o ato ímprobo, eivado de má-fé, é tratada pelos ministros do STJ como a maneira de se evitar que as sanções de improbidade sejam impostas de maneira objetiva, o que não seria admissível no direito sancionador (STJ, REsp 1.412.214/PR, 1ª Turma, j. 08.03.2016).

Com efeito, diante do caráter sancionador da LIA, a doutrina em geral vem admitindo, nesse campo, a aplicação de um princípio norteador do Direito Penal, o princípio da culpabilidade, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da sua atuação com dolo ou culpa, sendo impossível a responsabilização objetiva do agente público (NEISSER, 2018, p. 71; CARVALHO FILHO, 2018, p. 1.157; JUSTEN FILHO, 2016, p. 948-949; DI PIETRO, 2017, p. 1.023- 1.024). Não bastaria, assim, a existência do nexos causal entre o ato e o resultado delitivo, sendo fundamental o exame da subjetividade do agente e a demonstração de um

¹⁸³ Ver, no STJ: REsp 1.177.910/SE, 1ª Seção, j. 26.08.2015; REsp 1.414.757/RN, 2ª Turma, j. 06.10.2015; REsp 1.129.277/RS, 2ª Turma, j. 04.05.2010; REsp 915.322/MG, 2ª Turma, j. 23.09.2008; AgRg no REsp 681.571/GO, 2ª Turma, j. 06.06.2006; REsp 403.599/PR, 2ª Turma, j. 03.04.2003.

¹⁸⁴ STJ, REsp 1.414.757/RN, 2ª Turma, j. 06.10.2015.

¹⁸⁵ Ver, no STJ: REsp 1.177.910/SE, 1ª Seção, j. 26.08.2015; AgRg no AREsp 73.968/SP, 1ª Turma, j. 02.10.2012; REsp 469.366/PR, 2ª Turma, j. 13.05.2003.

¹⁸⁶ Ver, no STJ: AgRg no AREsp 73.968/SP, 1ª Turma, j. 02.10.2012; REsp 1.129.277/RS, 2ª Turma, j. 04.05.2010; REsp 875.163/RS, 1ª Turma, j. 19.05.2009; REsp 939.142/RJ, 1ª Turma, j. 21.08.2007; REsp 778.204/SP, 1ª Turma, j. 19.09.2006.

¹⁸⁷ Ver, no STJ: REsp 875.163/RS, 1ª Turma, j. 19.05.2012; REsp 778.204/SP, 1ª Turma, j. 19.09.2006.

¹⁸⁸ Nesse sentido, ver, no STJ: REsp 1.412.214/PR, 1ª Turma, j. 08.03.2016; REsp 1.193.248/MG, 1ª Turma, j. 24.04.2014; REsp 1.414.669/SP, 1ª Turma, j. 20.02.2014; REsp 799.511/SE, 1ª Turma, j. 09.09.2008; REsp 939.142/RJ, 1ª Turma, j. 21.08.2007.

vínculo subjetivo que o una à conduta e, esta, ao resultado, para demonstrar o menosprezo pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição do demandado (GARCIA; ALVES, 2014, p. 432).

A questão do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa foi alvo de debate em diversas das decisões analisadas. A principal discussão levada ao STJ dizia respeito à necessidade, ou não, de demonstrar a ocorrência de dolo ou má-fé por parte do agente para que se configure ato de improbidade administrativa que viole os princípios que regem a Administração Pública, nos moldes do artigo 11 da LIA. Isso porque o referido artigo é omissivo quanto ao elemento subjetivo, enquanto o artigo 10 expressamente prevê que os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário abarcam todas as ações ou omissões dolosas ou culposas.

Das 17 decisões analisadas em que se sustentou ter ocorrido violação dos princípios que regem a Administração Pública, em 15 o tribunal mencionou, ainda que superficialmente, a presença de dolo ou má-fé por parte do réu.¹⁸⁹ Chamam a atenção dois casos em que a condenação do réu pelo artigo 11 da LIA deu-se sem que o tribunal se preocupasse com o elemento subjetivo: no AgRg no REsp 681.571 (STJ, 2ª Turma, j. 06.06.2006), a questão não foi sequer suscitada; já no REsp 772.241 (STJ, 1ª Turma, j. 15.04.2008), o voto vencedor ignorou por completo a presença ou ausência de dolo do agente, tema invocado apenas no voto vencido e acerca do qual não houve debate ou discussão entre os ministros. De todo modo, de maneira geral, o STJ vem endossando a noção de que o regime de responsabilidade previsto na LIA não é objetivo, dependendo da identificação de um elemento subjetivo.

Todavia, como já tivemos oportunidade de apontar (FERREIRA, 2019, p. 7), a doutrina administrativista no Brasil, em geral, não se aprofunda no estudo dos elementos constitutivos do elemento subjetivo da improbidade administrativa, limitando-se a afirmar que ela pode ser entendida como a ilegalidade qualificada pela má-fé do agente, sendo imprescindível que se perquiria pela sua intenção (GIACOMUZZI, 2013, p. 269). A dificuldade que se coloca é como individualizar o elemento subjetivo na análise de um caso concreto.

Os casos analisados revelam que, ao longo do tempo, a controvérsia acerca do elemento subjetivo exigido para a configuração de ato de improbidade administrativa previsto

¹⁸⁹ Ressalte-se que no REsp 593.522, o STJ afirma que o tribunal de origem assentou a existência de dolo, o que não poderia ser revisto sem ofensa à Súmula 7. No REsp 703.953 (STJ, 1ª Turma, j. 16.10.2007), um dos ministros menciona o dolo como requisito para configuração de improbidade, mas a questão não é o foco do debate. Ademais, no REsp 884.083 (STJ, 1ª Turma, j. 18.10.2007), o STJ entende que o tribunal de origem sustentou a existência de dolo com base direta em dispositivo constitucional, de modo que seria impossível ao tribunal revisar a matéria, mormente sem que tenha sido manejado RE.

no artigo 11 da LIA dividiu a primeira e a segunda turmas do STJ. A Primeira Turma manifestou, majoritariamente, o entendimento de que o silêncio da lei afasta as condutas culposas dos atos de improbidade sancionados pelo artigo 11 da Lei nº 8.429/92, por entender que a técnica de elaboração da lei de improbidade assemelha-se à técnica penal, na qual, com exceção dos casos expressos na legislação, a punição é reservada aos crimes praticados dolosamente.¹⁹⁰

No REsp 467.004 (STJ, 1ª Turma, j. 10.06.2003), apenas o voto vencido ignorava a questão do dolo, enquanto a maioria decidiu em favor do acusado por entender necessária, e ausente no caso, a comprovação de atuação dolosa. Mais tarde, no REsp 939.142 (STJ, 1ª Turma, j. 21.08.2007), integrantes da Primeira Turma do STJ chegaram a sustentar ser desnecessário comprovar dolo, mas o posicionamento restou vencido. O voto vencedor associa a improbidade administrativa às noções de desonestidade e de má-fé do agente público e afirma ser necessária cautela na interpretação do art. 11 da LIA, cuja amplitude constitui risco para que o intérprete trate por ímprobos condutas meramente irregulares. Ademais, em razão da severidade das sanções cominadas pela LIA, os ministros entenderam ser necessária a demonstração de dolo ou culpa, sob pena de consagrar a responsabilidade objetiva em matéria de improbidade.

Já ao decidir o REsp 727.131/SP (STJ, 1ª Turma, j. 11.03.2008), a Primeira Turma afirmou que o elemento subjetivo seria “imperioso” para que pudesse ser reconhecida a prática de ato de improbidade administrativa. Esse entendimento passou, então, a ser reiterado, como se vê da decisão unânime do REsp 875.163/RS (STJ, 1ª Turma, j. 19.05.2009, p. 16):

“A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa. Assim, é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar o ato de improbidade administrativa, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, especificamente por lesão aos princípios da Administração Pública, que admite manifesta amplitude em sua aplicação. Por outro lado, é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA).

¹⁹⁰ Nesse sentido, veja-se o REsp 604.151/RS (STJ, 1ª Turma, j. 25.4.2006, p. 1), de cuja ementa consta que “tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa”. Da mesma forma, no REsp 734.984/SP (STJ, 1ª Turma, j. 18.12.2007, p. 1), restou consignado que “o ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa”.

No exame do caso concreto, (...) a desídia e a negligência, expressamente reconhecidas no julgado impugnado, não configuram dolo, tampouco dolo eventual, mas indiscutivelmente modalidade de culpa”.

Por sua vez, a Segunda Turma entendia que o artigo 11 da LIA elencava infrações em relação às quais seria desnecessário examinar se o gestor público se comportou com dolo ou culpa, bastando a mera conduta, pois a ofensa ao princípio da moralidade administrativa seria evidente no confronto entre a conduta e a previsão jurídica.¹⁹¹ No REsp 915.322/MG (STJ, 2ª Turma, j. 23.09.2008, p. 21-22), a Segunda Turma decidiu, expressamente, que a violação a princípios independe de dolo:

“O Prefeito, na hipótese dos autos, confirmou que contratou a servidora burlando o concurso público (fl. 148). Isso é fato confessado e incontroverso.

Ora, a Constituição Federal, em seu art. 37, II, prevê que ‘a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso de provas ou de provas e títulos’.

Ressalto que contratação ocorreu em 1990 e a demissão em 1998 (fl. 2). Ou seja, somente após 10 anos de vigência da atual Constituição é que se afastou a servidora irregularmente admitida.

Pergunto: como pode um Prefeito contratar alguém sem concurso público (fato incontroverso e confessado), sem que haja dolo ou, no mínimo, culpa? Qual a hipótese em que o mandatário máximo de uma cidade possa afirmar que contratou alguém, sem concurso, “sem saber” ou “sem querer”?

Afirmo, sem medo de erro: não existe essa possibilidade. E se é assim, aplica-se a regra tradicional de direito de que os fatos notórios ou evidentes dispensam a exigência de prova.

É do senso comum que o Prefeito deve zelar pela moralidade, pela impessoalidade e pela legalidade da administração pública. Haverá no mínimo negligência culposa no ato de contratação de alguém sem concurso público.

Por isso que, nos casos listados pelo art. 11 da Lei nº 8.429/1992, em especial na burla ao concurso público, a ‘comprovação de dolo ou culpa’ é, como regra, dispensada. Dito de outra forma, a ‘existência de dolo ou culpa’ é evidente, o que afasta a necessidade de sua comprovação”

(...)

“[a] realização do tipo exige *ex professo* a culpabilidade. Dito de outro modo, violar princípio é agir ilicitamente. O elemento da culpabilidade, essa sim externa ao tipo, entraria na aplicação da pena e em sua dosimetria. (...) Logo, a culpa é de ser tomada como elemento externo ao tipo” (Ibidem, p. 10).

¹⁹¹ Nesse sentido, veja-se o REsp 737.279/PR (STJ, 2ª Turma, j. 13.05.2008, p.1), de cuja ementa consta que “a lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade”. Idêntica a redação que aparece na ementa do REsp 988.374/MG (STJ, 2ª Turma, j. 06.05.2008, p. 1). Também no REsp 488.882/SP (STJ, 2ª Turma, j. 17.04.2008, p. 1), restou consignado que “a contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, caput, e inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente”.

Mais recentemente, a partir de meados de 2010, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que é necessária a demonstração do dolo genérico para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso no artigo 11 da LIA.

A consolidação desse entendimento pelo STJ foi claramente relatada nos autos do EREsp 875.163/RS (STJ, 1ª Seção, j. 23.06.2010, p. 7, 12), quando, em um caso concreto, o tribunal foi chamado a esclarecer a divergência de entendimentos entre as turmas. Na oportunidade, decidiu:

“O tema central do presente recurso está limitado à análise da necessidade da presença de elemento subjetivo para a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da Administração Pública, previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois a **Primeira Turma entendia ser indispensável a demonstração de conduta dolosa para a tipificação do referido ato de improbidade administrativa, enquanto a Segunda Turma exigia para a configuração a mera violação dos princípios da Administração Pública, independentemente da existência do elemento subjetivo.**

Entretanto, no julgamento do REsp 765.212/AC (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.6.2010), a Segunda Turma modificou o seu entendimento, no mesmo sentido da orientação da Primeira Turma, a fim de afastar a possibilidade de responsabilidade objetiva para a configuração de ato de improbidade administrativa.

(...)

Assim, o STJ pacificou o entendimento no sentido de que, para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92, é necessária a presença de conduta dolosa, não sendo admitida a atribuição de responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa. Ademais, também restou consolidada a orientação de que somente a **modalidade dolosa é comum a todos os tipos de improbidade administrativa**, especificamente os atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º), causem prejuízo ao erário (art. 10) e atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), e que **a modalidade culposa somente incide por ato que cause lesão ao erário** (art. 10 da LIA).” (grifos nossos)

A inexistência de dolo específico e a suficiência do dolo genérico para a configuração da improbidade foram reiteradas, ainda, no REsp 1.116.964/BA (STJ, 2ª Turma, j. 15.03.2011).

Parece impossível, contudo, extrair das decisões analisadas indicações claras acerca do entendimento do STJ quanto aos elementos e critérios para aferição do dolo genérico nos casos de improbidade administrativa.

Em um dos julgamentos analisados (STJ, ED no AgRg no AgRg no AREsp 166.766/SE, 2ª Turma, j. 23.10.2012), entendeu-se que a autorização legislativa para a prática do ato questionado descaracterizaria o elemento subjetivo doloso por parte do Poder Executivo, por exemplo. Já em outro (STJ, AgRg no AREsp 73.968/SP, 1ª Turma, j. 02.10.2012), o dolo é extraído da noção de “norma de conhecimento inescusável”, conforme se extrai do trecho a seguir reproduzido:

“O elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa previsto pelo art. 11 da Lei nº 8.429/1992 é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois **a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo.** (...) não há como afastar o elemento subjetivo daquele que emite laudo médico de sua competência para si mesmo” (Ibidem, p. 7).

Todavia, ao decidir o REsp 1.192.056/DF (STJ, 1ª Turma, j. 17.04.2012), os ministros do STJ concordaram com a necessidade de comprovação de dolo genérico, mas divergiram quanto à sua configuração no caso concreto. Em alguns casos, o dolo parece ser presumido, como no REsp 1.414.757/RN (STJ, 2ª Turma, j. 06.10.2015), em que o tribunal condenou o ex-prefeito de uma cidade de aproximadamente 10.000 habitantes por contratar, com dispensa de licitação, o pai de um vereador para realizar o transporte escolar no município. A contratação contrariava a Lei Orgânica do Município e, para o tribunal, a ilegalidade converteu-se em improbidade em razão da má-fé, a qual foi considerada evidenciada pelo fato de que, ao executar o contrato, o motorista transportava, entre as crianças, também as suas netas à escola. Além disso, consignou-se que a própria dispensa de licitação, por si só, evidenciaria a intenção de se beneficiar alguém em detrimento de terceiros que perderam a oportunidade de concorrer.

Assim, ainda que se tenha pacificado o entendimento segundo o qual é necessária a demonstração do dolo para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso no artigo 11 da LIA, a comprovação do dolo *in concreto* segue como uma questão dogmática complexa e de importantes efeitos práticos, havendo que se discutir a necessidade de elementos de prova direta ou a suficiência de indícios, bem como a possibilidade e a extensão das presunções admitidas na análise da motivação da ação do réu nas ações de improbidade administrativa.

Importa, assim, analisar em maior profundidade os argumentos mobilizados pelos ministros no caso que consolidou o entendimento do tribunal acerca da necessidade de demonstração do dolo genérico para que reste configurado o ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 11 da LIA, o REsp 765.212/AC (STJ, 2ª Turma, j. 02.03.2010).¹⁹² A ação de improbidade administrativa foi ajuizada pelo Ministério Público em razão da veiculação das imagens do prefeito e de uma secretária municipal de uma cidade do interior do Estado do Acre

¹⁹² Uma análise aprofundada deste caso realizada anteriormente (FERREIRA, 2019) serviu de base para a análise e a redação deste tópico 4.3.3.

em uma peça publicitária da prefeitura, com duração de 45 segundos, a qual custou aos cofres públicos R\$ 2.950,00 (dois mil, novecentos e cinquenta reais).

Acusados de se beneficiar pessoalmente da propaganda institucional, os réus foram absolvidos pelo Tribunal de Justiça do Acre, que entendeu pela falta de atuação dolosa, mas a decisão foi revertida no STJ, que os condenou por improbidade administrativa, nos termos do artigo 11 da LIA, por entender que os agentes violaram os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade, atentando dolosamente contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade.

Apesar de a decisão final ter sido registrada como unânime e de os ministros concordarem com a prática de ato de improbidade administrativa no caso concreto, ao analisar os votos proferidos, verifica-se que suas fundamentações não são idênticas, abrindo espaço não só para diferentes decisões, como também para a presunção do dolo na conduta do acusado.

A tese inicialmente apresentada por um dos ministros foi a da voluntariedade da conduta. Defendeu-se, assim, que o desrespeito a um princípio constitucional tão relevante quanto a impessoalidade seria intolerável, bastando que a conduta do agente fosse de livre e espontânea vontade para que se caracterizasse a improbidade administrativa. Seria desnecessário, assim, exigir demonstrações de que o agente tivesse a intenção específica de violar princípios ou que tenha assumido conscientemente o risco de fazê-lo, mas apenas que tivesse a intenção de praticar o ato em si e que o ato viole, objetivamente, os princípios da Administração Pública.

Ocorre que, a menos que se esteja diante de um caso de coação, se a filmagem e a veiculação de uma propaganda institucional foram autorizadas, é porque se quis autorizar. Entender que o dolo se extrai da intenção de praticar um determinado ato, pouco importando o que o agente conhecia à época e o que objetivava com aquele ato, é o mesmo que permitir a equiparação da improbidade com a mera ilegalidade. Ao excluir da análise a finalidade da ação, a tese da voluntariedade termina por admitir a responsabilização objetiva do agente público, razão pela qual foi rejeitada pela maioria dos ministros:

“voluntariedade (...) não se confunde com vontade. A vontade necessariamente pressupõe uma conduta com resultado querido. Novamente com Luiz Regis Prado, citando Welzel: (...), ‘a voluntariedade significa que um movimento corporal e suas consequências podem ser conduzidos a algum ato voluntário, sendo indiferente quais consequências queria produzir o autor.’ Isso quer dizer que **a voluntariedade se caracteriza pela simples inervação muscular que põe em andamento um processo de natureza causal. De outro lado, a vontade tem conteúdo próprio inerente ao comportamento humano, e diz respeito a um resultado querido.** (...) O conceito de voluntariedade deixa de fora inúmeras situações, nas quais, apesar de haver voluntariedade na conduta, não se poderá caracterizar a improbidade.

(...) toda ação humana é orientada a determinado fim. A finalidade, portanto, não é uma adjetivação do comportamento humano, mas, ao contrário, é o seu real elemento constitutivo. O homem ao agir antecipa os fins, seleciona os meios e considera todos os possíveis resultados (efeitos desejados e concomitantes). Para que a tipicidade possa considerar este modelo de ação, é imprescindível que integre em seu seio as modalidades dolo e culpa. Não há tipo sem dolo e culpa, pois ou a tipicidade é dolosa ou a tipicidade é culposa” (STJ, REsp 765.212/AC, STJ, 2ª Turma, j. 02.03.2010, p. 28-29).

Dessa forma, o posicionamento majoritário da turma foi no sentido de sustentar a aplicação, às improbidades, do princípio da culpabilidade, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da sua atuação com dolo ou culpa. Assim, não bastaria o nexo causal entre o ato e o resultado delitivo, sendo fundamental investigar também a subjetividade do agir. O tribunal passou a debater, então, qual seria o elemento subjetivo necessário à configuração do ato ímprobo, vale dizer, se são punidos pela LIA apenas os atos dolosos ou também os culposos.

Um dos ministros ressaltou seu entendimento pessoal no sentido de que o ato de improbidade administrativa poderia ser caracterizado tanto em caso de dolo quanto em caso de culpa. Para ele, por estar inscrito no Direito Administrativo Sancionador e não no Direito Penal, o regime da improbidade administrativa admite a modalidade culposa como regra, certo que a LIA deve incidir inclusive sobre os agentes públicos que deixam de agir de forma diligente no desempenho da função para a qual foram investidos, punindo a grave negligência, a inabilitação para o serviço público e os erros intoleráveis.

Em sentido contrário, no entanto, o voto vencedor sustentou que, por expressa disposição legal, a improbidade administrativa prevista no artigo 10 da LIA admite a modalidade culposa, mas aquelas previstas nos artigos 9 e 11, nos quais não há menção ao elemento subjetivo, apenas admitem a modalidade dolosa. O entendimento foi o de que as graves sanções cominadas pela norma são atraídas apenas pela atuação dolosa, enquanto as condutas culposas podem – e devem – ser punidas em outras esferas de responsabilização. A LIA alcança o administrador desonesto, não o inábil, penalizando apenas a violação intencional dos deveres de honestidade, lealdade e retidão no trato dos assuntos públicos.

Como já se apontou anteriormente (FERREIRA, 2019, p. 12), é digno de nota que a divergência entre os ministros revela uma discordância profunda e essencial sobre a natureza da LIA, seus objetivos, fundamentos e alcance. Por esse motivo, é surpreendente que tenham eventualmente alcançado um entendimento comum. Tal entendimento, no entanto, foi firmado não com base em fundamentos teóricos, mas possibilitado pela conclusão de que, na prática, a exigência de dolo não acarretaria uma baixa efetividade da LIA. Nesse sentido, o ministro autor

do voto vencido reposicionou-se no sentido de filiar-se ao entendimento da maioria, por entender que “no terreno pragmático, a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao artigo 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa” (REsp 765.212/AC, STJ, 2ª Turma, j. 02.03.2010, p. 13).

Dessa forma, o tribunal acordou ser necessário, para a configuração do ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 11 da LIA, a demonstração de dolo genérico. O problema é que o significado do conceito de dolo genérico nos votos vencedor e vencido são bastante distintos.

Em um dos votos sustentou-se que o dolo genérico reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta incompatível com os princípios que regem a Administração Pública: em um caso de contratação de servidor sem concurso público, por exemplo, o dolo estaria configurado se for manifesta a vontade de contratar, pois é inequívoca a obrigatoriedade do certame, nos termos da Constituição. O dolo seria, assim, natural, correspondente à simples vontade de fazer algo, não importando a consciência da ilicitude, noção que reaproxima o dolo genérico da teoria da voluntariedade e dispensa o exame da subjetividade do agente.

Todavia, nos termos do voto vencedor, o dolo genérico foi delineado como aquele que compreende o conhecimento e o querer (vontade). Assim, o agir doloso seria aquele em que o agente conhece a norma proibitiva que está a infringir, bem como deseja infringi-la. A verificação do dolo independe, no entanto, da comprovação de uma intenção escusa específica na conduta do acusado, como de enriquecimento indevido ou favorecimento de terceiro, por exemplo, bastando a intenção de violar um princípio regente da Administração Pública que, sabidamente, deveria ser observado naquela situação específica.

Assim, ao decidir o caso concreto, afirmou-se que os gestores municipais não poderiam alegar desconhecer a norma que veda a veiculação de propagandas públicas para promoção pessoal. Eles sabiam (ou deveriam saber) que a veiculação das suas imagens na campanha publicitária poderia caracterizar vantagem pessoal e, ainda assim, anuíram com a sua veiculação, de modo que se pode concluir que agiram com dolo genérico e eventual.

Ocorre que, como explica Fernando G. Neisser (2018, p. 73-74), essa admissão do dolo genérico, se associada a uma expectativa de que o agente público detenha um conhecimento excessivamente amplo acerca da aplicação concreta de todas as regras que regem a Administração Pública, pode relaxar consideravelmente os critérios e exigências para a sua responsabilização, por resultar no seguinte círculo tautológico:

- a. Ao agir de forma contrária a uma lei, o agente público viola o dever de observar os princípios que regem a Administração Pública;
- b. Mesmo que não se tenha indicação de que a vontade do autor se dirigiu a uma finalidade específica, era certo que competia a ele conhecer os ditames da lei;
- c. Assim, no mínimo, o agente público deveria saber que o resultado da ação poderia acarretar o fim contrário à norma.

Difícilmente se pode imaginar como o acusado, nessas circunstâncias, conseguiria desvencilhar-se da condenação. A combinação do dolo, tal qual delineado pelo STJ, com a presunção praticamente absoluta de conhecimento, torna impossível realizar a prova de ausência de dolo. Dessa forma, a responsabilização do agente se torna praticamente objetiva, sob a aparência de aceitação da exigência do dolo (NEISSER, 2018, p. 74; FERREIRA, 2019, p. 15).

Do ponto de vista teórico, faz-se necessário avançar no tema, a fim de permitir a criação de um conceito de dolo aplicável às improbidades administrativas que, por um lado, não parta da presunção de culpabilidade do demandado e, por outro, não torne impossível provar o elemento subjetivo.

Os atos de improbidade administrativa “não são um tipo específico de atos, que são intrinsecamente reprováveis e sempre merecem punição, independentemente da finalidade que o agente tem em vista quando os pratica (FERREIRA, 2019, p. 19). Como já se argumentou, um ato de improbidade pode ser o ato de contratar um servidor ou de veicular uma propaganda institucional, desde que realizado com a intenção de violar o direito vigente. O problema é que, por sua própria natureza, essa intenção não pode ser objeto de prova direta, certo que é impossível adentrar a consciência do agente. E essa realidade suscita uma preocupação justificada no sentido de que a exigência de prova do elemento subjetivo acarrete a absoluta inefetividade da LIA.

Se não é possível deduzir a prática de ato de improbidade da conduta em abstrato, a menos que haja uma confissão por parte do réu, o dolo só poderá ser determinado por uma operação racional, legitimamente realizada pelo julgador, a partir de fatos conhecidos e suficientemente provados. A nosso ver, posicionamento já externado em outra oportunidade (Ibidem, 2019), a investigação sobre a presença do elemento subjetivo nos casos concretos de

improbidade administrativa depende de uma compreensão filosófica sólida sobre o agir humano e poderia ser enriquecido a partir de um resgate teórico da noção aristotélica de razão prática.¹⁹³

Assim, o agente público que divulga uma propaganda institucional, por exemplo,

não age por reflexo ou de forma irracional. Age voluntariamente, de forma intencional e movido por um propósito, selecionando os meios para atingir um determinado fim. Sua ação estratégica pode ser avaliada em termos de eficácia; vale dizer, se teve sucesso ou se, ao contrário, falhou. O aspecto estratégico não dá conta, no entanto, da integralidade do sentido da ação, que pode ser avaliada, ainda, em termos da sua racionalidade prática, vale dizer, da sua prudência e adequação aos valores coletivamente vinculados ao “bem viver”, ou seja, àqueles valores escolhidos como os pilares de determinado modo de vida (...)

Não se trata, aqui, de uma pretensão a compreender as razões psicológicas ou sociológicas para a ação de um determinado agente empiricamente, mas de compreender se uma conduta pode ser racionalmente justificada por se orientar a determinados bens que devem ser perseguidos. No caso do agente público, é certo que deve se orientar pela busca do interesse público. E é por meio de um processo racional de particularização (*determinatio*) que se torna possível realizar a derivação normativa que indica o que se deve fazer em uma situação concreta e particular. (...)

É apenas a partir do momento em que são inseridos em um discurso racional é que os fatos discutidos em uma ação de improbidade administrativa podem conduzir à conclusão de que, em determinado contexto, a ação é justificável (ou não) em face dos princípios que regem a Administração Pública” (FERREIRA, 2019, p. 18-23).

Assim, apenas a avaliação do sentido que rege uma ação é que permitiria classificar se o agente público praticou ou não ato de improbidade. A avaliação sobre o elemento subjetivo em um caso de improbidade administrativa dependeria, portanto, de uma análise pormenorizada de contexto e da realidade que cercou a tomada da decisão considerada ímproba, o que reforça a importância da motivação adequada das decisões tomadas na esfera administrativa.

Não se trata, é certo, de novidade inédita no campo do estudo das decisões judiciais. Ao contrário, recomendar que a realidade fática e o contexto subjetivo sejam tomados como parâmetros decisórios pode ser visto como evidente e indiscutível. Ainda assim, a necessidade de reforçar o óbvio parece ter levado o legislador a, recentemente, incluir essas diretrizes interpretativas expressamente na legislação, com a edição da Lei nº 13.655/18, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).¹⁹⁴

¹⁹³ “Nos termos da tradição filosófica clássica aristotélica, a razão prática pode ser entendida como a mente funcionando dirigida a uma obra. A virtude intelectual da sabedoria prática (*phronesis, prudentia*) pode ser definida como um conjunto de habilidades e faculdades (como o senso comum, a imaginação, a capacidade de conjecturar e a capacidade de memorizar) que permite ao agente organizar a sua percepção do mundo em unidades de sentido compartilhados socialmente, permitindo-lhe escolher os meios adequados para atingir determinados fins que podem ser discursivamente justificados em função de um modo de vida” (FERREIRA, 2019, p. 5). A esse respeito, ver Claudio Michelon (2010) e John Finnis (2005).

¹⁹⁴ 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.
§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

A discussão teórica acerca do dolo na improbidade recai, assim, sobre o agir consciente, sobre o elemento intelectual e sobre as circunstâncias nas quais é possível deduzir que o agente tinha consciência de que, ao agir de determinado modo, violaria norma proibitiva (NEISSER, 2018) – o que, certamente, não se confunde com o conhecimento em tese das normas legais que regulam a Administração Pública conforme assentado na decisão do STJ. A jurisprudência, como se vê, caminha no sentido de permitir a presunção do dolo e, por consequência, de flexibilizar os parâmetros para decretar a sua condenação, afastando-se do princípio da culpabilidade e aproximando-se do parâmetro da responsabilização objetiva.

4.3.4 O DANO PRESUMIDO NAS VIOLAÇÕES QUE ENVOLVEM LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS

Os atos de improbidade são tidos como atos de consequências gravosas, que “não se confundem com singelas e inofensivas irregularidades administrativas” (STJ, REsp 892.818/RS, 2ª Turma, j. 11.11.2008, p. 8). O STJ também já afirmou que “o dano social da improbidade é transcendente e de efeitos sociais muito mais profundos que a criminalidade tópica do Direito Penal clássico” (STJ, REsp 915.322/MG, 2ª Turma, j. 23.09.2008, p. 9); cuida-se, portanto, de “prática reconhecidamente imoral e ofensiva à coletividade” (Ibidem, p. 25). Assim, para o STJ, por sua importância, a defesa da moralidade administrativa traduzida na LIA “não admite relativização, pois descabe falar em semiprobidade, meia probidade ou quase probidade. A conduta é proba ou não é. Ponto final” (STJ, REsp 892.818/RS, 2ª Turma, j. 11.11.2008, p. 8).

As graves e ofensivas consequências da improbidade administrativa, no entanto, não necessariamente atingem o patrimônio material da Administração Pública. A bem da verdade, em um dos casos analisados, a LIA foi tratada como norma que tutela especificamente o patrimônio público (STJ, REsp 1.558.038/PE, 1ª Turma, j. 27.10.2015), certo que a ausência de dano ao erário justificou a absolvição dos réus em dois dos casos analisados (STJ, REsp 1.129.277/RS, 2ª Turma, j. 04.05.2010; e STJ, REsp 403.599/PR, 2ª Turma, j. 03.04.2003).

Na maior parte das vezes, no entanto, o entendimento do STJ caminha no sentido de reconhecer que a LIA tutela não apenas os recursos do erário, mas também outros valores

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

intrínsecos à Administração. Com efeito, em sete dos casos analisados, o tribunal afirmou e reiterou a tese de que é desnecessária a ocorrência de dano ao erário para que reste configurada a ocorrência de ato de improbidade administrativa por violação dos princípios que regem a Administração Pública (STJ, REsp 1.135.767/SP, 2ª Turma, j. 25.05.2010; STJ, REsp 892.818/RS, 2ª Turma, j. 11.11.2008; STJ, REsp 915.322/MG, 2ª Turma, j. 23.09.2008; STJ, REsp 1.003.179/RO, 1ª Turma, j. 05.08.2008; STJ, REsp 772.241/MG, 1ª Turma, j. 15.04.2008; STJ, REsp 884.083/PR, 1ª Turma, j. 18.10.2007; STJ, REsp 324.730/SP, 2ª Turma, j. 08.04.2003). Nesse sentido, o caráter das previsões da LIA, em especial do seu artigo 11, voltam-se sobretudo ao desvalor da ação e não necessariamente ao desvalor do resultado da conduta do agente.

Caso a imputação de improbidade administrativa esteja calcada no artigo 10 da LIA, no entanto, o tribunal entende que a comprovação do efetivo prejuízo ao erário é indispensável (STJ, REsp 1.173.677/MG, 1ª Turma, j. 20.08.2013; STJ, REsp 1.038.777/SP, 1ª Turma, j. 03.02.2011). A esse respeito, o tribunal entendeu, em alguns dos casos analisados, que o dano ao erário não se presume, sendo a sua prova ônus do autor da ação (STJ, REsp 1.038.777/SP, 1ª Turma, j. 03.02.2011) e, se ausente, justifica a absolvição do réu (STJ, REsp 1.055.022/MT, 1ª Turma, j. 26.08.2008).

Assim, em casos envolvendo a contratação de servidores públicos sem concurso ou de contratação de serviços sem o devido procedimento licitatório, por exemplo, o tribunal decidiu em algumas oportunidades que, tendo sido prestados os serviços, não há que se falar na ocorrência de dano ao erário (STJ, REsp 1.038.777/SP, 1ª Turma, j. 03.02.2011; STJ, REsp 909.446/RN, 1ª Turma, j. 06.04.2010, STJ, REsp 1.173.677/MG, 1ª Turma, j. 20.08.2013), sob pena de enriquecimento sem causa da Administração em caso de determinação de ressarcimento (STJ, REsp 1.238.466/SP, 2ª Turma, j. 06.09.2011).¹⁹⁵ A situação, no entanto, não impede a condenação por improbidade administrativa com fundamento no artigo 11 da LIA, como se viu.

¹⁹⁵ Todavia, importa registrar que a matéria não parece definitivamente pacificada nesse sentido. Na amostra coletada, também foi encontrada uma decisão que, em sentido diverso, estabeleceu que a prestação dos serviços contratados não afasta a possibilidade de condenação por enriquecimento ilícito: “não merece acolhida a tese defensiva de que tendo havido a prestação do serviço contratado ou cumprimento dos contratos administrativos, ou seja que os valores recebidos em face da contraprestação, afastaria o enriquecimento ilícito, tese que não se sustenta, isso porque, não há nas razões recursais argumentos capazes de afastar a ilicitude da conduta e descaracterizar o ato ímprobo que ensejou a aplicação das penalidades previstas na Lei no 8.429/92” (REsp. 1.412.214/PR, 1ª Turma, j. 08.03.2016). É certo que não se trata de hipótese idêntica, por não se tratar de imputação relativa ao art. 10 da LIA (dano ao erário), mas sim ao art. 9 (enriquecimento ilícito), porém o raciocínio jurídico aplicado é semelhante e depende de definir se a ilicitude é ou não suficiente para atrair as condenações mais gravosas dos arts. 9 e 10 da LIA.

Observa-se, todavia, que houve casos nos quais o tribunal admitiu a presunção do dano ao erário, na medida em que os ministros consideraram que teria havido dano em razão da própria conduta praticada, mas sem que fosse produzida prova da sua ocorrência. Essa situação verificou-se em dois casos envolvendo fraude ou direcionamento de licitações:

“o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação)” (STJ, REsp 1.376.524/RJ, STJ, 2ª Turma, j. 02.09.2014, p. 15-16)

“A lesão aos cofres públicos está caracterizada na conduta tendenciosa de favorecimento a uma empresa - através de requisições para a retirada de passagens eivadas de ilegalidades materiais e procedimentais, que envolveram valores de alta monta – em detrimento à possibilidade de recebimento de proposta mais vantajosa, o que comprometeu o caráter competitivo do procedimento, com prejuízos financeiros ao Estado” (STJ, REsp 1.003.179/RO, 1ª Turma, j. 05.08.2008, p. 10).

A lesividade também foi pressuposta em um caso no qual se questionava a legalidade do aditamento de um contrato administrativo celebrado entre a Prefeitura de São Paulo e uma empresa de engenharia para a varrição de ruas:

“não prospera o argumento de que não houve prejuízo algum ao erário com a alteração contratual questionada, pois uma vez verificado o desacordo do ato administrativo com a lei, a lesividade está ínsita, a ilegalidade do comportamento por si só causa o dano” (STJ, REsp 1.021.851/SP, 2ª Turma, j. 12.08.2008, p. 19).

Destaque-se, por fim, o REsp 778.204/SP (STJ, 1ª Turma, j. 19.09.2006), no qual dois dos ministros do STJ, vencidos no seu entendimento, corroboraram o posicionamento do juízo de primeira instância, no sentido de que a violação aos princípios da legalidade e da moralidade acarretaria a necessidade de indenizar a Administração em razão do dano causado ao seu patrimônio moral. *In verbis*:

“A só violação de tais princípios [legalidade, finalidade, moralidade e eficiência], a seu turno, traz ínsita a lesividade dos atos inquinados, que está *in re ipsa*, porquanto o próprio patrimônio moral da Administração, como ensinam os mestres do assunto, é passível de ser lesado, gerando a contrapartida da necessária indenização” (STJ, REsp 778.204/SP, 1ª Turma, j. 19.09.2006, p. 16 – trecho da sentença condenatória, trazido no voto vencido).

Verifica-se, como se vê, sobretudo por parte da Segunda Turma do STJ, uma tendência de, por um lado, reconhecer a necessidade, em tese, de demonstrar o dano ao erário para que se configure a improbidade prevista no artigo 10 da LIA, mas, por outro lado,

flexibilizar os critérios de prova do elemento objetivo dano ao erário aptos a desencadear uma condenação por ato de improbidade administrativa.

Uma vez identificada a ocorrência de dano ao erário, ainda que de pequena monta, devem incidir as sanções previstas na LIA. De fato, em uma ocasião, o STJ já decidiu que a pequena monta do dano não se presta a afastar a tipicidade da conduta, podendo ser considerada como critério atenuante para fins de dosimetria da sanção.¹⁹⁶ Veja-se:

“O dano, no terreno do Direito da Improbidade Administrativa, não é avaliado exclusivamente sob a ótica patrimonial, mas, com muito maior apelo, sob a égide social e moral. Para que um desvio administrativo seja considerado insignificante (= mera irregularidade administrativa), deve ser valorado quantitativa e qualitativamente. Trata-se de exame que deve ser amplo e minucioso, sob pena de transmutar-se a irregularidade administrativa banal ou trivial, noção que legitimamente suaviza a severidade da Lei da Improbidade Administrativa, em senha para a impunidade, *business as usual*.”(...) nem toda irregularidade administrativa caracteriza improbidade, nem se tem o administrador inábil pelo administrador ímprobo. Contudo, uma vez que o juiz reconheça violação aos bens e valores protegidos pela Lei da Improbidade Administrativa (= juízo de improbidade da conduta), não pode recusar, pura e simplesmente, a aplicação das sanções previstas pelo legislador, a pretexto de incidência do princípio da insignificância (sobretudo se por ‘insignificância’ se entender somente o impacto monetário direto da conduta nos cofres públicos).

É-lhe lícito, no entanto, no momento e na medida da reprimenda (= juízo de dosimetria da sanção), levar em conta a gravidade, ou não, da conduta do agente, sob o manto dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que têm necessária e ampla incidência no campo da Lei da Improbidade Administrativa.

Nunca é demais alertar que iniquidade é tanto punir como improbidade, quando desnecessário (por atipicidade, p. ex.) ou além do necessário (= iniquidade individual), como absolver comportamento social e legalmente reprovado (= iniquidade coletiva), incompatível com o marco constitucional e a legislação que consagram e garantem os princípios estruturantes da boa administração. (...)

Se o bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade é, por excelência, a moralidade administrativa, desarrazoado falar em aplicação do princípio da insignificância às condutas consideradas imorais pelo próprio magistrado. Não existe improbidade administrativa significativa e improbidade administrativa insignificante. (...)

Logo, o princípio da insignificância não se presta para, após o juízo positivo de improbidade, exonerar, por inteiro e de forma absoluta, o infrator da aplicação das sanções – até da multa civil – previstas na Lei. (...) Deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral” (STJ, REsp 892.818/RS, 2ª Turma, j. 11.11.2008, p. 9-13).

¹⁹⁶ Registre-se que, no REsp 467.004/SP (STJ, 1ª Turma, j. 10.06.2003), o princípio da insignificância foi invocado em favor da absolvição do réu, pelo Min. Humberto Gomes de Barros, mas o argumento foi absolutamente superficial, sem que tenha havido qualquer debate sobre o tema entre os ministros, certo, ainda, que a decisão do relator e os termos do voto e da ementa denotam que os ministros entenderam que não houve dano ao erário, pois os valores do contrato impugnado ajustavam-se aos valores de mercado. Já no REsp 799.511/SE (STJ, 1ª Turma, j. 09.09.2008), o tribunal determinou o recebimento da petição inicial, por entender que a insignificância dos valores envolvidos não afastava a tipicidade do ato ímprobo, que poderia ser também avaliado como inserto no art. 11 da LIA (violação dos princípios da Administração Pública).

É certo que, do conjunto de decisões analisadas, não é possível extrair a racionalidade que orienta o tribunal na sua compreensão acerca do princípio da insignificância e a sua aplicabilidade aos casos de improbidade administrativa. Todavia, há manifestações no sentido de afastar a aplicação do princípio da insignificância ao regime das improbidades administrativas: havendo dano, devem ser cominadas as sanções previstas no artigo 10 da LIA. E, como se viu, a prova de ocorrência de dano vem sofrendo flexibilizações, podendo ser extraída de condutas em abstrato, por sua natureza, como nos casos de violação à lei de licitações.

Fecha-se, assim, um ciclo de presunções processuais que conduzem à culpabilidade do réu nas ações de improbidade administrativa: para garantir o eventual ressarcimento do erário, o demandado, muito provavelmente, terá seus bens atingidos por uma medida liminar de indisponibilidade desde a propositura da demanda. Após a apresentação de defesa prévia, a petição inicial será, em geral, recebida, em função da aplicação do princípio *in dubio pro societate*, de modo que a ação prosseguirá em tramitação por anos, com a produção de provas. No momento de prolação de sentença, se identificada a ocorrência de dano ao erário, devem incidir as sanções do artigo 10 da LIA. O dano ao erário pode, eventualmente, ser presumido como decorrência necessária da inobservância estrita das regras da lei de licitações, como já foi feito pelo STJ. De todo modo, ainda que os valores envolvidos sejam diminutos ou ausente dano ao erário, o ato de improbidade pode ser enquadrado no artigo 11 da LIA, para fins de aplicação de sanção. E, nesse caso, mesmo que não se tenha indicação de que a vontade do agente se dirigiu à violação dos princípios da Administração Pública, o dolo poderá ser presumido, por se considerar que era certo que o agente deveria conhecer a forma correta de interpretação e aplicação da norma no caso concreto.

Esses mecanismos de presunção, construídos ao longo dos anos no bojo do Poder Judiciário, prestam-se a facilitar que juízes, desembargadores e ministros encarregados da aplicação de uma norma cheia de indefinições dogmáticas decidam os casos concretos que lhe são apresentados. Eles também transformam a aplicação da LIA em um processo de cartas marcadas. Uma vez processado por improbidade administrativa, a condenação do agente público termina por depender, em larga medida, das preferências subjetivas do seu julgador, que por sua vez decorrerão do seu posicionamento pessoal dentro do espectro punitivismo-garantismo anteriormente delineado, da sua interpretação acerca da gravidade dos fatos narrados no processo, bem como de uma avaliação das condições político-institucionais e até mesmo eleitorais que permeiam o caso.

Havendo condições políticas e institucionais para a sua condenação, é extremamente difícil que um agente público consiga, a partir de argumentos jurídicos, desvencilhar-se da teia acusatória em que foi enredado e afastar esse ciclo de presunções processuais. Caso contrário, a sua absolvição poderá vir no esteio do recurso a princípios importados do regime processual penal para o âmbito das improbidades administrativas, ainda que tal importação, alvo de discussões dogmáticas, tenha se revelado minoritária dentre os casos analisados na presente pesquisa.

Tais presunções processuais, associadas aos termos fluidos constantes do texto da LIA e ao uso retórico de princípios jurídicos de conteúdo vago permitem, portanto, que os réus de ações de improbidade administrativa sejam condenados ou absolvidos a partir de decisões superficiais, com fundamentação insuficiente e, por isso mesmo, pouco previsíveis. Todos esses instrumentos, colocados à disposição dos órgãos de controle, conferem ao Ministério Público e, sobretudo, ao Poder Judiciário uma posição privilegiada na disputa político-institucional em que se inserem, o que os permite impor aos gestores públicos a sua visão sobre a moralidade administrativa, com base em sanções exemplares.

Partindo de um consenso pessimista sobre a política, o Estado e a Administração Pública no Brasil, uma parcela dos integrantes dessas instituições de controle arrogam-se o dever de resgatar o país da imoralidade e da corrupção. Seu voluntarismo político termina por encerrar administradores e gestores públicos no medo de se verem no polo passivo de demandas judiciais com impactos políticos e pessoais potencialmente catastróficos, panorama que tende a esvaziar o interesse geral pelos cargos políticos representativos ou, ainda, por cargos públicos com responsabilidade sobre o orçamento e a ordenação de despesas. Cria-se, assim, uma tendência antidemocrática, que dificulta a prática da gestão pública ao mesmo tempo em que dela afasta o cidadão. No limite, a busca por depuração ética da política pela via judicial revela seu potencial para tornar a democracia brasileira refém de uma constante crise de pânico moral.

4.4 O PL Nº 10.887/18 E A POTENCIAL CRISTALIZAÇÃO DE UMA VISÃO PUNITIVISTA DA LIA

Longe de concluídos, os debates políticos e institucionais subjacentes à aplicação da LIA revelam desdobramentos recentes na esfera legislativa. O Projeto de Lei nº 10.887/2018, em tramitação na Câmara dos Deputados,¹⁹⁷ foi proposto em 17 de outubro de 2018 pelo

¹⁹⁷ O inteiro teor do PL nº 10.887/18, bem como informações sobre o seu processo de tramitação estão disponíveis no site da Câmara dos Deputados:

deputado Roberto Lucena (PODE-SP), por considerar que a LIA carecia de revisão, após mais de 25 anos de vigência, para que fosse adequada às mudanças ocorridas na sociedade, bem como para adaptar-se às construções hermenêuticas da jurisprudência.

Em 24 de abril de 2019, a Presidência da Câmara dos Deputados criou e instalou uma comissão especial para proferir parecer sobre o projeto, composta por 34 membros titulares, indicados pelas lideranças dos partidos. Com a designação do relator, desde então passaram a ser promovidas audiências públicas, com a participação de juristas, institutos de Direito Público, de Direito Administrativo e de Direito Processual, além de associações representativas de atores interessados, como a CONAMP, a Confederação Nacional dos Municípios – CNM e associações da sociedade civil.

Não se pretende realizar uma análise exaustiva do projeto, o que fugiria ao escopo da presente pesquisa. De todo modo, importa ressaltar que a proposta busca solucionar algumas das dificuldades dogmáticas expostas pela doutrina e a respeito das quais os tribunais vêm sendo provocados.

Esse parece ser o caso das dificuldades relativas à coordenação de esferas de responsabilidade, que se apresenta quando os ilícitos previstos na LIA também configuram ilícitos previstos na esfera penal, administrativa e civil. A esse respeito, o artigo 18, inciso V do projeto prevê que a sentença proferida na ação de improbidade administrativa, ao aplicar as sanções, deverá levar em conta a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato que já tenham sido aplicadas ao agente.

Cuida-se, nesse sentido, de preocupação em garantir a proporcionalidade das sanções aplicadas. Seguem em aberto, no entanto, questões relativas à eventual suspensão de determinados procedimentos na pendência de outros, bem como definições acerca da possibilidade e dos limites ao compartilhamento de provas entre diferentes juízos. Nesse sentido, lembre-se que o STF deve se pronunciar, eventualmente, em regime de repercussão geral, acerca da possibilidade de utilização de colaboração premiada no âmbito de ação de improbidade administrativa (Tema 1.043, ARE 1.175.650/PR).

A proposta normativa também pretendia excluir a vedação à realização de acordo, transação ou conciliação nas ações de improbidade administrativa. De fato, o artigo 17, §1º da LIA vedava celebração de acordos não persecução civil pelos réus de ações de improbidade. A disposição, no entanto, vinha sendo considerada anacrônica diante do avanço de instrumentos

de justiça negocial no direito brasileiro. Com efeito, testemunha-se a crescente celebração de acordos de colaboração premiada no âmbito criminal e de acordos de leniência com base na mais recente Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) e na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/11) – mecanismos que têm se revelado bastante eficientes na detecção, prevenção e sancionamento de práticas irregulares.¹⁹⁸

Com a tramitação do chamado “pacote anticrime” (PL nº 10.372/2018) e a consequente edição da Lei nº 13.964/2019, sancionada em 24 de dezembro de 2019, o ordenamento passou, expressamente, a admitir os acordos de não persecução civil no âmbito das improbidades. A norma alterou o artigo 17 da LIA para prever a possibilidade de as partes requerem ao juiz a suspensão do prazo de contestação por até noventa dias para as tratativas.

É interessante notar que as disposições sobre acordo de não persecução civil nos casos de improbidade administrativas constantes da redação do PL nº 10.372/2018 (“pacote anticrime”) aprovada pelo Poder Legislativo assimilaram quase que integralmente as disposições normativas que haviam sido propostas pela Comissão de Juristas criada pela Presidência da Câmara dos Deputados para atualizar a LIA (PL nº 10.887/2018). Fato é, no entanto, que a norma foi sancionada sem nenhum dispositivo que estabeleça as condições, circunstâncias e limites que tais acordos deverão observar, criando, assim, um ambiente de incerteza que pode não só desestimular o sucesso das tais negociações, mas também abrir espaço para soluções *ad hoc*, tomadas de maneira casuísta, em prejuízo da isonomia e da segurança jurídica.

Destaque-se que a possibilidade de celebração de acordos de não persecução civil pelo Ministério Público contribui com a sua trajetória de fortalecimento institucional. Assim, se inicialmente a sua atuação nas demandas de improbidade administrativa com pedidos de ressarcimento do erário só foi admitida por sua qualidade de representante dos interesses indisponíveis da sociedade, atualmente a tendência parece ser a de admitir que os promotores de justiça deixem de propor tais ações e transacionem acerca desses mesmos interesses indisponíveis. No mais, o instrumento certamente servirá ao Ministério Público para fortalecer o avanço dos seus interesses na disputa judicial de um sentido para a LIA, ao permitir que o órgão filtre as demandas que serão levadas ao Poder Judiciário para disputar a formação de precedentes no STF e no STJ.

¹⁹⁸ Ao conceder vantagens sancionatórias ao delator de um determinado esquema de corrupção, tais instrumentos jurídicos permitem a investigação e a elucidação de práticas cuja detecção seria difícil ou até mesmo impossível. Criam, ainda, um estímulo para que o infrator retorne ao plano da legalidade e um risco que, preventivamente, tende a desestimular a prática de ilícitos em grupo.

Para além da questão da possibilidade de celebração de acordos de não persecução civil nas ações de improbidade, o Projeto de Lei nº 10.887/2018, de maneira geral, da forma como foi redigido, tende a cristalizar boa parte dos entendimentos jurisprudenciais firmados pelo STF e pelo STJ sobre a aplicação da LIA e, desse modo, a consolidar uma leitura mais punitivista sobre a aplicação da norma no que diz respeito à preservação da moralidade administrativa.

Nos termos do projeto, submetem-se às disposições normativas ali previstas não apenas os agentes públicos, como também os políticos. Assenta-se, nesse sentido, o entendimento firmado pelos tribunais superiores na longa discussão a respeito da aplicabilidade da LIA a agentes já submetidos a outras esferas de responsabilidade político-administrativa. Seguindo a tendência jurisprudencial de manter ampla a legitimidade passiva no regime das improbidades, o projeto mantém a previsão de submissão às disposições da lei dos particulares que induzam ou concorram para a prática de atos de improbidade ou, ainda, deles se beneficiem de maneira direta ou indireta.

Já quanto à legitimidade ativa, o projeto a restringe ao Ministério Público, eliminando a possibilidade de que os entes públicos eventualmente lesados por atos de improbidade administrativa promovam demandas em nome próprio. Como já se adiantou, limitar o acesso de atores sociais potencialmente interessados na preservação da moralidade administrativa e do manejo das ações de improbidade administrativa – como as associações civis, a Defensoria Pública e mesmo a OAB – reforça a ideia de que incumbe primordialmente ao Ministério Público a tutela da sociedade civil e exclui outros atores sociais do processo de construção de uma cidadania ativa.

A medida dificulta, ademais, que o próprio Ministério Público, enquanto instituição, esteja submetido ao amplo instrumento de controle da atividade administrativa que a LIA se propõe a ser, limitando o seu *accountability*. Com isso, é possível que as tensões institucionais existentes na aplicação da norma sejam reforçadas. No mais, o projeto mantém a previsão atual de isenção do pagamento de custas processuais, instrumento que poderia servir de estímulo à litigância responsiva por parte dos legitimados ativos e evitar, assim, o uso político das ações, questão que tão frequentemente foi suscitada pelos ministros nas decisões analisadas nos capítulos anteriores.

Em busca de ampliar a efetividade da norma, o projeto de lei pretende ampliar consideravelmente os prazos prescricionais atuais. Assim, o prazo prescricional para a aplicação das sanções prevista na LIA aumentaria, dos atuais cinco anos, para dez anos. Já a pretensão à condenação ao ressarcimento de dano e à perda de bens de origem privada seria de

20 anos. Por fim, o projeto sedimenta o entendimento recentemente externado pelo STF no sentido de ser imprescritível a pretensão a rever bens e valores apropriados ilicitamente do poder público (STF, RE 852.475/SP, plenário, j. 08.08.2018).

Trata-se de evidente preocupação em garantir a efetividade da LIA e o seu potencial para o enfrentamento da corrupção no Brasil, ante o entendimento de que “não raro a prescrição é o biombo por meio do qual se encobre a corrupção e o dano ao interesse público” (Ibidem, p. 34). É certo que, ao assentar a tese da imprescritibilidade, alguns ministros do STF suscitaram dúvidas quanto ao benefício que o aumento do prazo prescricional poderia, efetivamente, trazer para a recuperação de ativos ao erário, sustentando que a passagem do tempo corre contra os órgãos de controle e que a medida consistiria em desproporcional ameaça à liberdade do cidadão.¹⁹⁹ A ampliação do prazo prescricional, no entanto, é lida como uma ampliação das vantagens conferidas aos órgãos de controle na busca por maior eficiência sancionatória em matéria de improbidade.

O projeto mantém a estrutura normativa da LIA que divide os seus ilícitos em três categorias – os atos que acarretam o enriquecimento ilícito do agente, os atos que causam prejuízo ao erário e os atos que violam os princípios que regem a Administração Pública, previstos respectivamente nos artigos 9, 10 e 11 da lei. Cuida-se, é certo, de tipos excessivamente abertos, sobretudo o artigo 11. E, embora o projeto preveja a limitação dos atos de improbidade administrativa àquelas condutas praticadas com dolo – excluindo, portanto, a modalidade culposa do atual artigo 10 da LIA – a medida, por si só, não é capaz de impedir que, nos casos concretos submetidos a escrutínio judicial, a partir de determinadas interpretações teóricas do conceito de dolo, este venha a ser presumido.

A bem da verdade, o projeto fortalece o sistema de presunções construído jurisprudencialmente e que submetem a aferição de culpabilidade dos réus em ações de improbidade administrativa ao voluntarismo dos órgãos de controle. Com efeito, o artigo 16 do projeto cuida da medida liminar de indisponibilidade de bens e, seguindo a tendência da jurisprudência de tratá-la como modalidade de tutela de evidência, prevê que o deferimento dependerá da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. O

¹⁹⁹ Para um dos ministros do STF, seria uma falácia “que a imprescritibilidade atrapalharia o enfrentamento da corrupção. O que atrapalha o enfrentamento da corrupção é a incompetência. 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. Esse é o primeiro ponto. Porque, fez-se, durante essa semana, um *marketing* de que a imprescritibilidade atrapalha o combate à corrupção – chegou-se ao absurdo de dizer que atrapalha a Lava-Jato, para conseguir apoio da imprensa. Ora, nem os prazos de prescrição correram, ainda, em relação à Lava-Jato; já é uma vacina para prevenir eventual incompetência” (STF, RE 852.475, plenário, j. 08.08.2018, p. 142).

dispositivo também estabelece, expressamente, que o valor da indisponibilidade inclui não apenas o montante do suposto dano ao erário, mas também da eventual multa a ser fixada em caso de condenação.

A solução, no entanto, consiste em solução simplista, ao lidar de forma binária com a questão eminentemente complexa, como se se tratasse, necessariamente, de uma escolha entre presunção de inocência e impunidade ou, ainda, entre as garantias processuais dos acusados e a efetividade da norma sancionatória, quando seria possível lidar com o assunto de forma mais ponderada e criativa.

É certo que a medida de indisponibilidade de bens se reveste de grande relevância para o interesse público, ao garantir o eventual ressarcimento ao erário no futuro, em caso de procedência da demanda. Ela previne que maiores danos sejam causados ao erário caso o acusado oculte ou se desfaça de seu patrimônio e pode contribuir com as investigações. De fato, uma das vantagens da LIA é que ela sufoca esquemas ilícitos do ponto de vista patrimonial, o que é eficaz, já que a improbidade geralmente envolve o enriquecimento indevido como meio, ou como fim em si mesmo.

Nesse sentido, interromper os fluxos de recursos é importante para interromper a ilicitude, mas cria, também, incentivos para que participantes colaborem com a justiça. Por suas consequências drásticas para os interesses individuais, o mecanismo poderia passar a ser manejado de modo a otimizar o incentivo que ele pode dar aos acusados para que contribuam com as investigações. Ao que tudo indica, o desenho normativo de uma medida de indisponibilidade de bens mais flexível, que admita negociações quanto à sua extensão e duração, poderia criar oportunidades frutíferas de negociações e, com isso, um aumento na efetividade da norma no combate à improbidade administrativa.

Além da falta de critérios para a definição de dolo e do relaxamento dos critérios para o deferimento da medida liminar de indisponibilidade de bens, o terceiro aspecto do projeto de lei que reforça o sistema de presunções que conduz à culpabilidade do réu diz respeito à fase de defesa prévia. Como se viu, os tribunais vêm operando sobre a presunção de que o recebimento da petição inicial, e a consequente continuidade do processamento das ações de improbidade administrativa, é medida que atende, necessariamente, ao interesse público (*in dubio pro societate*). A proposição normativa elimina a fase de defesa prévia.

A medida visa uma maior celeridade nas ações de improbidade administrativa. É possível, por outro lado, imaginar a defesa dessa fase prévia como garantia processual útil a impedir o manejo político de ações de improbidade, bem como que demandas manifestamente incabíveis tramitem por anos, movimentando inutilmente um Poder Judiciário já

sobrecarregado. Novamente, uma solução intermediária poderia ser imaginada, como a manutenção da fase preliminar, porém com a autorização para que, caso seja recebida a petição inicial, o réu seja citado mediante intimação do advogado por diário oficial, evitando com isso que se prolongue o ciclo de citação e que se criem condições para que os réus se esquivem por anos do processo, fugindo do alcance dos oficiais de justiça. A pretensão legítima à aceleração dos trâmites processuais não passa, necessariamente, pela eliminação de garantias processuais e nem estas dependem, necessariamente, da manutenção de procedimentos arcaicos, lentos e anacrônicos.

A fase de defesa prévia poderia ser empregada, ademais, para solucionar a situação delicada em que a LIA tende a colocar os julgadores diante de uma situação de ilegalidade desacompanhada de indícios robustos de dano ao erário ou de dolo do agente público. Com efeito, esse momento processual poderia prestar-se a evitar que a decisão judicial se limite a (i) dar andamento à demanda para sanear a ilegalidade potencialmente penalizando um agente que não necessariamente mereceria a sanção, ou (ii) extinguir o processo, deixando de penalizar o agente, mas permitindo a continuidade de uma situação ilegal e potencialmente lesiva à Administração Pública.²⁰⁰ Isso ocorreria, por exemplo, se após a análise da petição inicial e da defesa prévia, bem como dos documentos colacionados aos autos pelas partes, o juiz pudesse converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública. Essa simples alteração legislativa permitiria que casos envolvendo ilegalidades ou nulidades praticadas sem dano ao erário e sem dolo dos agentes públicos pudessem ser sanadas, sem que o julgador seja induzido a aplicar condenações gravosas sem o devido respeito às mais elementares garantias processuais.

Assim como nas discussões judiciais sobre a aplicação da LIA analisadas ao longo da presente pesquisa, conciliar a efetividade da prestação jurisdicional no combate à corrupção com as garantias processuais dos acusados em um processo sancionatório com impactos gravosos à liberdade dos indivíduos é o grande desafio que se coloca nos debates sobre a reforma da LIA.

²⁰⁰ A relevância desse aspecto da LIA vem sendo apontada pelo Prof. Carlos Ari Sundfeld e chegou ao conhecimento da pesquisadora a partir de sua exposição no seminário promovido em 25.10.2019 na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados instaurada para a análise do PL nº 10.887/18, que visa à reforma da lei em vigor. A ideia foi, novamente, debatida pelo professor na banca de defesa dessa tese de doutorado.

Mais informações sobre o Seminário estão disponíveis em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/604235-SEMINARIO-EM-SAO-PAULO-DEBATERA-MUDANCAS-NA-LEI-DE-IMPROBIDADE-ADMINISTRATIVA>>, acesso em 12.06.2020.

CONCLUSÕES

Desde 1988, o combate à improbidade administrativa como o conhecemos hoje no Brasil passou a ser um projeto assegurado constitucionalmente. Atendendo a um forte clamor popular, a lei que regula a imposição de sanções aos atos de improbidade administrativa é resultado de uma preocupação com o fenômeno da corrupção, que apontava para a necessidade de se criarem mecanismos para promover a moralidade no âmbito dos poderes públicos e de combater a impunidade que tradicionalmente cercou os ilícitos cometidos por integrantes dos altos escalões da política.

Buscou-se, assim, impor ao agente público o dever subjetivo de, no exercício das suas funções, não se aproveitar dos poderes ou facilidades dela decorrentes em proveito de interesses pessoais ou de terceiros. A ação governamental de combate à corrupção e à improbidade administrativa encontra forte ressonância no ambiente internacional e, mais recentemente, tornou-se uma das prioridades nas metas de política judiciária no Brasil.

A análise da literatura produzida sobre o tema permite concluir, como se viu, que o instituto da improbidade administrativa não pode ser prontamente classificado como um instituto de direito civil, penal ou administrativo. Ele nasceu, entre nós, portador de uma natureza jurídica dúbia, ao mesmo tempo se aproximando e se afastando dos conceitos de crime e de pena. Por meio da LIA, condutas lesivas ao patrimônio público ou aos princípios que regem a Administração Pública, praticadas por agentes públicos em comunhão ou não com agentes privados, recebem sanções gravosas, com finalidades ressarcitória, preventiva e retributiva, impostas mediante um processo judicializado, que tramita em varas cíveis ou da fazenda pública, obedecendo a um rito processual próprio, ainda que marcadamente regido pelo CPC.

A LIA pode ser incluída no rol dos instrumentos de controle externo da Administração Pública e vem sendo majoritariamente utilizada em processos de responsabilização de prefeitos e secretários municipais. Uma das características inerentes à aplicação da LIA é o fenômeno da múltipla incidência, pelo qual indivíduos podem, por um único ato, ser submetidos a diversos regimes de responsabilidade. É bastante comum, por exemplo, a situação em que o cidadão responde a uma ação penal e a uma outra de improbidade administrativa, ou, ainda, a uma ação popular e a uma outra de improbidade administrativa. Essa situação suscita dúvidas dogmáticas importantes quanto ao regime jurídico processual aplicável às improbidades, sobretudo no que diz respeito aos standards de prova, aos critérios

de distribuição do ônus da prova, à aplicação do princípio da tipicidade estrita e aos requisitos de imputação subjetiva (dolo ou culpa).

O fenômeno levanta, ainda, uma questão importante sobre a necessidade de coordenar as diferentes instâncias de responsabilização aptas a incidirem sobre um único ato praticado por determinado agente. Se, com frequência, os tribunais brasileiros vêm afirmando a absoluta independência entre elas, a realidade, no entanto, é que se torna cada vez mais difícil negar os seus evidentes pontos de contato.

As diversas omissões e a falta de clareza da LIA quanto ao procedimento pelo qual as demandas de improbidade administrativa devem ser processadas, quanto às garantias processuais aplicáveis ou não aos acusados e quanto aos critérios objetivos e subjetivos de responsabilização dos agentes conduziram a um amplo debate doutrinário acerca da sua natureza civil, penal ou administrativa, sem solução definitiva. Com efeito, como se viu, os próprios limites entre os diversos ramos do direito são alvo de questionamento e tornam-se cada vez menos úteis para descrever uma realidade crescentemente complexa.

Se, por um lado, a busca por uma definição da natureza jurídica da LIA pode ser pouco útil para determinar o regime jurídico que deve reger as ações de improbidade administrativa, por outro lado é inegável a necessidade de, na prática, se esclarecer a forma pela qual essas demandas devem ser processadas, obedecendo a tais ou quais princípios, de sorte a acomodar, ao mesmo tempo, a garantia do devido processo legal na aplicação de sanções gravosas a indivíduos em um Estado de Direito e o combate efetivo e célere a condutas ímprobas, indesejadas e reprováveis. Essa tarefa passou a ser exercida, caso a caso, pelos tribunais brasileiros, abrindo espaço para que os atores envolvidos na aplicação da norma canalizassem conflitos político-institucionais para a esfera judicial e, nela, disputassem os sentidos da aplicação da norma.

A presente pesquisa buscou, assim, ampliar a compreensão sobre como se dá o fenômeno de responsabilização judicial dos agentes políticos pela LIA, descrevendo a dinâmica das diferentes instituições implicadas na construção desse sistema de responsabilização jurídica no Brasil. Como parte relevante desse processo se desenrola nos tribunais, buscou-se, ainda, avaliar a atuação do Poder Judiciário nesse processo, verificando se as teses que vêm sendo firmadas sobre o tema são capazes de criar segurança jurídica ou se, ao contrário, abrem espaço para o voluntarismo, o casuísmo e o subjetivismo.

Aplicando a metodologia de análise das decisões (FREITAS FILHO; LIMA, 2010), procurou-se esclarecer o processo de construção de sentido para a LIA em curso nos tribunais brasileiros, a partir do preenchimento progressivo das indefinições e lacunas legislativas

existentes, tomando os tribunais brasileiros como arenas de interação entre agentes políticos, que se utilizam de um discurso técnico-jurídico e mobilizam a bandeira da moralização do Estado para a aplicação da norma em contextos políticos e sociais complexos.

De fato, nas decisões judiciais, especialmente nos tribunais superiores, além da solução para os casos concretos, também estão em disputa os contornos de um projeto de Estado que atribui papéis específicos ao Direito, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e aos poderes políticos representativos na organização social. A partir de uma concepção sobre essas questões, os integrantes do STJ e do STF, ao exercerem a sua atribuição institucional de uniformizar a aplicação e a interpretação da legislação federal e proteger a Constituição, respectivamente, criam precedentes e constroem, politicamente, os limites do funcionamento das investigações e dos processos de improbidade administrativa.

A pesquisa empírica concentrou-se, assim, nos tribunais superiores e consistiu na análise sistemática e qualitativa de 164 decisões judiciais. As decisões analisadas revelam uma corte dividida e que, na ausência de bases legais e dogmáticas mais consistentes, muitas vezes recorrendo a princípios e presunções, passou a exercer uma função regulatória casuística e voluntarista, que flutua ao sabor da política institucional.

A maior parte das condenações analisadas fundamentou-se na ocorrência de violação aos princípios que regem a Administração Pública, nos termos do artigo 11 da LIA, um dispositivo de teor vago em grande parte responsável por acentuar a natureza principiológica da lei. Ademais, os ministros frequentemente utilizaram princípios para fundamentar as suas decisões.

Em função da existência, nos casos concretos, de partes em polos opostos, a mobilização desses princípios evidencia a coexistência de duas posturas distintas face ao Direito: de um lado, a busca pela imposição de sanções aos réus em ações de improbidade em razão do descumprimento de princípios substantivos, como os da moralidade, impessoalidade e legalidade; de outro, uma postura defensiva montada sobre argumentos processuais, invocando os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade. De todo modo, os argumentos dos órgãos de controle acolhidos pelos tribunais também mobilizaram princípios no sentido de flexibilizar procedimentos e ampliar a eficiência condenatória do Estado, como os princípios da economia processual, da celeridade e da instrumentalidade das formas.

Com frequência, o recurso a princípios nos casos analisados chama a atenção por seu uso retórico e superficial, pela sua vagueza e, conseqüentemente, pelo espaço que abrem para o voluntarismo das decisões judiciais. Como resultado, muitas vezes, das decisões

analisadas, não é possível extrair a racionalidade que orienta o tribunal, que falha em produzir algum nível de segurança jurídica.

Uma melhor compreensão da LIA, que inclua a dimensão da sua eficácia, passa, também, por reconhecer que sua aplicação se desenrola em um contexto político e social específico, influenciada por algumas ideias que habitam o imaginário político brasileiro. Da análise das decisões selecionadas, é possível vislumbrar algumas ideias que povoam o imaginário dos integrantes do STJ e do STF a respeito do Estado, da sociedade brasileira e da política nacional.

A primeira dessas ideias é a de que as relações entre as esferas pública e privada são especialmente complexas no Brasil, uma sociedade marcada pela resistência à impessoalidade e à universalidade necessárias à cidadania democrática. A segunda noção fundamental é a de que os poderes políticos representativos atuam de forma auto interessada, em prol de interesses particularistas e, divorciados da sociedade, não são capazes de garantir o devido respeito à ordem constitucional. O imaginário político brasileiro é marcado, ainda, pela ideia de que o tecido social é frágil e de que a sociedade civil sofre de uma incapacidade crônica de se mobilizar. E, finalmente, em função das ideias anteriores, há quem defenda que caberia aos órgãos do sistema de justiça, paralelos ao sistema político representativo, tutelar os direitos dessa sociedade civil fraca e desorganizada contra as instituições políticas corrompidas de um Estado inoperante e contra o mandonismo local, de modo a garantir que a lei seja cumprida e a arbitrariedade seja punida.

Conforme se extrai das decisões analisadas, alguns dos integrantes dos tribunais superiores externaram posicionamentos compatíveis com esse universo ideológico. Quando isso ocorre, dois são os posicionamentos adotados pelos ministros: essa realidade política pode justificar as condutas e, portanto, acarretar a absolvição do réu acusado de improbidade; ou, ao contrário, os julgadores atribuem às instituições de justiça a missão de sanear os usos e costumes políticos, inculcando a moralidade na atuação dos agentes públicos no país e combatendo a impunidade.

Quanto às sanções da LIA, os tribunais atribuem a elas uma função sobretudo punitiva e reconhecem, ainda, seu caráter didático. A preocupação com a proporcionalidade da sanção é frequente, mas a preocupação com a garantia de devido processo legal e de controle do poder sancionador aparece com mais frequência apenas nos votos vencidos.

As discussões sobre os contornos do poder sancionador do Estado, em geral, e o sancionamento das condutas previstas na LIA, nos casos concretos, é transpassada por duas visões distintas: uma delas focada na limitação do poder sancionador do Estado e nas garantias

individuais; a outra, focada no combate à corrupção e à impunidade e na imposição de sanções gravosas e exemplares. A realidade desses dois posicionamentos coincide com a divisão dos integrantes dos tribunais entre aqueles que buscam aproximar a LIA de um regime de direito processual penal, enquanto outros a aproximam de um regime processual civil.

De fato, identificou-se a tendência a um tratamento dual das discussões dogmáticas sobre a LIA, que opõe (i) a proteção das garantias processuais e a contenção de um possível arbítrio sancionatório estatal; e (ii) a efetivação de princípios constitucionais fundamentais como o da moralidade pública, a preservação do erário e o combate à impunidade dos ilícitos praticados por altas autoridades.

Essa tensão acerca dos sentidos atribuídos à aplicação da LIA foi melhor explorada a partir de uma compreensão aprofundada dos processos nos quais os tribunais superiores discutiram a questão do foro por prerrogativa de função. A intrincada questão institucional de definir se juízes de primeiro grau podem conduzir agentes políticos da mais alta expressão a sanções de perda do cargo e a suspensão de direitos políticos evidenciou um processo de construção de um entendimento majoritário em torno de uma aplicação mais incisiva da norma sobre agentes políticos.

Nesse sentido, a preocupação com o uso político da LIA e a visão do foro por prerrogativa de função como garantia do réu deu lugar à preocupação com o combate à corrupção e o foro por prerrogativa passou a ser visto como um privilégio antirrepublicano. Foi assentado, assim, o entendimento pela possibilidade de submissão do agente político ao duplo regime sancionatório e descartado o foro por prerrogativa de função para a tramitação desses processos.

A partir dessas decisões, verificou-se também em que medida os tribunais se preocupam em estabelecer normas sobre como um procedimento pode, ou não, interferir no outro em termos de provas e resultados, vale dizer, coordenar a incidência de múltiplos regimes sancionatórios. De maneira geral, as múltiplas esferas de responsabilidade jurídica são tidas como independentes, e a tese que vem prevalecendo sobre o tema permite que os diversos procedimentos e seus desdobramentos tramitem de maneira absolutamente independente, o que permite que os órgãos de controle definam, caso a caso, como fazer essa coordenação. Cuida-se, no entanto, de questão ainda não resolvida e a respeito da qual os tribunais terão de, eventualmente, se manifestar.

De fato, como restou evidenciado, o debate sobre o combate à corrupção e à improbidade administrativa revela um importante diálogo institucional, ainda em curso, para definir os papéis institucionais do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes

representativos do país. Tal diálogo é perpassado por uma disputa político-jurídica em torno do sentido da aplicação da LIA que, conforme se argumentou, pode ser ilustrada em um modelo de tipos ideais que distingue duas leituras diametralmente opostas acerca da norma: o punitivismo e o garantismo.

Marcada por uma primazia da pretensão de preservar a moralidade administrativa e proteger o erário, a leitura punitivista da LIA concentra-se sobre a imposição de penas exemplares a agentes ímprobos, como maneira de desestimular a prática de condutas reprováveis. O foco da proteção legal recai sobre a sociedade, de modo que o descumprimento da lei que acarreta prejuízo à Administração é tido como inescusável.

Do ponto de vista jurídico, geralmente a partir de uma aproximação da LIA ao regime processual civil, isso pode significar a defesa de interpretações que permitam presumir dolo ou culpa do agente ou, ainda, o dano ao erário. Pode, ainda, traduzir-se na tendência a defender a aplicação de normas processuais mais flexíveis e o fortalecimento dos órgãos de controle, seja a partir da independência das diversas esferas de responsabilidade em prol da efetividade da LIA, seja a partir da submissão de todo e qualquer agente público e político à LIA, cujos processos devem tramitar e ser julgados perante a justiça comum. Tal postura pode adquirir um contorno radical se evoluir para o pânico moral segundo o qual todo desvio deve ser punido, a qualquer custo.

Já a leitura garantista da LIA caracteriza-se pela primazia da pretensão de proteger os direitos e garantias do indivíduo acusado de improbidade a partir do controle do arbítrio estatal na imposição de sanções. O foco da proteção legal recai sobre o indivíduo, sobre os seus direitos fundamentais.

Juridicamente, esse posicionamento está alinhado à defesa de um marco processual mais rígido, geralmente referido ao processo penal, de modo que as condenações dependeriam standards de prova mais exigentes. Vincula-se, ainda, à defesa do poder discricionário do gestor público democraticamente eleito e responsável pela elaboração de políticas públicas frente à atuação dos órgãos de controle, além da necessidade de desenvolvimento de mecanismos de coordenação das diversas esferas de responsabilidade que incidem sobre um único fato, mormente com vistas a evitar o *bis in idem* e a desproporcionalidade das sanções. Tal postura pode se tornar nociva caso evolua para a absolvição moral, ao justificar e deixar de punir agentes que cometem ilícitos pelo simples fato de tais ilícitos serem amplamente praticados.

A tensão entre garantismo e punitivismo serve como categoria explicativa da forma de aplicação da LIA pelos tribunais superiores, por traduzir as duas visões distintas que

efetivamente permearam as decisões proferidas nos casos analisados no que diz respeito à função das instituições de justiça no sancionamento das improbidades.

Uma vez definido pelos tribunais superiores que as ações de improbidade administrativa poderiam correr na primeira instância, coube sobretudo ao STJ dirimir as dúvidas quanto à correta aplicação da legislação federal. Os casos analisados revelaram que, com o passar do tempo, por obra da jurisprudência, alguns aspectos do texto da LIA tiveram seu sentido progressivamente definido em torno de um entendimento que garante aos órgãos de controle uma série de mecanismos que os habilitam a impor sua visão de moralidade pública a gestores públicos em todo o país. De fato, as decisões analisadas revelam uma corte dividida, mas que vem, progressivamente, atribuindo à aplicação da LIA um sentido mais punitivista.

Evidentemente, o Ministério Público, assim como o Poder Judiciário, são instituições complexas e compostas por muitos indivíduos autônomos e diversos entre si, de modo que é impossível generalizar a todos eles uma única interpretação da LIA e uma atuação estratégica no sentido de cristalizar tal interpretação pela via jurisprudencial. Cuida-se, no entanto, de uma postura institucional relativamente prevalente, identificada a partir dos casos selecionados e analisados na presente pesquisa.

A alta taxa de êxito do Ministério Público, vitorioso na maior parte dos casos analisados em que se debateram teses processuais, revela seu sucesso na litigância estratégica pelo significado e sentido da aplicação da LIA. De fato, diversas teses firmadas pelo STJ nos casos analisados revelam a existência de mecanismos jurídicos que facilitam o ajuizamento da demanda pelo Ministério Público, reduzindo as chances de que ela se frustre em razão de obstáculos formais, como a ilegitimidade de parte, a ocorrência de prescrição, a necessidade de observância do princípio da tipicidade estrita ou a necessidade de pagamento de custas processuais.

Ademais, foram identificados quatro mecanismos de presunção que conduzem a uma ampliação das chances de que as ações de improbidade administrativa sejam julgadas procedentes, no mérito. O primeiro deles diz respeito à medida liminar de indisponibilidade de bens. Uma vez ajuizada a demanda, para garantir o eventual ressarcimento ao erário, o demandado provavelmente terá seus bens atingidos por uma medida liminar de indisponibilidade de bens, sem que se exija do autor qualquer indício ou prova que ele pretende ou tem razões para desviar, danificar ou ocultar o seu patrimônio de modo a prejudicar o eventual futuro ressarcimento ao erário.

O segundo desses mecanismos de presunção refere-se à fase de admissibilidade, vale dizer, de recebimento, ou não, da petição inicial apresentada pelo Ministério Público, a fim

de transformar o demandado em réu. Como se viu, após a apresentação de defesa prévia, é provável que a petição inicial seja recebida, em função da aplicação do princípio *in dubio pro societate*. O interesse da sociedade é lido, assim, como coincidente com a continuidade dos processos, com vistas à futura punição de eventuais agentes ímprobos. Desse modo, a ação prosseguirá em tramitação, com a produção de provas, por anos.

No momento de prolação de sentença, caso se identifique a ocorrência de dano ao erário, devem incidir as sanções relativas ao ilícito previsto no artigo 10 da LIA. Todavia, em algumas hipóteses, o STJ vem admitindo que o dano ao erário seja presumido, como é o caso em alguns dos julgados analisados envolvendo situações de inobservância estrita das regras da lei de licitações. Cuida-se, assim, de um terceiro mecanismo de presunção que pode ser aplicado pelos tribunais em desfavor do réu, dando margem a casuísmos.

Ainda que ausente dano ao erário, o ato de improbidade pode ser enquadrado no artigo 11 da LIA, para fins de aplicação de sanção. E, nesse caso, mesmo que não se tenha indicação de que a vontade do agente se dirigiu à violação dos princípios da Administração Pública, caso assim entendam os julgadores, é possível que o dolo venha a ser presumido, como ocorreu em algumas das decisões analisadas. Com efeito, em alguns casos, a decisão judicial fundamentou-se sobre o entendimento de que o agente deveria conhecer a forma correta de interpretação e aplicação da norma no caso concreto, o que é bastante complexo no caso de uma norma dúbia e cheia de recursos a conceitos indeterminados, sobre os quais os próprios órgãos de controle muitas vezes discordam entre si.

Tais mecanismos de presunção transformam a aplicação da LIA em um processo de cartas marcadas: uma vez incluído no polo passivo de uma ação improbidade administrativa, é extremamente difícil que um agente público consiga se desvencilhar das acusações que lhe foram imputadas a partir de uma argumentação jurídica racional. Nesse contexto, o sucesso da defesa de um agente público passa a depender menos de fatos e provas e mais do entendimento subjetivo do seu julgador, decorrente do seu posicionamento pessoal dentro do espectro punitivismo-garantismo anteriormente delineado, da sua interpretação acerca da gravidade dos fatos narrados no processo, bem como de uma avaliação das condições político-institucionais e até mesmo eleitorais que permeiam o caso.

Havendo condições políticas e institucionais para a condenação do réu, ela virá geralmente acompanhada da mobilização retórica de vagos princípios jurídicos e do recurso ao sistema de presunções processuais ora apresentado. Caso contrário, a sua absolvição poderá vir no esteio do recurso a princípios importados do regime processual penal para o âmbito das improbidades administrativas.

Colocados à disposição dos órgãos de controle, esses instrumentos terminam por conferir ao Ministério Público e ao Poder Judiciário uma posição privilegiada na disputa político-institucional em que se inserem, pois os permite impor, se e quando entendam conveniente, a sua visão sobre a moralidade administrativa aos gestores públicos, com base em sanções exemplares. A pesquisa confirma, assim, que a LIA reduziu as margens de liberdade e discricionariedade de atuação do Poder Executivo e, por outro lado, ampliou a autonomia do Ministério Público e do Poder Judiciário e ponta como isso se deu, na prática.

Como se vê, na falta de normas mais claras e bem construídas, a mobilização retórica de princípios e os mecanismos de presunção construídos jurisprudencialmente permitem que réus de ações de improbidade administrativa sejam condenados ou absolvidos a partir de decisões com fundamentação insuficiente e, por isso mesmo, pouco previsíveis. Somados à ausência de vinculação dos tribunais superiores aos seus próprios precedentes e a uma estrutura judicial que dificulta a extração da própria razão de decidir dos tribunais de cada caso, o resultado é um processo tortuoso de definição judicial de um sentido para a LIA, em grande medida submetido ao casuísmo e ao subjetivismo.

A partir de um consenso pessimista sobre a política, o Estado e a Administração Pública no Brasil, uma parcela dos integrantes das instituições de controle de fato arrogaram-se o dever de resgatar o país da imoralidade e da corrupção. O efeito colateral desse voluntarismo político é um cenário institucional de ampla insegurança jurídica e no qual administradores e gestores públicos passam a ter receio de se verem no polo passivo de demandas judiciais de improbidade, dotadas de impactos políticos e pessoais potencialmente catastróficos. Tal panorama pode conduzir ao esvaziamento do interesse geral pelos cargos políticos representativos, bem como pelos cargos públicos com responsabilidade sobre o orçamento e a ordenação de despesas. Cria-se, assim, uma tendência antidemocrática, que dificulta a prática da gestão pública ao mesmo tempo em que dela afasta o cidadão. No limite, a busca por depuração ética da política pela via judicial revela seu potencial para tornar a democracia brasileira refém de uma constante crise de pânico moral.

Em suma, a LIA falha enquanto estratégia regulatória de comando e controle. Em primeiro lugar, porque os comandos, em si mesmos, são pouco claros. Marcada pela sua natureza vaga e principiológica, a norma dificulta que o agente público possa dela se utilizar como critério para pautar seu agir cotidiano: em situações concretas, princípios não fornecem um parâmetro claro de conduta. De outro lado, essa mesma característica da norma viabiliza um comportamento voluntarista por parte dos órgãos de controle na definição do que é, caso a

caso, considerado improbidade administrativa ou não. A norma falha, portanto, em fornecer segurança jurídica.

Ademais, a desobediência aos comandos da LIA é, geralmente, difícil de comprovar. Com efeito, atos de improbidade administrativa e de corrupção tendem a ser encobertos e travestidos de atos regulares e legais. A dificuldade de realizar a prova do ato ímprobo pode ser mais um dos fatores a contribuir para que os órgãos de controle sejam seduzidos pelo uso de princípios abstratos e por mecanismos de presunção, reforçando o voluntarismo na condução das ações de improbidade administrativa por parte do Poder Judiciário.

Ao ter de aplicar uma norma mal construída, abundante em termos vagos e repleta de omissões processuais, os juízes via de regra são colocados entre dois polos processuais opostos e levados a lidar com as complexas questões dogmáticas que ela lhes apresenta a partir de uma perspectiva binária. Comprimidos pelos limites da sua função jurisdicional, as soluções encontradas pelos juízes resultam casuístas, limitadas ao caso concreto, sujeitas às alterações das composições das cortes e tolhidas de alternativas criativas e voltadas à imaginação institucional das quais se podem valer juristas, teóricos do direito e legisladores.

Esse quadro leva a crer que, muito provavelmente, o combate à improbidade administrativa poderia ser endereçado de maneira mais produtiva a partir de um foco em outros mecanismos de *enforcement* de viés preventivo, com vistas justamente a minimizar as chances de ocorrência de atos de improbidade, bem como de criar mecanismos de incentivo para que agentes eventualmente envolvidos em condutas indesejáveis retornem ao plano da legalidade.

Não obstante, os debates mais recentes acerca da reforma da LIA apresentam-se como importante oportunidade de assegurar o seu aprimoramento. Discussões a este respeito deveriam passar, por exemplo, por uma potencial ampliação da legitimidade ativa para a propositura de ações de improbidade administrativa; por uma revisão do artigo 11 da LIA, cujo escopo é excessivamente vago ao tipificar como ilícita a violação aos princípios que regem a Administração Pública; por uma definição legal mais clara do elementos que integram o elemento subjetivo necessário à configuração de ato de improbidade administrativa; por um desenho mais inteligente da medida de indisponibilidade de bens que eventualmente a admita como elemento passível de negociações quanto à sua extensão e duração em favor da produção de provas ou da abreviação do processo; e, ainda, pelo emprego mais razoável da fase de defesa prévia, admitindo citações via imprensa oficial e, eventualmente, permitindo que os magistrados convertam a ação de improbidade em ação civil pública, nos casos em que a ilegalidade apontada não esteja acompanhada de indícios suficientes de dolo do agente público.

A partir dos casos analisados, o sentido da aplicação da LIA construído nos tribunais pôde ser explicado a partir da interação entre agentes que assumem posicionamentos diversos, diametralmente antagônicos, ora mais vinculados a um viés garantista, ora mais vinculados a um viés punitivista. Uma melhor aplicação da LIA, no entanto, dependeria de abandonar essa dicotomia e avançar por soluções jurídicas na esfera dogmática e na via legislativa, com vistas a conciliar, em alguma medida, a efetividade da prestação jurisdicional no combate à corrupção com as garantias processuais dos acusados em um processo sancionatório com impactos gravosos na liberdade dos indivíduos.

Um debate jurídico mais ponderado e criativo talvez pudesse apresentar soluções para que a pretensão à aceleração dos trâmites processuais e da efetividade da LIA não precise ser contraposta, na prática jurídica, pela relativização de garantias processuais. Em sentido inverso, construções teóricas e normativas poderiam se dirigir à criação de mecanismos jurídicos de manutenção das garantias fundamentais que prescindam de procedimentos arcaicos, lentos e anacrônicos. Tal debate deverá enfrentar as dificuldades de se desenvolver no âmbito de um diálogo institucional em curso, no qual estão em jogo os papéis institucionais do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos poderes representativos do país.

REFERÊNCIAS²⁰¹

ACCIOLY, João Pedro. *Improbidade administrativa e proibição de contratar com o Poder Público*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais* (tradução de Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008.

ALLEN, Kieran. *Max Weber – a critical introduction*. London: Pluto Press, 2004.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo; e HENRIQUES DA COSTA, Susana (coord). “A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa”. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Série Pensando o Direito nº 34, 2011, disponível em <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/34Pensando_Direito1.pdf>. Acesso em 15 mar. 2017.

ARANTES, Rogerio Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ/ Editora Sumaré/ FAPESP, 2002.

_____. “Ministério Público na fronteira entre a Justiça e a Política”. *In Justitia*, 64 (197). São Paulo, jul/dez. 2007, p. 325-335.

_____. “O Ministério Público e a corrupção política em São Paulo”. *In SADEK, Maria Tereza (org). Justiça e cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2009, p. 23-116).

_____. “Cortes Constitucionais”. *In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Fernando Filgueiras, Juarez Guimarães, Heloisa Starling. (Org.). Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

_____. “Rendición de cuentas y pluralismo estatal en Brasil: Ministerio Público y Policía Federal”. *Desacatos*, Mexico, n. 49, p. 28-47, dez. 2015. Disponível em <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1607-050X2015000300028&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 03 jun. 2020.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. “O microssistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras”. *In Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, 2012, v. 2. Disponível em <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/43/26>. Acesso em 3 mar. 2019.

BADIN, Arthur Sanchez. “Controle judicial das políticas públicas - contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar”. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁰¹ De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT NBR 6023).

BAILEY, Kenneth D. “Typologies and Taxonomies: An Introduction to Classification Techniques”. Sage University Paper series on Quantitative Applications in the Social Sciences, 07-102. Thousand Oaks: Sage, 1994.

BARBÃO, Jaqueline; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. “Retrato do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAD)”. In: Revista CNJ, v.2, 2017/2018, p. 24-33. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/f322d859e3b30d14e4446ec36b4c0e0d.pdf>>. Acesso em 07 fev. 2019.

BOTELHO, André. “Público e privado no pensamento social brasileiro”. In André Botelho e Lilia Moritz Schwarcz (org.), *Cidadania, um projeto em construção*. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 48-59

BUENO, Cássio Scarpinella. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual público, direito processual coletivo, vol. 2, tomo 3*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL NETTO, J. *CONAMP-CAEMP: uma história sem fim*. PortoAlegre: Magister, 2009. Disponível em <https://www.conamp.org.br/images/livros/CONAMP_-_Uma_historia_sem_fim.pdf>. Acesso em 05 dez. 2019

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo – vol. II*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CANDIDO, Antonio. “O significado de ‘Raízes do Brasil’” (prefácio). In HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CARDOSO, Evorah; CUSTÓDIO, Rafael; CALDERONI, Vivian; CARVALHO, Sheila de (coord). “Independência funcional e controle interno nas carreiras da Magistratura e do Ministério Público na capital paulista”. Série Conectas. Conectas Direitos Humanos: São Paulo, 2016. Disponível em <<https://www.conectas.org/publicacoes/download/independencia-funcional-e-controle-interno-nas-carreiras-da-magistratura-e-ministerio-publico-na-capital-paulista>>. Acesso em 17 jan. 2019.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. “Uma espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional”. Tese de doutorado. Fundação Getúlio Vargas – FGV. Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Novos diagnósticos do enfrentamento da corrupção”. Maio de 2012. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_diag_improbidade.pdf. Acesso em 7 fev. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores”. Revista Consultor Jurídico, 16.04.2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores>>. Acesso em 13 fev. 2019.

_____. *Direito Administrativo*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIMOULIS, Dimitri; GROSS CUNHA, Luciana; OLIVEIRA RAMOS, Lucina de (org.). “*O Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade*”. São Paulo: Direito GV, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curto de Processo Constitucional – controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. “Aspectos da aplicação adequada da Lei de Improbidade Administrativa no atual enfrentamento à corrupção no Brasil”. In Ministério Público Federal – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília: MPF, 2018. p. 142-193. Disponível em <http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>> e <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>>.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, José Eduardo. *Corrupção, justiça e moralidade pública*. São Paulo: Perspectiva, 2019. _____. “Há uma mudança no conceito de prova, de processo e de delito: Entrevista com José Eduardo Faria”. O Estado de São Paulo, *Blog Estado da Arte*, 06.02.2018. Disponível em <https://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/ha-uma-mudanca-no-conceito-de-prova-de-processo-e-de-delito-entrevista-com-jose-eduardo-faria/>>. Acesso em 25 abr. 2018.

FERRAZ, Cláudio; FINAN, Frederico. “Exposing Corrupt Politicians: The Effects of Brazil’s Publicly Released Audits on Electoral Outcomes”. In *The Quarterly Journal of Economics*, mai/08. Disponível em https://eml.berkeley.edu/~ffinan/Finan_Audit.pdf>. Acesso em 10 dez. 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação”. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. “O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública”. In *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, e1937. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201937>

FILGUEIRAS, Fernando; AVRITZER, Leonardo. “Corrupção e controles democráticos no Brasil”. In: CARDOSO JR. José Celso; BERCOVICI, Gilberto (org). *República, Democracia e Desenvolvimento – contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2013.

FINNIS, John. “Foundations of Practical Reason Revisited”. *Journal Articles*. Notre Dame Law School, v. 50, Paper 868, 2005. Disponível em: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/868. Acesso em 17 set. 2019.

FREITAS, Juarez. “Do princípio da probidade administrativa e da sua máxima efetivação”. In *Revista de Informação Legislativa*, vol. 33, n. 129, jan/mar 1996, p. 51-65. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176382>.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. “Metodologia de Análise de Decisões – MAD”. In: *Universitas Jus*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/1206/0>>. Acesso em 17 dez. 2019.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da Moralidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GIBBS, Jack. “Deterrence Theory and Research” (1986). In: MACAULAY, Stewart;

FRIEDMAN, Lawrence M.; MERTZ, Elizabeth. *Law in Action – a socio-legal reader*. New York: Foundation Press, 2007.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (coord). *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>>. Acesso em 7 fev. 2019.

GOFFMAN, Erving. *Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. “A corrupção e o Direito Administrativo Sancionador”. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

GRINOVER, Ada (coord). “Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde”. Relatório de pesquisa. CEBEPEJ – FGV Direito SP. São Paulo: 2014. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18674/CPJA_Grinover%3B%20Watanabe%3B%20Sica%3B%20Alves.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 18 mar. 2019.

HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HENRIQUES DA COSTA, Susana. “O Poder Judiciário e a Tutela do Patrimônio Público e da Modalidade Administrativa no Estado Democrático de Direito”. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2006.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Boston: Harvard University Press, 2004.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 5ª ed. Coimbra: Ed. Armênio Amado, 1979. LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto – o Município e o regime representativo no Brasil*. 7ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LOBO DA COSTA, Regina Helena. “Direito administrativo sancionador e direito penal: a necessidade de desenvolvimento de uma política sancionadora integrada”. In: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MACHADO, Maíra Rocha. “O plano local e supra-estatal de gestão de problemas e conflitos internacionais. O direito moderno em face da internacionalização do campo jurídico”. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

_____. “Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 112, p. 189-211, 2015.

_____. “Independência como indiferença: a face jurídica da multiplicidade institucional em casos de corrupção”. No prelo.

MALDONADO, Daniel Eduardo Bonilla. “O formalismo jurídico, a educação jurídica e a prática profissional do direito na América Latina”. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, vol. 36, n. 2, jul-dez 2012, p. 101-134.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. “Os sete impasses do controle da Administração Pública no Brasil”. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (coord.) *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017. p. 21/38

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA OSÓRIO, Fábio. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. “Conceito de *in dubio pro societate* deve ser repensado à luz da justa causa”. *In O Globo*. Opinião, 27.02.2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniaojusta-causa-20832050>>. Acesso em 10. dez. 2019.

_____. *Direito Administrativo Sancionador*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy* – v. 1. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. “Onze ilhas”. *In Folha de São Paulo*, Opinião, Tendências e Debates, 02/02/2010, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>, último acesso em 20/06/2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. São Paulo: Juspodium, 2018.

MICHELON, Claudio. “Practical wisdom in legal decision-making”. *Working Paper Series*, n. 13, 2010, University of Edinburgh, School of Law. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1585929>. Acesso em 17 set. 2019.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

NEISSER, Fernando Gaspar. “A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: Um debate pela perspectiva penal”. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. 313p.

NOBRE, Marcos. “Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil”, *in* Cadernos Direito GV, n.1, set. 2004, pp. 3-19.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. “Sanções administrativas e prevenção da lavagem de dinheiro”. *In*: BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (coord.) *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de (org.). *Justiça em foco: estudos empíricos*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. “Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?” In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord.). *Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 99 – 128.

POMPEU, Ana; FREITAS, Hyndara; CARNEIRO, Luiz Orlando. “Supremo derruba a possibilidade de prisão após condenação em 2ª instância”. In: *Jota*, Do Supremo, 07.11.2019. Disponível em <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/supremo-derruba-a-possibilidade-de-prisao-apos-condenacao-em-2a-instancia-07112019>>. Acesso em 10 dez. 2019.

PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. “Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil”. In: Anais do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em direito, Manaus, 2006. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf>, acesso em 03.06.2020.

PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. “Núcleos de combate à corrupção: um novo arranjo institucional para uma atuação ministerial eficiente”. In: Ministério Público Federal – 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Avanços e desafios no combate à corrupção após 25 anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa*. Brasília: MPF, 2018. p. 142-193. Disponível em <<http://intranet.mpf.mp.br/areas-tematicas/camaras/combate-a-corrupcao/publicacoes>> e <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes>>. Acesso em 12 set. 2019.

RAMOS, Luciana de Oliveira et al. “Relatório ICJBrasil – 1º semestre/2017”. São Paulo: FGVDireitoSP, 2017. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/relatorio_icj_1sem2017.pdf>. Acesso em 8 mar. 2019.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro – a formação e o sentido do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Global, 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Corrupção e Jeitinho Brasileiro”. In: Silva, Felipe Gonçalves; Rodrigues, José Rodrigo. *Manual de Sociologia Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 463-479.

_____. “A política jurídica da Lava Jato”. In: Silva, Felipe Gonçalves; Rodrigues, José Rodrigo. *Manual de Sociologia Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 481-495.

_____. *Como decidem as cortes?* São Paulo: FGV, 2013.

_____. “Dogmática é conflito: a racionalidade jurídica entre sistema e problema”. In: José Rodrigo Rodriguez, Flavia Portella Püschel e Marta Rodriguez de Assis Machado (org.). *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico – direito e economia na regulação setorial*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHMITZ, Leonard Zieseimer. *Fundamentação das decisões judiciais – a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SIMÃO NETO, Calil. *Improbidade Administrativa – teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

SILVA, César Dario Mariano da. “Sanções por atos de improbidade também podem ter execução provisória”. *Revista Consultor Jurídico*, 28.02.2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-fev-28/cesar-dario-sancoes-improbidade-podem-execucao-provisoria#_ftn6>. Acesso em 14 fev. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”. *In: Revista de Direito Administrativo*. 250 (2009), p. 197-227.

_____. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* (1) 2003, pp. 607-630.

STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TAMASAUSKAS, Igor Sant’Anna. *Corrupção política*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAYLOR, Matthew. *Judging policy. Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TEIXEIRA, Adriano; ESTELLITA, Heloisa; e CAVALI, Marcelo. “Ne bis in idem e o cúmulo de sanções penais e administrativas – um ‘Estado Hidra de Lerna’?”. *In: JOTA*, 01.08.2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ne-bis-in-idem-e-o-cumulo-de-sancoes-penais-e-administrativas-01082018>>. Acesso em 1 mar. 2019.

TYLER. Tom R. *Why people obey the law*. New Jersey: Princeton University Press, 2006

VERISSIMO, Marcos Paulo. “A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988”. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VILHENA VIEIRA, Oscar. “Custos do Estado de Direito”. *In*: Folha de São Paulo, Opinião – colunas e blogs, 31.08.2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2019/08/custos-do-estado-de-direito.shtml>>. Acesso em 10 dez. 2019.

VOJVODIC, Adriana M.; MACHADO, Ana Mara F.; CARDOSO, Evorah. “Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF”. *In* Revista Direito GV, São Paulo, (9), 2009, 21-44.

WANG, Daniel. “Poder Judiciário e políticas públicas de saúde: participação democrática e equidade”. *In*: Cadernos de Gestão Pública e Cidadania, v. 14, n. 54, jan-jun. 2009. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cgpc/article/view/44185/43066>>. Acesso em 18 mar. 2019.

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. 144p.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* (trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; rev. tec. Gabriel Cohn), 4ª ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2012.

WEFFORT, Francisco C. *Formação do pensamento político brasileiro – ideias e personagens*. São Paulo: Ática, 2006.

YIN, Robert T. *Estudo de caso – planejamento e métodos*, 4ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 15.06.2020

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Lei do Tombamento. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0201.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Lei da Ficha Limpa. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016. Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei

Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp157.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957. Lei Pitombo-Godói. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências (revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/1950-1969/L3164.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 3.052, de 21 de dezembro de 1958. Lei Bilac Pinto. Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função (revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3502.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil (revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112compilado.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>, acesso em 15.06.2020

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 10.638, de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal (vide STF, ADI n 2.979, pleno, j. 15.09.2005). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10628.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências (revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.683.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Lei do CADE. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Lei Anticorrupção. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113300.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nos 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3

de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nos 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm#art85>, acesso em 15.06.2020.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>, acesso em 15.06.2020.

JURISPRUDÊNCIA MENCIONADA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 29. Relator Ministro Luiz Fux. Plenário. Julgado em 16.02.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 30. Relator Ministro Luiz Fux. Plenário. Julgado em 16.02.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 43. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Julgamento em 05.10.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 44. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Julgamento em 05.10.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 54. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Julgamento em 07.11.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578. Relator Ministro Luiz Fux. Plenário. Julgado em 16.02.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.797. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário. Julgamento final em 16.05.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.860. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Relator para acórdão Ministro Ayres Britto. Plenário. Julgado em 15.09.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Plenário. Julgamento final em 22.05.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 3.585/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Plenário. Julgamento final em 02.09.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº 3.067/MG. Relator Ministro Roberto Barroso. Plenário. Julgamento final em 19.11.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição nº 3.240/DF. Relator Ministro Teori Zavascki. Plenário. Julgamento final em 10.05.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 2.381/MG. Relator Ministro Carlos Britto. Plenário. Julgado em 06.11.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 5.393/PA. Relator César Peluso. Plenário. Julgado em 17.03.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação nº 22.339/SP. Relator Ministro Edson Fachin. Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 04.09.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 683.235/PA. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Plenário. Julgamento final em 13.09.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.175.650/PR – Repercussão Geral. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Plenário. Julgado em 25.04.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.112/PR. Relator Ministro Sidney Sanches. Plenário. Julgamento final em 01.08.2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Plenário. Julgado em 17.02.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.461/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Plenário. Julgamento final em 29.06.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação nº 2.657/PR. Relator Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgamento final em 25.06.2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3.270/SC. Relator Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgamento final em 21.09.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 7.065/DF. Relator Ministro Edson Fachin. Segunda Turma. Julgamento final em 30.10.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Inquérito nº 687/SP. Relator Ministro Sidney Sanches. Plenário. Julgado em 25.08.1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 3.030/RO. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Plenário. Julgamento final em 23.05.2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 3.211/DF. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Relator para acórdão Ministro Menezes Direito. Plenário. Julgado em 13.03.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Petição nº 3.923/SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Plenário. Julgamento final em 13.06.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes. Plenário. Julgamento final em 13.06.2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 2.657/PR. Relator Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgamento final em 06.06.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 22.339/SP. Relator Ministro Edson Fachin. Segunda Turma. Julgamento final em 04.09.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 439.723/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Decisão monocrática. Julgamento final em 24.11.2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727/MG. Relator Ministro Cezar Peluso. Relator para acórdão Ministro Gilmar Mendes. Plenário. Julgado em 14.05.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 669.069/MG. Relator Ministro Teori Zavascki. Plenário. Julgamento final em 03.02.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 852.475/SP. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Relator para acórdão Ministro Edson Fachin. Plenário. Julgamento final em 08.08.2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 976.566/PA. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Plenário. Julgado em 13.09.2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 394. Aprovada na sessão Plenária de 03.04.1964. Cancelada em 31.10.2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=394.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 02 jan. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 279. Aprovada na sessão Plenária de 13.12.1963. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=279.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 02 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. nº 986.279/RJ. Relator Ministro Francisco Falcão. Segunda Turma. Julgado em 24.10.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 73.968/SP. Relator Ministro Benedito Gonçalves Primeira Turma. Julgado em 02.10.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 188.986/MG. Relator Ministro Teori Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 28.08.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 606.352/SP. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Segunda Turma. Julgado em 15.12.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 7.476/GO. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Julgado em 01.08.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Petição nº 1.885/PR. Relator Ministro Vicente Leal. Corte Especial. Julgado em 16.05.2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Petição nº 2.593/GO. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Julgado em 02.03.2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Reclamação nº 12.514/MT. Relator Ministro Ari Pargendler. Corte Especial. Julgado em 13.03.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 681.571/GO. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 06.06.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.191.497/RS. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 20.11.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial no 1.197.967/ES. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 26.08.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.229.942/MT. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 06.12.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.269.400/SE. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 23.10.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.299.936/RJ. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 18.04.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.317.127/ES. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 07.03.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 9/PR. Relator Ministro Nilson Naves. Corte Especial. Julgado em 18.08.2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 1.500/MG. Relator Ministro Ari Pargendler. Corte Especial. Julgado em 24.05.2012

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 131.323/TO. Relator Ministro Napoleão Nunes. Primeira Seção. Julgado em 25.03.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.216.168/RS. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 24.09.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargo de Declaração no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 166.766/SE. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 23.10.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.066.838/SC. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 07.04.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.288.970/MT. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 29.05.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.194.009/SP. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. Julgado em 17.05.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 875.163/RS. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgado em 23.06.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.215.121/RS. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção. Julgado em 14.08.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 392.509/PR. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Julgado em 03.08.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 14.838/DF. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Terceira Seção. Julgado em 26.10.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 18.460/DF. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgado em 28.08.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 18.664/DF. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgado em 23.03.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 3.181/GO. Relator Ministro José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 21.11.2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 6.575/SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Julgado em 17.06.2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Petição nº 2.588/RO. Relator Ministro Luiz Fux. Corte Especial. Julgado em 16.03.2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 580/GO. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Corte Especial. Julgado em 17.10.2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 591/SP. Relator Ministro Nilson Naves. Corte Especial. Julgado em 01.12.1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 2.723/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz. Corte Especial. Julgado em 15.10.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 2.790/SC. Relator Ministro Teori Zavascki. Corte Especial. Julgado em 02.12.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação nº 4.927/DF. Relator Ministro Felix Fisher. Corte Especial. Julgado em 15.06.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 20.544/MG. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 21.02.2006

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 139.187/DF. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Primeira Turma. Julgado em 24.02.2000.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 324.730/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 08.04.2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 403.599/PR. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 03.04.2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 439.918/SP. Relatora Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. Julgado em 03.11.2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 456.649/MG. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 05.09.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 467.004/SP. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 10.06.2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 469.366/PR. Relatora Ministra Eliane Calmon. Segunda Turma. Julgado em 13.05.2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 488.882/SP. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Julgado em 17.04.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 510.150/MA. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 17.02.2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 593.522/SP. Relatora Ministra Eliane Calmon. Segunda Turma. Julgado em 20.05.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 604.151/RS. Relator Ministro José Delgado. Relator para acórdão Ministro Teori Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 25.04.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 622.234/SP. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 01.10.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 703.953. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 16.10.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 718.248/SC. Relator Ministro José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 06.12.2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 727.131/SP. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 11.03.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 730.264/RS, Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 05.11.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 731.084/PR. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Julgado em 02.02.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 734.984/SP. Relator Ministro José Delgado. Relator para acórdão Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 18.12.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.279/PR. Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 13.05.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.978/MG. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 19.02.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 765.212/AC. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 02.03.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 772.241/MG. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 15.04.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 778.204/SP. Relator Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. Julgado em 19.09.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 794.155/SP. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 22.08.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 799.511/SE. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 09.09.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 821.720/DF. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Julgado em 23.10.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 875.163/RS. Relatora Ministra Denise Arruda. Primeira Turma. Julgado em 19.05.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 884.083/PR. Relator Ministro José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 18.10.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 892.818/RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 11.11.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 895.415/BA. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 02.12.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 895.530/PR. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 18.11.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 896.044/PA. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 16.09.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 896.516/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 17.02.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 908.790/RN. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 20.10.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 909.446/RN. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 06.04.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 915.322/MG. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 23.09.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 939.142. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 21.08.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 944.555/SC. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 25.11.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 949.452/SP. Relator Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. Julgado em 29.03.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 952.351/RJ. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgado em 04.10.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 957.766/PR. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 09.03.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 988.374/MG. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 06.05.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 993.658/SC. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 15.10.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.003.179/RO. Relator Ministro Teori Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 05.08.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.008.568/PR. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 23.06.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.019.555/SP. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 16.06.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.021.851/SP. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 12.08.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.025.300/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 17.02.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.032.732/CE. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 25.08.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.034.511/CE. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 01.09.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.038.199/ES. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 07.05.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.038.777/SP. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 03.02.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.055.022/MT. Relator Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. Julgado em 26.08.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.060.529/MG. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 08.09.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.067.561/AM. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 05.02.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.069.723/SP. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 19.02.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.073.233/MG. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 18.06.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.089.492/RO. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 04.11.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.107.833/SP. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 08.09.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.113.294/ MG. Relator Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 09.03.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.116.964/BA. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 15.03.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.129.277/RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 04.05.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.134.461/CE. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 03.08.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.135.767/SP. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 25.05.2010

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.138.523/DF. Relatora Ministra Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 23.02.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.156.519/RO. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em 18.06.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.163.643/SP. Relator Ministro Teori Zavascki. Primeira Seção. Julgado em 24.03.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.164.037/RS. Relator Ministro Napoleão Nunes. Primeira Turma. Julgado em 20.02.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.171.017/PA. Relator Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. Julgado em 25.02.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.173.677/MG. Relator Ministro Napoleão Nunes. Primeira Turma. Julgado em 20.08.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.176.440/RO. Relator Ministro Napoleão Nunes. Primeira Turma. Julgado em 17.09.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.177.910/SE. Relator Ministro Herman Benjamin. Primeira Seção. Julgado em 26.08.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.186.389/PR. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Relator para acórdão Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 07.04.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.186.787/MG. Relator Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. Julgado em 24.04.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.191.613/MG. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 19.03.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.192.056/DF. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 17.04.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.192.758/MG. Relator Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. Julgado em 15.10.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.193.248/MG. Relator Ministro Napoleão Nunes. Primeira Turma. Julgado em 24.04.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.238.466/SP. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 06.09.2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.249.019/GO. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Segunda Turma. Julgado em 15.03.2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.293.624/DF. Relator Ministro Napoleão Nunes. Primeira Turma. Julgado em 05.12.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.317.653/SP. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 07.03.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.352.035/RS. Relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 18.08.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.366.721/BA. Relator Ministro Og Fernandes. Primeira Seção. Julgado em 26.02.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.376.524/RJ. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 02.09.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.387.960/SP. Relator Ministro Og Fernandes. Segunda Turma. Julgado em 22.05.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.391.212/PE. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 02.09.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.405.015/SE. Relator Ministro Olindo Menezes. Primeira Turma. Julgado em 24.11.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.405.346/SP. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão Ministro Sérgio Kukina. Primeira Turma. Julgado em 15.05.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.412.214/PR. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 08.03.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.413.674/SE. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Primeira Turma. Julgado em 17.05.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.414.669/SP. Relator Ministro Napoleão Nunes. Primeira Turma. Julgado em 20.02.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.414.757/RN. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 06.10.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.433.552/SP. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 25.11.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.558.038/PE. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgado em 27.10.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.582.014/CE. Relator Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em 07.04.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em 02 jan. 2020.

ANEXO I

FORMULÁRIO DE PESQUISA

DADOS GERAIS			
ID#		<i>Acórdão excluído da análise?</i>	<input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não
		<i>Motivo da exclusão (se aplicável)</i>	
<i>Tribunal</i>	<input type="checkbox"/> STJ <input type="checkbox"/> STF	<i>Tipo de decisão</i>	<input type="checkbox"/> Repercussão geral <input type="checkbox"/> Recurso repetitivo <input type="checkbox"/> Informativo de jurisprudência
<i>Controle concentrado de constitucionalidade? (STF)</i>	<input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não	<i>Efeito decisão (STF)</i>	<input type="checkbox"/> <i>erga omnes</i> <input type="checkbox"/> <i>inter partes</i>
<i>Tipo do recurso (ex. RE, REsp, ADI)</i>		<i>Número do recurso</i>	
<i>Estado de origem</i>		<i>Tribunal de origem</i>	
<i>Lugar de origem</i>	<input type="checkbox"/> capital <input type="checkbox"/> interior	<i>Origem do recurso ou incidente processual</i>	<input type="checkbox"/> Inquérito <input type="checkbox"/> Decisão interlocutória <input type="checkbox"/> Decisão de mérito
DECISÃO			
<i>Relator</i>		<i>Órgão julgador</i>	<i>Data do julgamento</i>
<i>Houve debate?</i>	<input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não	<i>Placar do julgamento</i>	
PARTES			
<i>Autor da ação</i>			
<i>Réu agente político</i>	<input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não	<i>Especificação do agente político (se aplicável)</i>	
CONDUTA ÍMPROBA			
<i>Conduta ímproba</i>	<input type="checkbox"/> ação <input type="checkbox"/> omissão	<i>Descrição</i>	
<i>Temas</i>	<input type="checkbox"/> Concurso público <input type="checkbox"/> Servidor público/cargo em comissão <input type="checkbox"/> Nepotismo <input type="checkbox"/> Licitação/contratação pública <input type="checkbox"/> Superfaturamento de obra ou serviço <input type="checkbox"/> Propaganda eleitoral irregular/favorecimento com intenção eleitoral <input type="checkbox"/> Política pública <input type="checkbox"/> Gasto público irregular/orçamento/prestação de contas <input type="checkbox"/> Outras _____		

CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE (SE APLICÁVEL)					
<i>Dispositivo constitucional supostamente ofendido</i>				<i>Dispositivo impugnado</i>	
<i>Teor do dispositivo impugnado</i>					
<i>Autor da demanda</i>					
<i>Resultado</i>					
ADMISSIBILIDADE DO RECURSO					
<i>Recurso do MP</i>	<input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não	<i>Admissibilidade</i>	<input type="checkbox"/> conhecido <input type="checkbox"/> não conhecido <input type="checkbox"/> parcialmente conhecido	<i>Uso de súmula para não conhecer do recurso?</i>	<input type="checkbox"/> não <input type="checkbox"/> sim: _____
<i>Recurso do acusado</i>	<input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não	<i>Admissibilidade</i>	<input type="checkbox"/> conhecido <input type="checkbox"/> não conhecido <input type="checkbox"/> parcialmente conhecido	<i>Uso de súmula para não conhecer do recurso?</i>	<input type="checkbox"/> não <input type="checkbox"/> sim: _____
RESULTADO					
<i>Resultado final</i>	<input type="checkbox"/> Pró-controle <input type="checkbox"/> Pró-acusado <input type="checkbox"/> Parcial				
DIREITO PROCESSUAL					
<i>Houve debate sobre tema processual?</i>	<input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não	<i>Tese processual firmada</i>		<input type="checkbox"/> Pró-controle <input type="checkbox"/> Pró-acusado	
<i>Temas</i>	<input type="checkbox"/> Aplicabilidade da LIA a agentes políticos <i>Tese vencedora:</i> _____ <i>Voto vencido:</i> _____ <input type="checkbox"/> Foro por prerrogativa de função <i>Tese vencedora:</i> _____ <i>Voto vencido:</i> _____ <input type="checkbox"/> Indisponibilidade de bens <i>Tese vencedora:</i> _____ <i>Voto vencido:</i> _____ <input type="checkbox"/> Recebimento da inicial <i>Tese vencedora:</i> _____ <i>Voto vencido:</i> _____ <input type="checkbox"/> Prova/ônus da prova <i>Tese vencedora:</i> _____ <i>Voto vencido:</i> _____ <input type="checkbox"/> Prescrição <i>Tese vencedora:</i> _____ <i>Voto vencido:</i> _____ <input type="checkbox"/> Coordenação/independência das esferas de responsabilidade <i>Tese vencedora:</i> _____ <i>Voto vencido:</i> _____ <input type="checkbox"/> Outros: _____ <i>Tese vencedora:</i> _____ <i>Voto vencido:</i> _____				

DIREITO MATERIAL			
<i>Houve debate sobre tema de direito material?</i>	<input type="checkbox"/> sim <input type="checkbox"/> não	<i>Tese firmada</i>	<input type="checkbox"/> Pró-controle <input type="checkbox"/> Pró-acusado
<i>Resultado</i>	<input type="checkbox"/> Absolvição unânime <input type="checkbox"/> Condenação unânime	<input type="checkbox"/> Absolvição por maioria <input type="checkbox"/> Condenação por maioria	
<i>Argumentos para a absolvição, se aplicável</i>	<input type="checkbox"/> Ausência de ilegalidade: _____ <input type="checkbox"/> Ausência de dano ao erário: _____ <input type="checkbox"/> Ausência de enriquecimento ilícito: <input type="checkbox"/> Ausência de dolo ou má-fé na conduta: _____ <input type="checkbox"/> Ausência de violação aos princípios que regem a Administração Pública: _____ <input type="checkbox"/> Conduta corriqueira, integra os costumes políticos locais: _____ <input type="checkbox"/> Necessidade de preservar o poder discricionário do gestor na sua decisão sobre as políticas públicas e alocação de recursos: _____ <input type="checkbox"/> Necessidade de compreender as limitações materiais (financeiras/temporais) e urgências do gestor: _____ <input type="checkbox"/> Insignificância da conduta: <input type="checkbox"/> Convalidação do ato praticado: _____ <input type="checkbox"/> Outros: _____		
<i>Argumentos para a condenação, se aplicável</i>	<input type="checkbox"/> Ilegalidade: _____ <input type="checkbox"/> Dano ao erário: <input type="checkbox"/> Enriquecimento ilícito: _____ <input type="checkbox"/> Má-fé ou dolo na conduta do réu: _____ <input type="checkbox"/> Violação aos princípios que regem a Administração Pública: _____ <input type="checkbox"/> Não punir os desvios fará com que eles sejam admitidos e prejudiquem a sociedade: <input type="checkbox"/> Necessidade de preservar a moralidade administrativa: _____ <input type="checkbox"/> Importância de garantir a efetividade da LIA e combater a impunidade: _____ <input type="checkbox"/> Improbidade independe de dano ao erário: _____ <input type="checkbox"/> Violação a princípios independe de dolo: <input type="checkbox"/> Dano ao erário pode ser presumido no caso em análise: _____ <input type="checkbox"/> O dolo pode ser presumido no caso em análise: _____ <input type="checkbox"/> Outros: _____		

SANÇÃO			
<i>O tribunal reformou a sanção aplicada na origem?</i>	<input type="checkbox"/> Redução da sanção aplicada <input type="checkbox"/> Manutenção da sanção aplicada <input type="checkbox"/> Aumento da sanção aplicada		
<i>Função da sanção</i>	<input type="checkbox"/> Caráter didático, prevenção de futuros atos ímprobos: _____ <input type="checkbox"/> Retirar o ímprobo da Administração Pública: _____ <input type="checkbox"/> Retribuição: _____ <input type="checkbox"/> Responder e prestar contas à sociedade: _____ <input type="checkbox"/> Combater a impunidade: _____		
<i>Limites</i>	<input type="checkbox"/> Importante controlar o poder sancionador (garantias processuais): _____ <input type="checkbox"/> Importante sopesar e garantir a proporcionalidade da sanção: _____ <input type="checkbox"/> Preocupação com o estigma e efeitos políticos da sanção: _____		
<i>Natureza</i>	<input type="checkbox"/> Aproximação do Direito Penal: <input type="checkbox"/> Aproximação do Direito Civil: _____		
<i>Outras considerações</i>	_____ _____		
DIMENSÃO INSTITUCIONAL (VOTOS)			
<i>O ato de improbidade administrativa</i>			
<i>O agente ímprobo</i>			
<i>A sociedade brasileira</i>			
<i>O Estado</i>			
<i>A política</i>			
<i>O Ministério Público</i>			
<i>O Poder Judiciário</i>			
<i>O risco de uso político da LIA</i>			
<i>A efetividade da LIA</i>			
<i>Natureza da LIA</i>	<input type="checkbox"/> Aproximação da LIA com o Direito Penal: _____ <input type="checkbox"/> Aproximação da LIA com o Direito Civil: _____		
PRINCÍPIOS			
<i>Mobilizados em favor dos argumentos pró-controle</i>	<table border="1"> <tr> <td><i>Mobilizados em favor dos argumentos pró-acusado</i></td> <td></td> </tr> </table>	<i>Mobilizados em favor dos argumentos pró-acusado</i>	
<i>Mobilizados em favor dos argumentos pró-acusado</i>			

ANEXO II

FORO PRIVILEGIADO NO STF

	20.11.2002	Rcl. 2138: voto do relator e de mais quatro ministros pela impossibilidade de submissão dos agentes políticos (ministro de Estado) ao duplo regime sancionatório e pelo processamento das demandas perante o foro especial, por determinação constitucional. Processo suspenso por pedido de vista.
Edição da Lei 10.628 – extensão do foro por prerrogativa de função às ações de improbidade	24.12.2002	
Ajuizada ADI 2.797 (CONAMP)	27.12.2002	
Indeferida a medida cautelar na ADI 2.797, que pedia a suspensão da eficácia da Lei 10.628/02	07.01.2003	
Ajuizada ADI 2.860 (AMB)	25.03.2003	
	06.11.2003	AgRg na Rcl. 2381: Na pendência do julgamento da ADI, a competência para processamento e julgamento de ação proposta contra senador é do STF.
	04.12.2003	Q.O. na Pet. 3030: Instaurado incidente de inconstitucionalidade, o relator proferiu voto no sentido de julgar inconstitucional a Lei 10.628. Após debates, o processo foi suspenso para apurar se o demandado na ação efetivamente exercia o cargo de deputado federal à época dos fatos.
	25.06.2004	MC na Rcl. 2657: Na pendência do julgamento da ADI, a competência para processamento e julgamento de ação proposta contra prefeito é do Tribunal de Justiça.
ADI 2.797 / 2860 1ª Sessão – voto relator pela inconstitucionalidade da norma impugnada. Processo suspenso por pedido de vista.	22.09.2004	
	06.06.2005	Rcl. 2.657 (retomado o julgamento): Não cabe reclamação para fazer prevalecer a decisão que negou o provimento cautelar na ADI 2.797. A Lei 10.628/02 subsiste no sistema de direito positivo e se expõe à possibilidade de outros juízes, em controle incidental, virem a reputá-lo inconstitucional. Assim, até julgamento final do plenário do STF, o deslocamento de competência dependerá dos juízos em que propostas as ações.
ADI 2.797 / 2.860 2ª Sessão – por maioria, declarada a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02	15.09.2005	
	21.09.2005	Pet. 3270: Aplicação do precedente da ADI 2.797 a caso envolvendo deputado federal , com remessa dos autos ao 1º grau.
	14.12.2005	Rcl. 2138 (retomado o julgamento)

		Voto vista pela submissão dos agentes políticos à AIA (ministro de Estado), sem foro por prerrogativa de função. Antecipação de voto alinhando-se à maioria que julgava pela não submissão de agentes políticos ao regime da LIA, por já estarem submetidos a regime especial de responsabilidade política. Processo suspenso por pedido de vista.
	01.03.2007	Rcl. 2138 (retomado o julgamento) Suscitada preliminar de perda de objeto – réu não mais ocupa o cargo de ministro de Estado. Processo suspenso por pedido de vista.
	13.06.2007	Rcl. 2138 – Ministro de Estado (retomado o julgamento) Alteração nas circunstâncias fáticas – demandado passa a ocupar cargo de chefe da Chefe da Missão do Brasil junto às Nações Unidas. Ausência de perda superveniente do objeto. Decisão por maioria, em função dos votos de ministros aposentados: impossibilidade de submissão de agentes ao duplo regime sancionatório. Pet. 3923 – Q. O.: ação de improbidade movida contra ex-prefeito , então deputado federal , já em fase de execução. Determinada a remessa dos autos ao juízo de 1º grau em decisão unânime, embora a fundamentação evidencie divergência quanto ao posicionamento dos ministros acerca da natureza da LIA.
	29.10.2007	AgRg na Rcl 3458: reclamação movida antes da decisão na ADI 2.797/2.860 por deputado estadual , requerendo o processamento da ação de improbidade administrativa perante o TJ diante da liminar que não suspendeu a eficácia da Lei 10.628/02. Foi negado seguimento à reclamação, em decisão monocrática.
	13.03.2008	Pet. 3211 – Q. O.: Por maioria, decidiu-se que compete ao STF processar e julgar originariamente os seus próprios ministros .
EDs na ADI 2.797 / 2.860 Pedido de modulação de efeitos para evitar a anulação dos processos julgados entre a entrada em vigor da Lei 10.628/02 e a decisão que a declarou inconstitucional (de 26.12.2002 a 15.09.2005)	22.04.2009	
Voto contrário do relator. Processo suspenso por pedido de vista.		
	24.11.2009	RE 439.723 – pretendido reconhecimento de competência originária do STJ para julgar juiz do TRT . Pedido negado, tendo em vista o entendimento firmado pelo plenário no julgamento da ADI 2.797 / 2.860.
EDs na ADI 2.797 / 2.860 Modulação de efeitos - voto vista favorável. Adiado por falta de quórum.	03.05.2012	
EDs na ADI 2.797 / 2.860 Modulação de efeitos aprovada por maioria.	16.05.2012	
Fixada a data de 15.09.2005 como termo inicial		

<p>dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, preservando a validade dos atos até então praticados e devendo seguir na instância adequada as ações ainda não transitadas em julgado</p>		
	23.05.2012	<p>Q. O. na Pet. 3030 (retomado julgamento): foi apurado que o demandado era deputado federal à época dos fatos, mas a questão foi considerada superada diante da decisão da ADI 2.797 / 2.860. Ainda que o caso tenha sido remetido ao STF entre 2002 e 2005 (durante o julgamento da ADI), não tendo sido praticados atos pelo tribunal, decidiu-se que a competência é do juízo de 1º grau.</p>
	12.12.2013	<p>AgRg na Pet. 3067: proferido voto pelo relator negando a prerrogativa de foro para o julgamento de AIA contra senador, com base na ADI 2.797 / 2.860. Processo suspenso por pedido de vista.</p>
	02.09.2014	<p>AgRg na AC 3585: possibilidade de submissão do agente político ao duplo regime de responsabilização. Extinto do mandato, não se extingue a AIA legitimamente proposta contra governador. Remessa dos autos ao 1º grau.</p>
	19.11.2014	<p>AgRg na Pet. 3067 (retomado julgamento): declarada a perda superveniente de objeto, uma vez que o senador renunciou ao cargo. AgRg na Pet. 3240: voto do relator pela extensão do foro por prerrogativa de função aos agentes políticos (ministro de Estado).</p>
	10.05.2018	<p>AgRg na Pet. 3240 (retomado julgamento): voto divergente contrário à expansão das hipóteses de foro por prerrogativa de função às AIAs. Adesão da maioria.</p>
<p>RE 976.566 (repercussão geral) Decisão unânime – TEMA 576</p> <p>“O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias</p>	13.09.2019	