

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

FÁBIO JOSÉ VARELA FIALHO

**AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

NATAL/RN

2018

FÁBIO JOSÉ VARELA FIALHO

**AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Professor Orientador: Erick Wilson Pereira

NATAL/RN

2018

Catálogo de Publicação na Fonte.
UFRN - Biblioteca Setorial do CCSA

Fialho, Fábio José Varela.

Ação de improbidade administrativa e efetivação de direitos fundamentais /
Fábio José Varela Fialho. - 2018.

121f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do
Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em
Direito, Natal, 2018.

Orientador: Prof. Dr. Erick Wilson Pereira.

1. Improbidade administrativa - Dissertação. 2. Direitos fundamentais -
Dissertação. 3. Controle administrativo - Dissertação. I. Pereira, Erick Wilson. II.
Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 343.35

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

A dissertação “**Ação de improbidade administrativa e efetivação de direitos fundamentais**” de autoria do mestrando Fábio José Varela Fialho foi avaliada e aprovada pela comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Erick Wilson Pereira

Prof. Doutor José Orlando Ribeiro Rosado

Prof. Doutor Paulo Lopo Saraiva

Natal /RN, 30 de janeiro de 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e pela saúde que me é dada para que possa usufruir da oportunidade de adquirir novos conhecimentos através do presente programa de mestrado.

Aos dedicados professores que cuidam com inestimável zelo da arte docente, em especial, ao meu orientador Prof. Erick Wilson Pereira pelos ensinamentos e paciência com que me mostrou o caminho para a elaboração deste trabalho, bem como à Prof. Maria dos Remédios Fontes Silva, coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, por sua imensa compreensão no decorrer do curso.

Com especial carinho, agradeço à minha família, minha esposa Caroline pelo incentivo que me foi dado nos momentos de desânimo, ao meu primogênito Gabriel, que no auge dos seus 11 anos de idade já entendeu as provações que seu pai passa para superar as dificuldades postas pelo dia a dia de um advogado/estudante, o que me tornam um tanto quanto ausente de sua companhia, e ao meu caçula Miguel, que nasceu justamente em meados do turbulento processo de aprendizado desse programa de mestrado, mas que já pela sua presença trouxe uma injeção de ânimo e enorme incentivo para conclusão dessa importante fase de minha vida.

Por sua fundamental participação em todas as minhas conquistas, aos meus amados pais Ivo Fialho e Divane, sem os quais jamais conseguiria alcançar quaisquer dos objetivos da vida que já almejei, pelo carinho, confiança e incondicional apoio que sempre me deram.

Aos amigos mestrandos, que no decorrer de mais de dois anos foram verdadeiros companheiros.

Muito obrigado!

“O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito”.

Rudolf Von Jhering.

RESUMO

A presente dissertação expõe o resultado de um estudo científico que teve a pretensão de analisar os principais aspectos e discussões relacionados a ação de improbidade administrativa e dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal brasileira de 1988, que por meio de uma digressão lógico-doutrinário analisa tecnicamente o surgimento e a evolução de tais direitos fundamentais, e, que por uma via transversa, sob um viés constitucional, podem, ou não, ser efetivados pelos reflexos obtidos em sede das ações de improbidade administrativa, levando-se em conta principalmente o fenômeno do ativismo judicial no Brasil. Empregando a técnica da documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica, inicialmente se apresentam os conceitos acerca dos direitos fundamentais, sua evolução histórica e constitucionalização no ordenamento jurídico pátrio. Após, passa-se a explanar, de modo abrangente, sobre o controle da administração pública, explicitando-se os meios que a sociedade atual brasileira tem para fiscalizar os gestores públicos. Em seguida, ingressando mais profundamente no tema controle administrativo, segue a discussão para o ponto mais específico do assunto improbidade administrativa, elencando os principais pontos da legislação, principalmente da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), posições doutrinárias, e aspectos técnicos, expondo inclusive as controvérsias jurisprudenciais específicas, como, se há aplicabilidade ou não da ação de improbidade administrativa em face dos agentes políticos. Se traz ainda um estudo estatístico da atividade jurisdicional da subseção de Natal/RN da Justiça Federal da 5ª Região, no que concerne às ações de improbidade administrativa, números que traduzem a realidade da efetividade da prestação jurisdicional das varas que a compõem. Ao final, tem-se respondida a questão, se, a ação de improbidade administrativa pode, ou não, fazer com que sejam efetivados alguns dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, bem como, críticas sobre o assunto, e sugestões de mudança para melhor efetividade do sistema de controle da administração pública.

Palavras chave: Improbidade administrativa. Direitos fundamentais. Controle administrativo.

ABSTRACT

This essay exposes the result of a scientific study that had to pretend to analyse the main issues and discussions related to misconduct and administrative action of fundamental rights guaranteed by the Brazilian Federal Constitution of 1988, which in middle of a doctrinal logic tour analyzes technically the emergence and evolution of such fundamental rights, and that by a transverse route, under a constitutional bias may or may not be enforced by reflexes in headquarters of the actions of administrative misconduct, taking into account primarily the phenomenon of judicial activism in Brazil. Employing the technique of indirect documentation by means of bibliographical research, initially presented the concepts about fundamental rights, your historical evolution and constitutionalisation in the Brazilian legal system. After going to explain, comprehensively, over the control of the public administration, explaining ways that the current Brazilian society has to supervise the public managers. Then, enter more deeply into the topic administrative control, follow the discussion to the subject-specific administrative misconduct, listing the main points of the legislation, primarily the law n° 8,429/1992 (Act of Misconduct Administrative), doctrinal positions, and technical aspects, including the legal controversies, such as, if there's applicability or not of administrative misconduct action in the face of the political agents. It brings a statistical study of the judicial activity of the sub-section of Natal/RN of the Federal Court of 5° region, regarding the actions of administrative misconduct, numbers that reflect the reality of the effectiveness of the jurisdictional provision of the sticks. At the end, you have answered the question, if the action of administrative misconduct may or may not have them in place some fundamental rights constitutionally guaranteed, as well as criticism over the issue, and suggestions for change for the better effectiveness of control system of public administration.

Key words: administrative dishonesty. Fundamental rights. Administrative control.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO.....	15
2.1	Métodos interpretativos constitucionais.....	15
2.1.1	Sistemática constitucional.....	16
2.1.1.1	Dos princípios constitucionais.....	19
3	CONSTITUCIONALISMO.....	23
3.1	Conceito e evolução ao (neo)constitucionalismo.....	23
3.2	Características do constitucionalismo.....	26
3.3	Constitucionalização dos direitos fundamentais.....	29
4	CONCEITO E CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
4.1	Conceito e terminologia	33
4.1.1	Direitos humanos e direitos fundamentais.....	35
4.2	Historicidade.....	36
4.3	Classificação de direitos fundamentais.....	38
4.3.1	Titularidade.....	42
4.3.2	Limites de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais.....	46
4.4	Direitos fundamentais e a boa administração pública.....	50
5	CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	52
5.1	Da improbidade administrativa.....	58
5.1.1	Sujeitos da ação de improbidade administrativa.....	62
5.1.2	Dos atos de improbidade administrativa e suas penalidades.....	66
5.1.2.1	Dos atos de improbidade administrativa tipificados fora da Lei 8.429/92.....	73
5.1.2.2	Da prescrição das penalidades constantes na Lei de improbidade administrativa.....	75
5.1.3	Da aplicação da lei de improbidade administrativa em face dos agentes políticos.....	77
5.1.4	A Lei de Improbidade Administrativa e a Lei da Ficha Limpa.....	85
5.1.5	A moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 e o dever de probidade administrativa da Lei 8.429/92.....	88
5.2	Controle da administração pública através da ação de improbidade administrativa.....	90

6 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	94
6.1 Do acesso à Justiça.....	94
6.1.1 Ondas renovatórias do acesso à justiça.....	99
6.1.2 Efetivação de direitos fundamentais e a ação de improbidade administrativa.....	101
6.2 Estatística das ações de improbidade administrativa no âmbito da subseção da Justiça Federal de Natal/RN.....	104
7 CONCLUSÃO.....	108
REFERÊNCIAS.....	111
ANEXO A - INFORMATIVO Nº 471 DO STF	115
ANEXO B - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2797.....	118
ANEXO C - NOTÍCIAS DO STF.....	118

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade precípua analisar como os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos pela Carta de 1988, podem ser efetivados de alguma forma em razão da ação de improbidade administrativa, isto é, se solapados em virtude de atos de corrupção, ou se essa possibilidade é negativa. Sendo a problemática da efetivação dos direitos fundamentais inerente não só à falta de atuação positiva do Estado, mas também a ausência de prestações materiais e da inércia normativa dos Poderes competentes.

Aproveitando a epígrafe posta no presente trabalho, já se denota a ideia do que é pretendido por em pauta. Ora, o direito existe para se realizar, no sentido de que o direito somente serve se efetivo, se realizar aquilo para que fora criado. Aquilo que está somente no papel não serve à sua realização, são somente palavras vazias.

Cabe ao Poder Judiciário coibir o uso indevido dos recursos públicos, onde a ação de improbidade administrativa é uma das ferramentas para tal mister, mas recai também à toda sociedade brasileira a responsabilidade de contribuir para fiscalizar a atuação dos gestores públicos, com vistas a promover sua própria melhoria, o que será capaz de fazer efetivar os direitos e garantias fundamentais, o que, por conseguinte, fará o direito se realizar.

Historicamente a preocupação com a efetividade da prestação jurisdicional somente se fortaleceu após o advento da Constituição Federal brasileira de 1988, que mesmo assim, não trouxe originariamente o regramento que garantisse a eficiência do processo. Tal melhoria somente foi trazida em 2004, com a Emenda Constitucional de número 45, que expressamente garantiu, ou pelo menos tenta garantir, que os cidadãos tenham direito a um processo judicial que tramite dentro de um razoável tempo, célere, estando a referida norma insculpida no art. 5º, LXXVIII da Carta Magna.

Nos últimos tempos o processo civil foi revisto com o intuito de se buscar maior celeridade aos procedimentos, sendo sua última e grande inovação a edição da Lei 13.105/15, o novo Código de Processo Civil brasileiro, que trouxe relevantes mudanças na tentativa de tornar o sistema mais célere e eficaz.

Na prática forense vê-se com grande constância jurisdicionados que buscam o Poder Judiciário como tábua de salvação de seus problemas, a fim de garantir que seus direitos sejam respeitados/efetivados, mas, por diversas vezes, nem mesmo a tutela jurisdicional é suficiente, havendo de se reconhecer, ainda, que o procedimento judicial cível brasileiro é moroso, fazendo prejudicar sobremaneira a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

No que concerne à ação de improbidade administrativa, percebe-se claramente, mesmo na mais sumária pesquisa, que é a ferramenta da tutela estatal que possui a finalidade coibir atos de corrupção e a minimização de seus efeitos. Para tanto, a sociedade civil, órgãos de controle e fiscalização, assim como o Ministério Público, Tribunais de Contas, e o próprio Poder Judiciário, se valem não só da ação de improbidade administrativa, mas também de outros vários meios, como a ação popular, a publicidade das contas públicas, realização de audiências públicas para discussões, como do plano plurianual, etc.

O prejuízo social causado pela corrupção atinge diretamente a sociedade, tornando deficitária a prestação adequada dos serviços estatais, como saúde, segurança, educação, previdência e assistência social, etc., ferindo assim diretamente os direitos fundamentais ligados a tais garantias.

Assim, o processo judicial na qual se insere o procedimento da ação de improbidade administrativa deve ser visto pelo fim que busca, efetivo, de embate à corrupção e responsabilização do agente ou terceiro que praticam atos ímprobos, e não um simples procedimento vazio em si mesmo. Sendo hoje uma das grandes preocupações do Poder Judiciário brasileiro a melhoria de sua eficiência, afastando a morosidade processual e fazer efetivar suas decisões.

Percebe-se então, que por mais que os direitos e garantias fundamentais estejam elencados na Constituição Federal brasileira de 1988, estes não são totalmente efetivados, principalmente, em virtude da má administração dos recursos públicos, sendo então, mais um problema de gestão do que propriamente econômico.

Entretanto, se tomado por base o conceito e evolução de direitos fundamentais, não poderia o Estado agir com negligência, deixando de entregar tão importantes direitos. Fatos estes que devem ser combatidos pela sociedade, principalmente através da efetiva

prestação jurisdicional, que tem, como dito, na ação de improbidade administrativa uma das suas principais ferramentas.

A ação de improbidade foi incluída no ordenamento jurídico brasileiro através da lei nº 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, e terceiros, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, entre outras providências.

A presente dissertação utiliza uma abordagem teórica e jurisprudencial com reflexões críticas, adotando então uma metodologia jurídico dogmática, onde tem na pesquisa bibliográfica e documental os instrumentos necessários para comprovação de suas conclusões.

É importante destacar que o estudo não pretende esgotar as possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais que por ventura possam se realizar em virtude da ação de improbidade administrativa, uma vez que tal tarefa seria impossível, mas tão somente demonstrar se tal hipótese é possível, ou não.

Desta forma, se busca demonstrar que, por mais que sejam os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos afrontados pela má gestão pública, há no ordenamento jurídico formas de controle e responsabilização dos que assim agem, principalmente por meio da ação de improbidade administrativa.

Assim, a discussão proposta tem como finalidade discorrer sobre a constitucionalização dos direitos fundamentais, sua efetivação, em razão, ou não, da ação de improbidade administrativa, falhas e pontos positivos da referida ação, para ao final apresentar-se críticas e propostas de melhoria.

A análise da pesquisa questiona a má gestão pública, que descamba na má efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sendo então necessário atribuir métodos de intervenção judicial, tal como a ação de improbidade administrativa, para que se tente dar aos cidadãos aquilo que lhes é garantido constitucionalmente.

Assim se demonstra a importância da temática aqui trazida, se consubstanciando nas questões a serem respondidas ao longo do trabalho: é possível que sejam efetivados os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal brasileira de 1988 através da ação de improbidade administrativa? De que modo? Não os sendo, por quê?

Especificamente, se expõe nas próximas páginas: no segundo capítulo, como forma de introduzir a temática a ser trabalhada, os conceitos interpretativos sob o viés da sistemática constitucional, abordando-se os métodos de interpretação, perpassando pelas nuances da linguística e da semiótica, conceituando-se a diferença entre princípios, valor e regras, assim como o conceito de norma; no terceiro capítulo se estabelece um paradigma entre os temas aqui em pauta, os conceitos acerca dos direitos fundamentais, trazidos para o ordenamento jurídico brasileiro através do movimento constitucionalista, diferenciando-os dos direitos humanos e os identificando; no quarto capítulo se busca conceituar o movimento constitucionalista, se fazendo uma digressão dos momentos históricos que evoluíram o conceito até o presente momento, sendo demonstrado como os direitos fundamentais se inserem no movimento constitucionalista.

Estabelecidos tais preceitos chega-se à metade do trabalho, para que nesse segundo momento se ingresse nas questões gerais atinentes ao controle da administração pública propriamente, e após, pontuando-se especificamente acerca a improbidade administrativa, traz-se os sujeitos ativos e passivos da ação de improbidade administrativa; os atos que importem como ímprobos e suas penalidades; a possibilidade de serem tipificados atos de improbidade fora da lei 8.429/92; discute-se também a sujeição da prescrição sobre a ação de improbidade; sua aplicação em face dos agentes políticos, discussão essa inacabada perante a jurisprudência pátria; a relação da lei da “Ficha Limpa” com a Lei de improbidade administrativa; estabelece-se uma dicotomia entre a moralidade do art. 37 da Constituição Federal Brasileira, de 1988 e o dever de probidade administrativa da Lei 8.429/92; por fim, de que modo o controle é exercido em face da administração pública pela ação de improbidade administrativa.

A partir do sexto capítulo se inicia o ponto nefrágico da discussão inicialmente proposta, fazendo-se a ligação das duas metades do trabalho, entre direitos fundamentais e improbidade administrativa, onde se inicia pela discussão do princípio do acesso à Justiça, e se trouxe as considerações de se haver, ou não, a possibilidade de efetivar direitos fundamentais em razão da ação de improbidade administrativa; terminando o capítulo com um estudo acerca das estatísticas da subseção da Justiça Federal de Natal/RN, pertencente ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nas ações de improbidade administrativa, que expõe em números como aquela circunscrição judiciária processa tais questões.

Por derradeiro, nas conclusões do trabalho se traz as críticas pertinentes ao sistema de controle judicial da administração pública, bem como, sugestões de alterações legislativas e de atuação prática na prestação da tutela jurisdicional, como forma de se obter melhorias na administração da ferramenta que a Lei 8.429/92 trouxe. Assim como, se responde às questões que objetivam a presente dissertação.

De modo geral, se tentou discutir sobre a realidade da gestão pública brasileira e as formas de melhoria da qualidade de vida social através da prestação jurisdicional, obviamente, por meio da ação de improbidade administrativa. Pois, é extremamente interessante para a sociedade brasileira e os entes públicos consigam ser eficientes ao ponto de entregar aos cidadãos aquilo que lhe é garantido pelo ordenamento jurídico, principalmente pela norma constitucional.

Entretanto, havendo falhas, aquilo que foi declarado ser seu direito, seja por lei, seja pela Constituição Federal, deve ser objeto de demanda judicial a fim de ver ser efetivado pela prestação jurisdicional. Por isso, é levantada a presente discussão, que tem o intuito de demonstrar, ou pelo menos por em pauta a temática, a falta de eficiência da gestão pública em razão da corrupção que assola a sociedade brasileira e solapa a entrega daquilo que foi garantido pelo próprio ordenamento jurídico.

2 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA CONSTITUIÇÃO

Para que se possa avançar no presente trabalho, primordial se faz estabelecer pressupostos iniciais basilares, o que importará, inclusive, na manutenção da correção teórica, dogmática e ideológica do estudo. Assim, há de se estrear se discutindo acerca da interpretação sistemática da Constituição.

2.1 Métodos interpretativos constitucionais

O exercício interpretativo (constitucional) exige o uso da hermenêutica, para que, quem o faz, consiga colimar as informações ali contidas transmutando-as em entendimento jurídico prático (compreender e aplicar).

Por hermenêutica (jurídica) tem-se que possui o objetivo de estudar e sistematizar os processos aplicáveis para se determinar o sentido e o alcance do Direito¹, enquanto a interpretação busca extrair da norma sob análise seus sentidos.

Desse modo, se deve esclarecer precipuamente os significados da linguagem adotada como forma de interpretação jurídica, língua, e semiótica jurídica.

Onde, a linguagem é o meio de comunicação entre os homens, inerente à vida social. Segundo Aristóteles, “o homem é um animal cívico”, pois a natureza lhe concedeu o dom da palavra (no sentido de poder expressar seu raciocínio, valores, sentimentos), sendo essa palavra o “laço de toda sociedade doméstica civil”².

Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o discurso é um ato entre homens e deve ser concebido como ação linguística³. Desse modo, se conclui que não há como haver Constituição, sistema jurídico, ou, até mesmo sociedade sem que haja comunicação, isto é, sem que haja linguagem.

¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 1.

² ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro Constantin Tolens. 5 ed. São Paulo: Martin Claret, 2010. P.12.

³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. São Paulo: Saraiva. 1997. p. 18.

Diferencia-se língua e linguagem no sentido de que a primeira possui maior limitação, composta por códigos e símbolos particulares de cada sociedade (idioma), sendo, como já exposto, a linguagem mais ampla e abrangente, não sendo só o idioma falado, mas também outras formas de comunicação, como gestos, escrita, sinais, números, etc. Por semiótica, pode se entender como a “teoria geral dos signos”⁴, e em assim sendo, a semiótica se ocupa na decodificação dos signos agrupados pela linguagem, com fito da interpretação, compreensão e transmissão na interação humana⁵.

Deve-se esclarecer que hermenêutica e semiótica possuem métodos próprios para compreender, interpretar e esclarecer os sentidos normativos. Enquanto a hermenêutica utiliza-se dos métodos da literalidade, da lógica, da sistemática, da teleologia, etc., a semiótica examina a linguagem e seus signos em níveis, de sintática (signo x signo, ou seja, como a conjunção dos signos se transmuta em uma mensagem), semântica (signo x objeto, a representação do sentido do objeto pelo signo específico) e pragmática (signo x usuário, onde se analisa a comunicação no contexto em que ela se opera)⁶.

Dentro dessa visão de semiótica e hermenêutica passa-se a ver que o Direito possui sua linguagem própria, estabelecida com o objetivo de dar estabilidade às relações jurídico sociais.

2.1.1 Sistemática constitucional

Posto isso, necessário se faz avançar para a sistemática na qual se insere a interpretação constitucional. Por óbvio, a Constituição não está isolada, fazendo parte de um ordenamento jurídico próprio, com leis, decretos, atos normativos, resoluções, etc. Pelo que, formam um conjunto integrado de elementos que se relacionam, formando assim um sistema. Sistema esse que possui hierarquia própria e é regido por derivação, isto é, as normas inferiores têm fundo de validade na norma imediatamente superior, para que assim possuam uma unidade normativa⁷.

⁴ VIANNA, José Ricardo Alvares. **Considerações iniciais sobre semiótica jurídica**. Brasília: Revista CEJ. Ano XIV, nº 51, p. 115-124. 2010. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114828>, consulta em 06 de janeiro de 2018 às 12:06. p. 2.

⁵ Ibidem, p.3

⁶ Ibidem, p. 9.

⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34/35.

Para Paulo de Barros Carvalho explica que as palavras possuem uma significação de base e outra contextual⁸, tomando-se por base o que se refere a sua semântica, e o contextual ao conjunto no que se insere. O que não difere no caso da palavra sistema, que possui os dois conceitos, sendo o de base a acepção da própria semântica da palavra, como o de conjuração de vários elementos pelo qual serve de alicerce.

O citado doutrinador traz ainda a classificação dos sistemas, em sistemas reais e proposicionais, dividindo esse último em nomológicos e nomoempíricos, que por sua vez é subdividido em descritivos e prescritivos⁹.

Pelo conceito trazido, pode-se entender como sistemas reais aqueles constituídos por objetos do mundo físico e social, formados por elementos extra linguísticos, isto é, são fruto de acontecimentos naturais; e os sistemas proposicionais pressupõem determinada linguagem, constituído pro proposições, podendo ser meramente formais.

Erick Wilson Pereira explica que “a partir do momento em que os acontecimentos no sistema real são relatados, utilizando-se de uma camada de linguagem, surge o sistema da categoria dos proposicionais”¹⁰. Isto é, a partir do surgimento de fatos sociais, por meio da adoção de métodos linguísticos próprios do Direito surgem as proposições jurídicas que passam a formar o sistema proposicional.

Como explicita Paulo de Barros Carvalho, “as unidades do sistema são as normas jurídicas que se despregam dos textos e se interligam mediante vínculos horizontais (relação de coordenação) e liames verticais (relações de subordinação)”¹¹. Admitindo ainda, que podem haver lacunas e contradições entre as “unidades do conjunto” normativo, mas, que também devem possuir critérios a fim de eliminá-los, caso existam, pelo próprio sistema hierárquico, ou o de preferência cronológica¹².

⁸ Ibidem, p. 118.

⁹ Marcelo Neves *apud* ARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 146/147.

¹⁰ PEREIRA, Erick Wilson. **Interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 34

¹² Ibidem, p.35.

Baseando-se então nas informações postas, se pode concluir que o ordenamento jurídico¹³ brasileiro é um sistema proposicional nomoempírico prescritivo, sendo a Constituição Federal a base semântica que irradia validade às demais normas que compõem o sistema, conferindo-lhe (ao sistema) homogeneidade e o norteando por meios dos seus princípios (axioma)¹⁴.

No mesmo sentido de raciocínio está a doutrina de Paulo Bonavides¹⁵, quando afirma que a palavra Constituição não é hoje mais suficiente para exprimir a realidade da organização e funcionamento da sociedade política, havendo que se recorrer ao vocábulo sistema por ser mais preciso e abrangente.

Sendo as definições modernas concernentes ao sistema político e constitucional, diz o referido autor que a expressão sistema político já se encontra consagrada, entretanto, quanto ao sistema constitucional, diz carecer de elementos científicos de uma reflexão de base para figurar na literatura política e jurídica.

A distinção entre Constituição e sistema constitucional se faz necessário para que se possa inserir esse último no âmbito da Ciência Política, de modo a possibilitar seu estudo mais aprofundado, considerando então haver dois sentidos de Constituição, o político e o jurídico. Afirma com isso Paulo Bonavides ter prevalecido o sentido jurídico no Estado liberal, e o sentido político no Estado contemporâneo, atribuindo ao distanciamento entre os sentidos, político (real) e jurídico (normativa), ao fracasso do Estado Liberal, já que este último sentido não correspondia à realidade, fazendo então com que o texto formal se esvaziasse de sentido, levando-se então a concepções como a de Lassalle, que atribuiu ao texto constitucional a importância de um mero pedaço de papel. Se assim fosse, o Direito Constitucional seria considerado inútil, pois “a normatividade pertenceria toda aos fatos”¹⁶.

Na definição dada por Bonavides, a teoria dos sistemas é uma das vias para se alcançar a unidade da Ciência, colocando inicialmente a acepção da palavra sistema no

13 Faz-se necessário elucidar que Paulo de Barros Carvalho diferencia a nomenclatura “ordenamento” e “sistema”, colocando o primeiro como um simples conjunto legislativo, inferior então ao status de sistema que seria a contribuição científica “que compõe as partes e outorga ao conjunto o sentido superior de um todo organizado”. *Ibidem*, p. 152.

14 *Ibidem*, p. 150/151.

15 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.93/98.

16 *Ibidem*, p. 97.

sentido de reunião, conjunto, ampliando-a posteriormente para “um conjunto organizado de partes, relacionadas entre si e postas em mutua dependência”¹⁷. A diferença aqui concerne na colocação de que há um sistema extrínseco (externo), e um sistema intrínseco (interno), sendo o externo o trabalho intelectual que resulta um conjunto de conhecimentos logicamente qualificados, segundo um princípio unificador, e de requisitos formais, quais sejam, coerência, perfeição e independência. Já o intrínseco não se referindo ao conhecimento do objeto, mas ao próprio objeto, conjunto de elementos materiais, ou não, ligados entre si por mutua dependência.

Já Marcelo Neves aduz que o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito pressupõe a diferença entre sistema jurídico e político, que se apresenta como um código binário de preferência próprio, entre lícito e ilícito, e de seus consectários (Constituição, leis, decretos, jurisprudência, etc), onde, as decisões do sistema político estão subordinadas ao sistema jurídico (no que concerne ao controle jurídico de licitude dos atos/decisões). Assevera ainda que nos sistemas pré-modernos de dominação (absolutistas), assim como nas autocracias contemporâneas, a relação entre direito e política é inversa, submetendo-se o direito à política, como forma de demonstrar a inversão de valores em tais sistemas¹⁸.

2.1.1.1 Dos princípios constitucionais

Dentro dessa ideia de sistema, se pode trazer o princípio da unidade da Constituição, por meio do qual se deve entender a Constituição como um todo, como um sistema único repleto de princípios e regras. Tal princípio deve ser associado ao do efeito integrador das normas constitucionais, pelo qual se transmite a ideia de que na atividade hermenêutica deve priorizar os critérios que favoreçam sobremaneira a integração política e social da resolução de problemas jurídicos constitucionais, levando-se em conta o princípio da máxima efetividade constitucional, imprescindível à tarefa de dar à norma a amplitude e efetividade social necessárias.

¹⁷ Ibidem, p. 108.

¹⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins fontes. 2006. p. 85/90.

Diante de todo o contexto já posto, se pode compreender que as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo harmônico, buscando-se minimizar as lacunas e colisões, para que, estejam em acordo com a realidade política e social do momento vivenciado pelo interprete. Entretanto, há de reconhecer a existência de antinomias, principalmente quando da análise de casos práticos, o que expõe sobremaneira o princípio da força normativa da Constituição (pois, adotando-se um raciocínio lógico, se pode concluir que, se pragmaticamente há colisão de interesses baseados em princípios constitucionais, as normas ali insculpidas possuem efetivamente força).

Na presente temática dos princípios constitucionais, primordial se faz a diferenciação entre princípio, valor e regra, a fim de que se possa ter a exata noção de cada sentido.

Tomando-se por base a acepção da palavra princípio, facilmente se vislumbra o seu sentido de começo, como ponto de partida de alguma coisa, o que, de fato traduz-se na sua semântica, pois é o valor maior que justifica a norma, sendo então as diretrizes gerais a serem seguidas, dando unidade ao sistema normativo infraconstitucional.

Para Erick Pereira, a palavra princípio pode ser utilizada nos seguintes sentidos: de norma jurídica privilegiada que possui maior valor de expressão, ou, como norma jurídica que atribui limites objetivos; como valor inserido na regra jurídica de posição privilegiada; ou como limite objetivo inserido em regra hierárquica superior¹⁹.

Os princípios podem ser interpretados ainda como limites objetivos quando considerados em si mesmos, isto é, no plano pragmático de aplicação do direito (v.g. o princípio da anterioridade tributária).

Na definição de valor, se tem que é o sentido axiológico contido na norma, podendo ser identificado pela sua bipolaridade (valor/desvalor), e que os faz implicarem mutuamente quando positivados; por sua referibilidade, no que tange a posição do ser humano perante algo; pela preferibilidade no sentido de indicar uma determinada direção vetorial; pela sua incomensurabilidade, quanto a não possibilidade de medição, mas pela sua forte possibilidade também de graduação hierárquica quanto a sua ordem escalonada; pela

¹⁹ PEREIRA, Erick Wilson. **Interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

objetividade no que tange ao atributo intrínseco de todos os valores pela verificação cognoscitiva; pela historicidade já que em constante evolução no processo histórico e social; inexauribilidade no sentido de que os valores excedem os bens a que se objetivam; a atributividade, pelo que enaltece o ato de valorar algo; indefinibilidade, quando como categorias são indefiníveis, na medida que não têm gênero próximo; e, por sua vocação de se expressar em termos normativos.²⁰

Já as regras são os enunciados normativos que regulam determinadas situações, com sentido definitivo, isto é, proíbem, exigem, ou permitem algo. Se devendo diferenciar ainda enunciados normativos de norma, no sentido de que o primeiro refere-se ao texto tão somente, e o segundo ao conteúdo semântico extraído de texto pelo interprete²¹.

Por mais que a doutrina de Paulo de Barros Carvalho reconheça que há homogeneidade entre os princípios, haja vista que servem ao mesmo fundamento, distingue princípios constitucionais gerais dos demais inerentes a cada ramo do direito, como os tributários ou eleitorais. A título de exemplificação, o referido autor traz em sua obra como princípios gerais constitucionais mais relevantes o princípio da justiça, o da certeza do direito, o da segurança jurídica, da igualdade, da legalidade, da irretroatividade das leis, da universalidade da jurisdição, da ampla defesa e do devido processo legal, da isonomia entre os entes constitucionais (União, Estados e Municípios), do direito de propriedade, da liberdade de trabalho, do direito de petição, da supremacia do interesse público, e o da indisponibilidade dos interesses públicos²².

A despeito da distinção acima exposta, Erick Pereira assevera não concordar, uma vez que os princípios, em geral, possuem a mesma carga valorativa, e possuem a mesma finalidade constitucional²³. De fato assiste razão a esse último pensamento, haja vista que incorre em uma contradição o primeiro argumento quando estabelece a premissa de que são os princípios homogêneos, e, portanto coexistem perfeitamente no sistema jurídico (no máximo colidem, mas não se excluem. Diferentemente as regras são antinômicas e se

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 163/164.

²¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 1202.

²² Ibidem, p. 167/175.

²³ PEREIRA, Erick Wilson. **Interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 74.

excluem quando contrapostas). Assim, não há outra razão para diferenciação entre os princípios, senão a de tentar melhor expor didaticamente o assunto em comento, já que tortuoso e exaustivo.

Conclui-se diante dessa primária digressão, que o paradigma epistemológico e axiológico a ser seguido deve se basear na sistemática constitucional, precipuamente nos princípios constitucionais ordenadores, como o da dignidade da pessoa humana, na busca da efetividade dos direitos fundamentais inerentes no ordenamento jurídico (tanto no subsistema constitucional como nos subsistemas infraconstitucionais), pois esse fundamento estatal possui vistas à positivação de uma ordem material dos valores ali elencados, a qual não se coaduna com a uma interpretação isolada das normas envolvidas.

3 CONSTITUCIONALISMO

3.1 Conceito e evolução ao (neo)constitucionalismo

Por definição, Constitucionalismo é um movimento social, político e jurídico que tem por objetivo submeter o Estado a uma Constituição, seja ela formal ou não, para assim limitar sua atuação, organizá-lo e regê-lo²⁴, estando intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais e seus ideais que faz consolidar um sistema político mais justo.

Canotilho define constitucionalização como sendo a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, pelo que subtrai do legislador ordinário sua disponibilidade e seu reconhecimento, trazendo com isso a consequência de proteção dos direitos fundamentais como contorno da interpretação sistemática das Constituições²⁵.

Têm-se indícios de surgimento do Constitucionalismo nos Estados Absolutistas monárquicos, em situações pontuais, mas já se insurgindo contra o modelo de Estado autoritário e arbitrário. Nesses Estados preponderava a vontade do monarca, com base na máxima de que aquele estava representando a vontade de Deus, não podendo ser, então, limitado por leis, misturando-se assim Estado e religião.

Insurgem-se então contra tal modelo de Estado com a Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, que já continha, de certa forma, alguns dos direitos fundamentais encontrados na atualmente na CF/88, mas tal “carta”, de 1215, fora tida como um pacto entre o rei e os barões da época, e não uma verdadeira Constituição, e após assinada fora repudiada pelo monarca.

Outro indício de surgimento do Constitucionalismo são as revoluções burguesas da segunda metade do século XVII, a Revolução Gloriosa da Inglaterra de 1689, onde os monarcas ali empossados foram obrigados a assinar a declaração dos Direitos dos Cidadãos, ou “Bill of Rights”. Contudo, em nenhum desses dois momentos se tinha a convicção que se estava limitando a atuação do Estado por uma Lei superior.

²⁴ Gomes, Luiz Flávio; Vigo, Rodolfo Luis. **Dos Estados de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções**. 1. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 23 ss.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378.

Grande parte da doutrina afirma que o constitucionalismo surge no fim do século XVIII com a Revolução Francesa, em 1789, que buscava claramente limitar o poder do Estado, ratificada em 1791 com sua Constituição Francesa; e com a Constituição Americana de 1787, que foi a primeira Constituição escrita do mundo.

Em 1803, nos Estados Unidos, acontece o lendário julgamento do caso *Marbury versus Madison*, onde surgiu a tese da supremacia da Constituição sobre as demais leis, declarando a Suprema Corte Norte Americana que todo juiz pode fazer o controle de constitucionalidade difuso nos casos em que apreciar.

No Brasil a monarquia arbitrária durou de 1500 até o início do século XIX corroborado pelas Ordenações Filipinas (1603-1830). Contudo, na Constituição de 1824 já estavam incluídos alguns direitos fundamentais (Art. 179), repetidos na Constituição Republicana de 1891 (art. 72); Assim como nas seguintes, fez-se constar o rol dos direitos fundamentais, cada uma com suas peculiaridades.

Desta forma, a doutrina traz a realidade de determinados Estados em períodos jurídicos políticos e históricos em fases, ou ondas²⁶. Tem-se como “onda zero” o período de tempo compreendido pelo século XVII, marcado principalmente pelo Estado Absoluto. Vale mencionar aqui a quebra de paradigma trazida por Descartes, em 1637, com a seguinte filosofia: “Penso, logo existo”. Pois tal pensamento traz a ideia de que o Estado deve servir ao cidadão e não ao “Deus governante”, iniciando-se então uma postura antropocêntrica e não mais teocêntrica.

Já no século XVIII prevaleceu o Estado de Polícia, contudo, ambos tirânicos (como já dito, tendo havido somente situações pontuais de surgimento de um possível constitucionalismo). Contra tais modelos estatais surgiu no século XIX o Estado de Direito Legal, através da burguesia ascendente, e lastreado por vários movimentos filosóficos antecedentes, como sendo a primeira e real evolução do Estado, do Direito e da Justiça, principalmente representado pelo real surgimento do Constitucionalismo, que também não era perfeito, mas representou uma significativa evolução. Pode-se notar a evolução que trouxe tal período quando se observa a mudança da condição da pessoa, que passa de súdito a cidadão, ou seja, passa a ser reconhecido e protegido pela lei.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Dos Estados de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções**. 1. Ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p.11.

Tendo passado por várias mutações, como Estado liberal de Direito, Estado Social, e Estado Democrático (tentativa de concretização material do Estado Social), não se desvencilharam do legalismo (Positivismo jurídico), o que fez surgir no século XX, através de uma segunda mutação evolutiva jurídica, o chamado Estado de Direito Constitucional, devido principalmente à Segunda Guerra Mundial²⁷, representando um enorme avanço jurídico e político.

Para alguns doutrinadores, há após a segunda metade do século XX uma terceira onda, a que trouxe o Estado de Direito Constitucional e Transnacional. E após o final do século XX o surgimento de uma quarta onda, a do Estado de Direito Global, referenciado pelo Tribunal Penal Internacional.

Luis Roberto Barroso aponta como marco histórico do “novo” direito constitucional, na Europa, o constitucionalismo surgido após a Segunda Guerra Mundial, em especial na Alemanha e na Itália, tendo em vista a aproximação do direito constitucional as instituições contemporâneas, pelo que, produziu uma nova forma de organização política, que seriam os Estados democráticos de direito²⁸.

No que concerne a nomenclatura usualmente utilizada pela doutrina, o termo neoconstitucionalismo é utilizado como para traduzir o conjunto de transformações e ideias que surgiram a partir da segunda metade do século XX, e que pretendem rever aquilo que se entende por Constituição, estabelecer uma ligação entre a Constituição e a realidade, dando-lhe então efetividade.

Para Écio Duarte e Susanna Pozzolo o termo “neoconstitucionalismo” é deveras apropriado, pois representa uma doutrina descritiva, uma reconstrução racional com justificação sistêmica do juspositivismo, sendo então, sobretudo, uma política constitucional que indica como o direito dever ser, e não como ele é²⁹.

²⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. 2005, *apud* GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Dos Estados de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções**. 1. Ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p.12.

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2005, p. 3. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em 15/01/2018 às 11:53

²⁹ DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as fases da teoria em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 77/78.

O Constitucionalismo, ou neoconstitucionalismo, é um valor em si mesmo, que precisa ser protegido, passando os direitos e garantias fundamentais como núcleo do texto constitucional. Tem-se também uma mudança quanto à legitimação de diversos agentes sociais como legítimos interpretes constitucionais, a partir de uma sociedade aberta de interpretes. Sendo assim uma intenção de reconciliação entre direito e ética, contrapondo a tese de Kelsen de que a Constituição seria somente o fundamento das normas jurídicas.

3.2 Características do constitucionalismo

O fenômeno do constitucionalismo apresenta características dogmáticas bem definidas, como: supremacia do texto constitucional; garantia, promoção e preservação dos direitos humanos; força normativa dos princípios constitucionais; constitucionalização do Direito; e ampliação da jurisdição constitucional.

Pelos ditames do movimento “neoconstitucionalista”, a supremacia da carta política é sua característica mais evidente, pois, os direitos fundamentais devem ser preservados, garantidos, efetivados e promovidos, criando-se regras no ordenamento jurídico para produção legislativa infraconstitucional, vinculando assim as demais normas para que não sejam colidentes, ou seja, os princípios e valores que lá estão insculpidos não podem ser violados pelas normas a ela inferiores, chamado de princípio da unidade constitucional.

Desse modo, cabe ao Estado, mais detidamente ao Poder Judiciário, fiscalizar a constitucionalidade das demais normas que compõem o ordenamento jurídico, mas nada impede que os demais agentes políticos o façam administrativamente.

O pós-positivismo jurídico inaugura essa fase da irradiação axiológica e normativa dos preceitos constitucionais. Como efeito de tal característica vê-se que conferido à norma constitucional força de eficácia plena, pois tem ela a pretensão de ser bastante em si mesma (princípio efetividade das normas constitucionais), passando a Constituição a ser fonte direta de direitos, e não mais indireta.

Todo Estado que respeite o princípio democrático deve assegurar aos seus cidadãos a garantia, promoção e preservação dos direitos humanos. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 abarcou todos eles, expressa ou implicitamente, seja na forma de regras ou na

forma de princípios, sendo isso possível desde que se enxergue nos princípios constitucionais normas jurídicas, superando desse modo o positivismo jurídico.

Desse modo, passando a Constituição a ser uma fonte direta de direitos, fato esse que faz reconhecer sua força normativa, e lhe dá plena eficácia, v.g. §1º do art. 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988. Tal ocorre, pelo fato de que o movimento constitucionalista traz, como já demonstrado anteriormente, para o corpo do texto constitucional as normas que definem direitos e garantias fundamentais. De todo modo, por mais que dogmaticamente se dissocie os direitos humanos dos direitos fundamentais (vide tópico 3.11), a partir do momento que são incluídos no ordenamento jurídico os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, mas especificamente na Constituição, os tornando direitos fundamentais formadores daquela determinada sociedade, se tem então um movimento constitucionalista.

Em se incluindo ao ordenamento jurídico tais direitos (humanos), se fortalece a sociedade como um todo, e garante aos setores que são diretamente beneficiados o respeito aos seus direitos fundamentais, o que, por via reflexa, obviamente, vincula os poderes constituídos (Legislativo, Judiciário e Executivo), limitando sua atuação e garantindo um Estado Democrático de Direito.

Konrad Hesse³⁰ explica que a Constituição expressa os poderes dominantes de um país, quando cita exemplos, faz uma importante colocação de que a Constituição jurídica não passa “de um pedaço de papel” (citando diretamente Lassalle), onde sua capacidade de regulamentação, sua força, estaria limitada à sua compatibilidade com a Constituição real, essa sim, formada pelos fatores reais de poder. Diz que as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas, e que para Jellinek “o desenvolvimento das Constituições demonstra que regras jurídicas não se mostram aptas a controlar, efetivamente a divisão de poderes políticos”.

Explana que a história constitucional ensina que “o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas”, e que, “a normatividade submete-se à realidade fática”. Como consequência, tem-se que: a condição de eficácia da constituição jurídica é um limite hipotético externo, entre a realidade e a norma.

³⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. In Temas Fundamentais do direito constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 9/11.

Sendo assim, partindo do princípio que o a ciência da Constituição é uma ciência normativa, e que se esta ciência admite depender da realidade fática (Constituição real) estaria ela se autonegando como ciência.

Para saber a condição de eficácia da norma constitucional, devem ser consideradas as condições naturais, técnicas, econômicas, sociais a que se destina, além do que chama de “substrato espiritual”, isto é, a carga axiológica que influência na conformação normativa de uma determinada sociedade.

Desse modo, conclui o referido autor que a constituição é “determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela”, e que “a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas”, mas, “não podem ser definitivamente separadas”, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia. E, para que Constituição Jurídica tenha força enquanto norma deve impor tarefas, através da conduta por ela mesma instituída, e haver vontade de concretizar essa ordem. Contudo, ressalva que para que ela logre êxito, deve haver vontade de Constituição e vontade de poder.

Essa vontade de Constituição tem três origens diversas, sendo, a necessidade de uma ordem normativa “inquebrável”, que se legitime em algo mais forte que somente fatos, e na consciência da vontade humana.

Entre outras características básicas, podem ser apontadas a adoção de uma noção específica de Constituição, e que foi denominada “*modelo prescritivo de Constituição como norma*”; o entendimento segundo a qual o direito é composto de princípios, além de regras; a adoção da técnica interpretativa da ponderação; e a “consignação de tarefas de integração à jurisprudência e de tarefas pragmáticas à Teoria do Direito”³¹.

Há de se anotar ainda a doutrina trazida por Ricardo Guastini³², que, além das características já trazidas, aponta como características do movimento constitucionalista, um sistema de controle jurisdicional constitucional, e a influência da Constituição nas relações políticas, tendo os seus princípios forte cunho moral, passa a argumentação jurídica a

³¹ Ibidem, p. 79.

³² Ricardo Guastini. **La costituzionalizzazione dell'ordenamento italiano, em Region pratica**, n. 11 (1988), *apud* FIGUEROA, Afonso García. **A teoria do direito em tempos de constitucionalismo**. Tradução de Eduardo Moreira. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 515/516.

“transformar-se em argumentação moral e política, reforçando a unidade do raciocínio prático”.

A doutrina tenta ainda identificar os “tipos” de constitucionalismo, dividido-os em Constitucionalismo teórico, onde diz que a constitucionalização dos sistemas jurídicos tornou-o insuscetível de falhas, haja vista se afastar o método subsuntivo e aplicar-se a ponderação através dos princípios constitucionais; Constitucionalismo ideológico, que através de um sistema de avaliação moral das normas, se entende aqui que poder-se-ia questionar as normas, contudo, de maneira ambígua, diz que não se pode questionar as normas constitucionalmente conformes; Constitucionalismo metodológico, que tomado por base da relação entre Direito e moral existente no sistema jurídico, tal teoria invalida o positivismo jurídico metodológico. Divide ainda o Constitucionalismo Metodológico em duas partes, onde, no primeiro diz que “alguns sistemas jurídicos estão constitucionalizados e, portanto, encontram-se vinculados à moral”³³. Já a segunda tese seria de que todos os sistemas jurídicos estão vinculados à moral em virtude da constitucionalização³⁴.

3.3 Constitucionalização dos direitos fundamentais

Denomina-se constitucionalização como sendo o processo e resultado causado pela Constituição³⁵, assim, tem-se que o Direito, em todos os seus ramos, fora “constitucionalizado”, o que se demonstra com base em três fatos, com base histórico, filosófico e teórico³⁶.

O marco histórico, aqui já citado, foi o ocorrido na segunda metade do século XX, com o pós-segunda Guerra Mundial. Com a reconstitucionalização nas décadas de 70 dos países Europeus. No Brasil se deu com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, e o processo de redemocratização no país.

³³ Ibidem, p. 524.

³⁴ Ibidem, p. 522/523.

³⁵ FIGUEROA, Afonso García. **A teoria do direito em tempos de constitucionalismo**. Tradução de Eduardo Moreira. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 515.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2005, disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>, acesso em 15/01/2018 às 11:53.

No marco filosófico, se tem que o houve uma mudança de comportamento diante do Direito, momento denominado de pós-positivista, que não despreza a legalidade, mas se afasta desta e se aproxima da filosofia moral e política. Vive-se, portanto, um momento em que a argumentação jurídica inclui a teoria dos valores, a legitimidade democrática; a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais passam, então, para o centro do sistema jurídico. O que reflete na forma de se operacionalizar o Direito, principalmente nas decisões judiciais, onde se passa a exigir destas que sejam justificadas e motivadas pela justiça e moralidade, o que como consequência uma aproximação do Direito com a ética.

Por marco teórico possui três mudanças de paradigma, quais sejam, o reconhecimento de força normativa da Constituição (Konrad Hess), tratando a norma constitucional não como um documento político, mas pragmático, com normas dotadas de imperatividade; a expansão da jurisdição constitucional, com a concretização da norma constitucional, e dos direitos fundamentais pelos tribunais, o que traduz-se na supremacia da norma constitucional (inclusive através do controle de constitucionalidade); a mudança na forma de interpretação constitucional, influenciada por uma nova metodologia, e novos conceitos, incluindo a força normativa dos princípios.

A partir daí se desloca a Constituição para o centro do ordenamento jurídico, irradiando-se os princípios constitucionais para todos os ramos do Direito, ou seja, sendo necessário se pensar qualquer ramo do Direito à luz da Constituição. Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana expande os direitos fundamentais para os mais diversos tipos de relação.

Desse modo, vê-se claramente que a mudança do paradigma constitucional trouxe uma mudança também na forma de pensar o direito por seus teóricos e juristas, isso por que a teoria constitucionalista proporciona uma “cobertura justeórica conceitual e/ou normativa à constitucionalização do Direito em termos normalmente não positivistas”.

Cabendo destacar, que Figueroa (conforme citado) aponta alguns aspectos que influenciam nesse movimento, como o aspecto material da constitucionalização do ordenamento jurídico, fazendo com que o direito adquira forte carga axiológica pelos direitos fundamentais, vinculando-o à moralidade. Já o aspecto estrutural faz referência as estruturas em que as normas constitucionais estão dispostas, permitindo pelo aspecto funcional a expansão do seu âmbito de influência, tornando assim a constituição “onipresente”, já que os

princípios constitucionais incidem sobre todo o ordenamento e sobre a própria aplicação do Direito (por esse pensamento não haveria “espaços vazios” no ordenamento jurídico). Por fim, tem-se um aspecto político, com o deslocamento do protagonismo do legislativo para o Poder Judiciário³⁷.

Tal sentimento de mudança é muito bem traduzido por Juarez Freitas, quando afirma que “no passado, o controle e as leis; no presente e no futuro, o controle e os objetivos fundamentais da Constituição”, o doutrinador quis explicitar com sua fala que houve com o constitucionalismo uma mudança de paradigma, do legalismo do positivismo jurídico, para a observância dos princípios e dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito Constitucional³⁸.

Percebe-se através da digressão aqui já posta, principalmente histórica, que os direitos fundamentais não derivam do texto constitucional, mas sim, da própria evolução do pensamento e comportamento humano, sendo anterior então à própria prática constitucionalista.

Canotilho afirma que a positivação dos direitos fundamentais na ordem constitucional significa a incorporação na ordem jurídica dos direitos naturais e inalienáveis do indivíduo, dando-lhes a correta dimensão de “*fundamental rights*”, e tendo como fonte de direitos as normas constitucionais, sem que assim sejam colocados, não passam de esperanças, aspirações, ou ideais³⁹.

Robert Alexy⁴⁰ conclui acerca do constitucionalismo, que realmente os direitos individuais não se esgotam unicamente para defesa dos cidadãos em face do estado, mas sim, em um ordenamento de valores objetivos, ou seja, que os direitos fundamentais, não são regras, mas princípios; segundo, que tendo por base que os direitos fundamentais não servem somente para defesa do cidadão em face do Estado, que estes servem para todos os âmbitos do direito, como uma irradiação desses direitos fundamentais; terceira conclusão, que sempre

³⁷ Ibidem, p. 516/519.

³⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

⁴⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck – 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p.105/116.

haverá colisões entre princípios, e que tais somente poderão ser solucionadas por meio da ponderação.

Em relação à ponderação, Alexy aduz que é uma parte do princípio da proporcionalidade, que esse princípio compõe-se de três outros princípios, o da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que todos são a expressão da ideia de otimização, e os direitos fundamentais são mandamentos de otimização.

Então, para responder a questionamentos de Habermas⁴¹, afirma que há de se valer de casos práticos, ao que faz citando o caso onde se ponderou entre a liberdade de manifestação de opinião de uma revista e o direito de personalidade geral de determinada pessoa.

Assim sendo, e a partir da análise do tratamento dado ao direito administrativo constitucional nas últimas décadas, principalmente a partir de meados do século XX, se percebe que tal ocorrera por uma evolução natural da sociedade com vistas a promover um maior controle social da administração pública, principalmente através de ferramentas midiáticas e pelas ferramentas legais a ela disponibilizada.

⁴¹ Ibidem, p. 108/109

4 CONCEITO E CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Conceito e terminologia

Inicialmente, há de se conceituar tecnicamente o que são direitos fundamentais, que, pela definição dada por Martins⁴² são direitos públicos e subjetivos das pessoas (que vincula o Estado), sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, que foram constitucionalmente positivados, possuindo, portanto, um caráter normativo superior aos demais direitos no ordenamento jurídico daquele Estado. Dessa forma, possuem a finalidade limitar o exercício do poder estatal, em face da liberdade individual.

Outra interessante definição é dada por Luigi Ferrajoli⁴³, quando explica que todos os seres humanos, pelo fato de serem “dotados do status de pessoas”, cidadãos ou “pessoas com capacidade de agir” possuem direitos subjetivos, que correspondem à universalidade de normas de um determinado ordenamento jurídico que os reconhecem, e que indica entre suas características estruturais de direitos e a forma universal de proteção e o seu caráter indisponível e inalienável.

Dos conceitos trazidos, observa-se que há alguns elementos básicos para que um direito seja considerado fundamental, quais sejam, a fundamentalidade formal, onde obrigatoriamente tenha que estar insculpido no texto constitucional, com vistas a garantir maior rigidez à sua alteração; a fundamentalidade material, que concerne ao teor axiológico de maior importância que contém aquele direito; a relação existente entre os sujeitos que o direito regula, seja regulamentado uma relação entre Estado e indivíduo; e, a finalidade para a qual foi criado seja para limitar o poder estatal em face do indivíduo.

Há de se esclarecer que não são direitos fundamentais somente aqueles formalmente protegidos pelas cláusulas pétreas, mas todos os que atendam as especificidades acima, protegidos pelas cláusulas pétreas, ou não.

Bem como, se deve deixar claro que não há distinção hierárquica entre os constitucionalmente garantidos e os que por ventura decorram de outra norma. Contudo, para

⁴² Martins, Leonardo; Dimoulis, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2009, p. 46/47.

⁴³ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madri: Ed. Trotta, 2001, p. 19 apud Gomes, Luiz Flávio; Vigo, Rodolfo Luis. **Dos Estados de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções**. 1. Ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p.27.

Martins⁴⁴, somente são protegidos de reforma, por meio do art. 60 §4º, IV da Constituição Federal brasileira de 1988⁴⁵ os “direitos e garantias individuais”, mas excluindo-se daí os direitos coletivos, sociais se entendidos como coletivos, os políticos e os difusos, haja vista que a proteção fora dada objetivamente e somente aos individuais⁴⁶.

Em relação às teorias jurídicas, no jusnaturalismo o entendimento sobre direitos fundamentais seria de que são direitos pré-positivos, ou seja, direitos anteriores mesmo à própria Constituição, que decorrem da própria condição da natureza humana do ser, e por isso existentes mesmo antes do surgimento/reconhecimento do Estado.

Já para o Positivismo jurídico considera-se que os direitos fundamentais são aqueles direitos mais básicos e necessários ao homem e postos na norma positivada, isto é, que estão elencados em uma Constituição. De todo modo, isso não impede que se reconheçam a existência de direitos implícitos na norma constitucional, em face do que dispõe o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal brasileira de 1988⁴⁷.

Mais moderno, o Realismo Jurídico norte americano considera que os direitos fundamentais são aqueles conquistados historicamente pela humanidade⁴⁸.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu Título II, é trazida a expressão “direitos fundamentais”, mas em todo o seu corpo traz também outras expressões com carga valorativa semelhante, como, “direitos sociais e individuais” (preâmbulo), “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I do Título II), “direitos humanos” (art. 4º, II; art. 5º §3º; art. 7º do ADCT), “direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI), “direitos civis” (art. 12, § 4º, II, b), “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 17), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, IV), “direitos” (em sentido lato – art. 136, § 1º, I), “direito público subjetivo” (art. 208, § 1º).

⁴⁴ Martins, Leonardo; Dimoulis, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2009, p. 42/43.

⁴⁵ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - **os direitos e garantias individuais**.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 641.

⁴⁷ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 527.

Denota-se que tal variação terminológica é um tanto quanto prejudicial à interpretação facilitadora, pois a mudança da nomenclatura dada pode ensejar interpretações diferentes, por meio de argumentos a favor ou contra daquela tutela de direitos em discussão.

Já a utilização da expressão “direitos fundamentais” reflete o significado do que se busca regulamentar em uma Constituição no que concerne aos fundamentos da organização política e social de um Estado. Sendo ainda genérica o suficiente para abranger os direitos individuais e coletivos, os sociais e os políticos, os direitos de liberdade e os de igualdade, e ainda, indica que todos os direitos contidos no ordenamento jurídico são elencados no âmbito constitucional, o que limita o legislador ordinário a não excluir aqueles constitucionalmente garantidos, mas dando-lhes a liberdade de acrescê-los⁴⁹.

4.1.1 Direitos humanos e direitos fundamentais

Há de se diferenciar os termos “direitos fundamentais” de “direitos humanos”, haja vista a semelhança axiológica que une as duas expressões, onde ambas buscam tutelar os direitos cuja esfera de proteção é o da pessoa humana, isto é, possuem o mesmo destinatário.

Os direitos humanos têm abrangência geral, relaciona-se ao Direito Internacional, portanto reconhecidos por documentos dessa envergadura, possui ligação íntima com a existência do ser humano, o reconhecendo como sujeito de direitos, independentemente de estar vinculado a um, ou outro, Estado, o que denota seu caráter supranacional e de validade internacional, com vistas a garantir minimamente a existência digna da pessoa enquanto ser humano⁵⁰, mas que deve respeitar o multiculturalismo e as diversidades sociais. Tal delimitação, entre os direitos que perfazem o núcleo de proteção dos direitos humanos, inseridos aí inclusive as nuances do multiculturalismo, e o que exacerba tal liame, é de competência da Corte Penal Internacional.

Os direitos fundamentais possuem a mesma finalidade, havendo que se diferenciar somente quanto à sua abrangência espacial mais delimitada do que os anteriormente citados, haja vista serem reconhecidos e positivados na esfera de direito constitucional de um determinado Estado, obedecendo aos costumes e normas internas, o que

⁴⁹ Martins, Leonardo; Dimoulis, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2009, p. 40/41.

⁵⁰ BICHARA, Jahyr-Philippe. **Lições de cidadania: a defesa dos direitos fundamentais no Rio Grande do Norte**. Natal: EDUFERN, 2009, p. 20.

faz com que possuam maior grau de efetividade, já que aplicados diretamente por suas instâncias judiciais⁵¹.

4.2 Historicidade

Direitos fundamentais, assim como todo direito, não surgem como o imediatismo de uma descoberta, mas vão sendo pensados e forjados ao longo do tempo, resultado de um processo de conquistas, tendo maior ou menor força conforme a sociedade que o estabelece, neste sentido afirma Norberto Bobbio⁵², que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Inclusive, sendo interessante ressaltar que em cada época, e lugar, há uma distinção de quais direitos são considerados como fundamentais, a depender dos valores mais importantes daquela sociedade.

Dogmaticamente é comum se separar os tipos de direitos fundamentais em dimensões (ou gerações)⁵³, contudo, o termo não parece ser a melhor sistemática, uma vez que esta nomenclatura dá entender ter a fase posterior sobreposto a anterior, o que não é verdade, pois, v.g. a Constituição Federal brasileira de 1988 traz direitos fundamentais de todas as “gerações”.

De melhor maneira, há quem os defina em categorias, sendo elas: Direitos individuais e políticos; direitos sociais; direitos difusos e/ou coletivos (onde está inserindo o direito ao meio ambiente). Tendo quem fale em uma quarta categoria de direitos, ligados à democracia universal.

Poder-se-ia afirmar que os direitos fundamentais são anteriores ao conceito de Estado, o que o faria confundir com direitos naturais, sendo que tal argumento traz a ideia de que o Estado somente reconheceu tais direitos, como modo de legitimação do próprio Estado, ideia equivocada, sob o que já foi explicitado no tópico anterior.

⁵¹ Idem.

⁵² BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986, p. 5.

⁵³ Gomes, Luiz Flávio; Vigo, Rodolfo Luis. **Dos Estados de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções**. 1. Ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

Os primeiros ensaios de enunciados normativos que trouxeram algum tipo de regulamentação de direitos fundamentais foram a Magna Carta inglesa (1215-1225), a “Petition of Rights” (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688). Somente a partir do final do século XVIII é que surgiram os primeiros textos normativos que enunciam e garantiam direitos fundamentais propriamente. Sendo a Declaração de Direitos dos Estados Unidos em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida na França em 1789, o marco do nascimento dos direitos fundamentais⁵⁴. Enunciavam esses direitos como a liberdade, a igualdade, a propriedade, a liberdade de religião e proteções contra a repressão penal.

Edilson Nobre Júnior frisa que tais documentos estavam impregnados de forte “lastro jusracionalista”, e exaltavam o status de liberdades e igualdades de direitos dos homens, propondo proteção à própria liberdade e a propriedade dos indivíduos em face da atuação estatal. Pelo que, surgiram daí os chamados direitos individuais, ou, direitos fundamentais de primeira geração⁵⁵.

Passo seguinte foi a integralização desses direitos fundamentais nos corpos das Constituições, onde transpassa-se de uma universalidade abstrata para material e concreta. A Constituição do Império do Brasil de 1824 teria sido a primeira que enunciou os direitos e garantias fundamentais do ser humano no ordenamento jurídico pátrio, falando-se em “Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, ao passo que a Constituição de 1891 continha simplesmente a expressão “Declaração de Direitos” como epígrafe da Secção II, integrante do Título IV (Dos cidadãos brasileiros). Na Constituição de 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mantida nas Constituições de 1937 e de 1946 (integrando o Título IV da Declaração de Direitos), bem como na Constituição de 1967, inclusive após a Emenda nº 1 de 1969, integrando o Título da Declaração de Direitos. Alguns exemplos de Constituições do segundo pós-guerra que passaram a utilizar a expressão genérica “direitos fundamentais”, tais como a Lei Fundamental da Alemanha (1949) e a Constituição portuguesa (1976), ambas já referidas, bem como as Constituições da Espanha (1978), da Turquia (1982) e da Holanda (1983)⁵⁶.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.151/158.

⁵⁵ NOBRE JR. Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 16.

⁵⁶ *Ibidem*, p.170/171.

Em período mais recente, o século XX foi uma época de imensas transformações no mundo, sobretudo em razão da Segunda Guerra, que teve como consequência a busca ideológica para proteção dos direitos humanos, o que culminou com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU). Que por meio da Carta das Nações Unidas (1945), e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, objetiva de manter a paz mundial e a proteção dos direitos humanos⁵⁷.

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, obviamente, o marco histórico paradigmático é a Constituição Federal brasileira de 1988, que, na expressão de Luis Roberto Barroso, é o marco zero de um recomeço, de novas perspectivas tendo em vista a inserção do povo como protagonista do processo de construção da política brasileira, ao lado da aristocracia e da burguesia emergente⁵⁸.

4.3 Classificação de direitos fundamentais

Além da classificação já citada, em dimensões ou gerações, que tinha como direitos fundamentais de primeira geração os que concernem aos direitos de ordem pública, oponíveis ao Estado, ligados a valores mais primitivos, como a liberdade, os de segunda geração são relacionados aos direitos sociais, como igualdade, os de terceira os que vinculam sobretudo a sociedade como coletividade, como fraternidade e solidariedade, e os de quarta geração os de “direito dos povos” relacionados à proteção de minorias (idosos, deficientes, índios, crianças, etc.).

Sendo que aqui se busca elucidar os direitos fundamentais contidos no ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente na própria Constituição Federal brasileira de 1988, onde são trazidos no art. 5º os direitos individuais e coletivos, no art. 12 os direitos à nacionalidade, nos artigos 14 a 17 os direitos políticos, nos artigos 6 e 193 os direitos sociais, nos artigos 3º e 225 direitos solidários⁵⁹.

Há de se considerar ainda que a Constituição não traz direitos fundados em relações econômicas entre os direitos fundamentais sociais, mas o faz quando trata da ordem econômica e financeira, nos artigos 170 a 192.

⁵⁷ BICHARA, Jahyr-Philippe. **Lições de cidadania: a defesa dos direitos fundamentais no Rio Grande do Norte**. Natal: EDUFRRN, 2009, p. 21/22.

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2006, p.327/378.

⁵⁹ *Ibidem*, p.184.

A interessante doutrina de Martins traz a teoria tripartida do constitucionalista alemão Georg Jellinek (1851-1911), onde os direitos fundamentais se dividem em direitos de “status negativus”, ou de pretensão de resistência à intervenção estatal; de “status positivus”, ou sociais (prestacionais); e de “status activus”, ou políticos (de participação)⁶⁰, de modo que tais status referem-se às possíveis posições que o indivíduo pode estar em relação ao Estado.

No primeiro caso, há o Estado de se abster de intervir arbitrariamente na liberdade do cidadão, clássicos exemplos de direitos de resistência à intervenção estatal são o de liberdade de expressão, liberdade pessoal, atuação econômica, e usufruto de propriedade.

A função de defesa ou de liberdade, que impõe ao Estado o dever de não interferir na esfera de liberdade do indivíduo, e corresponde ao direito de não impedimento às ações do titular do direito fundamental. Referindo-se assim à possibilidade da pessoa auto determinar suas próprias decisões.

Dessa forma, não pode o Estado criar óbice ao exercício de algumas liberdades, como: cerceamento de liberdade (locomoção), censura prévia (artísticas, intelectual, religiosa), imposição religiosa, criação de condições desproporcionais ao exercício de uma profissão, dentre várias outras hipóteses que podem aqui ser conjecturadas.

Nesse contexto vem à mente a doutrina iluminista de Kant, pela qual o indivíduo pode, no uso de sua razão, exercendo sua autonomia, sair do estado de tutela Estatal, para tomar as decisões inerentes à sua própria vida.

Os direitos de defesa correspondem também à não retirada de posições jurídicas pertencentes ao seu titular, v.g. o direito de propriedade e de matrimônio. De outro lado, pela função de defesa, seu titular pode exercer o direito até não gozar das liberdades inerentes a ele, ou até de não usar das situações jurídicas que já lhe são garantidas pelo próprio ordenamento jurídico, impossibilitando o Estado de lhe impor que assim o faça, caso não queira.

Obviamente, o que aqui se tenta elucidar é que a função de defesa de tais liberdades deve ser respeitada pelo Estado, protegendo assim de sua atuação abusiva, contudo, há de se relativizá-la quando da necessária limitação, principalmente quando em prol da coletividade.

⁶⁰ Martins, Leonardo; Dimoulis, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunal, 2009, p. 49/54.

A segunda categoria, que concerne em direitos sociais, ou prestacionais, onde, diferentemente da primeira, o Estado tem a obrigação de agir positivamente no intuito de prestar condições de vida, “garantindo os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade”⁶¹. Ou seja, a ação estatal é no sentido de entregar direitos sociais, que podem ter cunho material (alimentação, educação, saúde, etc.) ou imaterial (criação de leis específicas que resguardem os cidadãos).

Esses direitos requerem um comportamento ativo do Estado, e se referem a uma prestação jurídica pela qual se impõe ao Estado um dever, seja de editar leis objetivando a criação de estruturas burocráticas e instituições responsáveis a materializar direitos fundamentais, como o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, bem como, a edição de normas que possam concretizar direitos ausentes de regulamentação, ou relacionados a uma prestação material direta, como o fornecimento de bens e serviços pelo Estado, isto é, de realizar concretamente políticas públicas ativas.

Tais direitos prestacionais têm o objetivo de melhorar as condições de vida da sociedade que compõe o Estado, atenuando assim as desigualdades sociais e buscando a igualdade material (se é que se pode imaginar um país capitalista buscar a igualdade material)..

Tal encontra base constitucional no princípio do Estado Democrático e Social de Direito, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana, e na máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, constante no §1º do art. 5º da Constituição Federal brasileira de 1988.

Os direitos às prestações, precipuamente os sociais prestacionais, mostram-se como “barreiras defensivas do indivíduo perante a dominação econômica de outros indivíduos”⁶², sendo assim colocado por Celso Antônio Bandeira de Mello desde os idos de 1981.

Como os direitos sociais têm seu conteúdo relacionado ao cumprimento ativo pelo Estado, de modo positivo, exigem, portanto, a destinação de recursos do seu orçamento para implementação.

⁶¹ Ibidem, p.52.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social**. Revista de Direito Público, nº 57-58. 1981. P. 235.

A terceira categoria é a que oferece a possibilidade do cidadão interferir no Estado através dos direitos políticos, como sufrágio, referendo e ingressando em partidos políticos, bem como os de fiscalizar a atuação estatal por meio de prestação e contas.

Pode-se elucidar ainda a função de proteção perante terceiros, que consistente na obrigação do Estado em amparar os titulares de direitos fundamentais em face de atividades de terceiros que por ventura venham a desrespeitá-los, como, a proteção do direito à vida, à propriedade, inviolabilidade do lar, etc..

Por fim, ressalta-se a função de não discriminação dos direitos fundamentais, o que se conclui a partir do princípio da igualdade, e impõe ao Estado que trate seus cidadãos de modo igualitário, sem que o faça em detrimento dos interesses das classes minoritárias, como homossexuais, negros, mulheres, idosos, etc..

As críticas feitas à referida teoria se enquadram na evolução social na qual o seu autor não presenciou (falecido em 1911), havidas após a Segunda Guerra Mundial, e que começaram a ser incluídas nos textos constitucionais a partir de então, pois não os contempla, que são os direitos de titularidade coletiva, ou difusos (como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do consumidor, desenvolvimento econômico e à paz⁶³), que geram conflitos insolúveis quando em colisão com outros direitos; v.g. o direito fundamental de propriedade (onde o indivíduo pode, em tese, usar de seu patrimônio como melhor lhe aprouver), sendo um direito de “status negativus”, na qual o Estado deve se abster de intervir, tem face do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, onde o Estado deve garantir meios de sua preservação, e que podem vir a atingir a aquela propriedade privada.

Segundo Jorge Miranda, a classificação dada por Jellinek é equivalente, de modo aproximado, à história de afirmação do ser humano e de seus direitos⁶⁴.

Trata-se então de um exemplo de construção teórica analítica na esfera dos direitos fundamentais. De onde se pode afirmar que a teoria de Jellinek deixa claro quais são as funções dos direitos fundamentais.

Assim, conclui-se que os direitos fundamentais consistem em um instrumento de proteção dos indivíduos em face da atuação do Estado, positivados em uma Constituição.

⁶³ Ibidem, p. 56/58

⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3 ed. Ver. E atul. Coimbra, 1991. P.85.

No caso da Constituição Federal brasileira de 1988 não se limitam ao Capítulo I do Título II, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, mas presentes em outros pontos do texto constitucional, como no caso do art. 225, que trata do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e do art. 205 que trata do direito fundamental à educação.

Há de se considerar ainda algumas de suas características, onde, tem-se que os direitos fundamentais não são assim considerados como absolutos, podendo inclusive ser relativizados quando colidentes entre si, em determinados casos concretos, sendo esse o entendimento já delineado no Supremo Tribunal Federal⁶⁵ quando do julgamento do RMS 23.452/RJ⁶⁶.

Desse modo, conclui-se que os direitos fundamentais são imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis e indivisíveis.

4.3.1 Titularidade

É de fundamental importância para o presente trabalho se delimitar quem são exatamente os titulares de direitos fundamentais a que trata seu título. Haja vista, que a própria Constituição Federal brasileira de 1988 é seletiva nesse sentido, pois, como se vê de sua redação, associa confusamente os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, ponto esse já superado pelo trabalho.

Para Martins⁶⁷, há uma relação dicotômica entre o sujeito ativo detentor de direitos fundamentais (titular do direito), e o sujeito passivo destinatário da obrigação de observância e proteção de tais direitos.

Denota-se que a Constituição Federal brasileira de 1988 tem várias formas de identificar os sujeitos ativos titulares de direitos fundamentais, onde por vezes traz expressões como: “todos”⁶⁸, “ninguém”⁶⁹, “qualquer pessoa”⁷⁰, “o preso”⁷¹, “qualquer cidadão”⁷², “o

⁶⁵ STF - Supremo Tribunal Federal

⁶⁶ RMS 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 12.05.2000, p. 20.

⁶⁷ Martins, Leonardo; Dimoulis, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2009, p. 69/70.

⁶⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁶⁹ III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

condenado”⁷³ “reconhecidamente pobres”⁷⁴, ou sujeitos indefinidos⁷⁵, como forma de delimitar esse universo de indivíduos que estão sob a égide daquela norma específica.

Ao se interpretar a redação dada ao caput do art. 5º da Carta Maior, tem-se que: “Todos são iguais perante a lei, [...], garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade [...]”. Desse modo, “todos” são considerados sujeitos de direitos de “status negativus”, devendo a Lei ser aplicada sem distinção entre eles.

Mas, os que têm garantido a inviolabilidade do direito à vida, a igualdade, a segurança e a propriedade, seriam somente os brasileiros e os estrangeiros residentes no país? Por uma interpretação literal e restritiva, os estrangeiros não residentes no país não seriam titulares de tais direitos fundamentais. Entretanto, por uma interpretação integrativa, em sentido *latto*, com base no conceito de direitos humanos deve-se favorecer ao indivíduo em detrimento do sujeito passivo (Estado), pelo que tal exclusão não seria permitida ao Estado democrático de direito constitucional brasileiro. Ou ainda, com base no §2º do seu art. 5º que reconhece que os direitos decorrentes de tratados internacionais não podem ser excluídos pelos que estejam já expressos na Carta Constitucional⁷⁶.

Edilson Nobre Júnior aponta haver grande divergência na doutrina brasileira quanto o tema, pelo que, cita ser o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho no sentido de que tais direitos não seriam reconhecidos aos estrangeiros residentes no país, mas, que Pontes de Miranda conclui de forma diversa, de modo que seu entendimento é semelhante a esse último, justamente por interpretar o dispositivo constitucional brasileiro à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, como norma universal protetora de todos os povos

⁷⁰ XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

⁷¹ LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

⁷² LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular (...), isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

⁷³ LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

⁷⁴ LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

⁷⁵ XXII - é garantido o direito de propriedade;

⁷⁶ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, datada de 10 de dezembro de 1948⁷⁷.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema, no RE 215.267/SP⁷⁸ onde reconheceu a estrangeiro não residente no país o direito de impetrar mandado de segurança, e no HC 94.016/SP onde reconheceu aos estrangeiros não residentes no Brasil “as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do status *libertatis* e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do *Due Process*”⁷⁹.

Ainda, há de se identificar à quais brasileiros a norma acima citada se refere, pois, há mais de um modo de se adquirir a nacionalidade brasileira, e considerando-se que a norma constitucional faz distinção de proteção e acesso para alguns dos direitos em que se distingue pela forma de aquisição da nacionalidade, já que ressalva somente aos brasileiros natos a proteção de alguns direitos e possibilidade de obter outros direitos, como, v.g, a não extradição (art. 5º, LI), a possibilidade de ser proprietário de empresa jornalística e de rádio difusão sonora (art. 222 – inclui ai os naturalizados há mais de dez anos) ou a ascensão a alguns cargos públicos (art.12, §3º).

A jurisdição é um limitador de titularidade dos direitos fundamentais, onde, por óbvio, a força normativa da Constituição Federal brasileira somente pode atingir ou resguardar aqueles que estejam sob seu manto, v.g. quando o art. 5º, inciso XVI afirma: “todos podem reunir-se pacificamente”, assim, questiona-se, todos quem? É uma garantia a todos aqueles que estejam sob a jurisdição da norma constitucional de que as autoridades brasileiras não lhes usurparão o direito fundamental de reunião.

Ressalve-se a questão dos brasileiros que não residam no país, onde se entende que seja suficiente o vínculo jurídico com a pátria para que seja ele sujeito ativo titular de direitos fundamentais, independentemente de onde resida, sendo essa a conclusão lógica dada pela distinção havida no contexto da norma constitucional entre a condição de brasileiro e dos estrangeiros, sejam aqui residentes ou não⁸⁰.

A norma constitucional não faz diferenciação entre gêneros masculinos e femininos para que se identifiquem titulares de direitos fundamentais, por mais que a

⁷⁷ NOBRE JR. Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e argüição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 27.

⁷⁸ STF, RE 215.267/SP, 1º Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 24.04.2001.

⁷⁹ STF, HC 94.016/SP, 2º Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 16.09.2008.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 70.

expressão “todos” seja masculina, pelo contrário, expressamente iguala os gêneros quando redigido o inciso I do art. 5º⁸¹.

Quanto aos direitos fundamentais sociais e dos trabalhadores, elencados no art. 6º e 7º da constituição Federal brasileira de 1988⁸², tais como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, o seguro-desemprego, o fundo de garantia por tempo de serviço, o salário mínimo, a irredutibilidade salarial, a remuneração do salário noturno superior ao diurno, o décimo terceiro salário, a duração máxima de trabalho diário de oito horas e de quarenta e quatro horas semanais (citando-se somente uns dos mais expressivos), que têm como titulares os que deles necessitam que sejam garantidos diretamente, ou seja, é titular ao direito fundamental a proteção da maternidade e da infância, tanto a gestante quanto o nascituro e o recém-nascido, assim como, somente pode ver garantido o direito à aposentadoria aquele que preencha os requisitos das normas específicas da previdência social.

Na discussão acerca da titularidade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), Ingo Sarlet esclarece que, mesmo sendo esse um direito de terceira dimensão, e portanto um direito difuso, pode-se reconduzir a uma dimensão individual, pois, se o dano ambiental atinge a um grupo não delimitável de pessoas se gerará uma reparação individual para cada componente daquele grupo prejudicado. Considera ainda o autor, justificando que mesmo para os que assim não entendam, estar-se diante de um direito fundamental excepcional no que tange a sua titularidade, onde não se pode afastar a regra geral de “titularidade individual da absoluta maioria dos direitos fundamentais”⁸³.

Em relação às pessoas jurídicas tem-se que se reconhece alguns dos direitos fundamentais a elas, inclusive as de Direito Público, contudo desde que sejam compatíveis com sua natureza, e desde que explicitados na Constituição Federal, como exposto por

⁸¹ I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf, acesso em 20 de novembro de 2017 às 11:01, p.09.

⁸³ Ibidem, p. 17.

Martins⁸⁴. Contudo, impossível se reconhecer direitos inerentes à condição de pessoa natural às pessoas jurídicas, como os direitos políticos⁸⁵.

Em resumo, para efeitos de aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais, se tem que os direitos difusos têm titularidade indeterminada e natureza indivisível, já os coletivos são direitos que têm como titulares um determinado grupo de indivíduos e natureza indivisível, e os individuais e homogêneos são titulares o indivíduo particularmente identificado e natureza divisível.

4.3.2 Limites de eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais

A constituição Federal brasileira de 1988 trouxe um enorme leque de direitos fundamentais, como acima elencados, contudo, percebe-se que o gozo de tais direitos não é ilimitado e irrestrito, pois, inclusive, por vezes, podem colidir entre si, se autolimitando, portanto, não sendo absolutos como já explanado anteriormente.

Contudo, a própria Constituição Federal brasileira de 1988 traz, no §1º do art. 5º uma diretriz normativa de fundamental importância na aplicabilidade de todos os direitos e garantias fundamentais, incluindo-se aí as garantias individuais, sociais e políticas constantes em todo o corpo daquela Carta Política, pois o referido parágrafo determina que tais normas “têm aplicação imediata”⁸⁶.

Desse modo, pode-se concluir que as normas definidoras de direitos fundamentais vinculam imediatamente as autoridades estatais, seja o Poder Legislativo que fica impedido de legislar ordinariamente de modo que pudesse pretender limitar arbitrariamente tais direitos (o que somente pode ser feito por meio de reserva legal, quando se estabelece determinados pressupostos e objetivos a serem atendidos para que se possa haver tal limitação legal, *v.g.* art. 5º XII da CF/88⁸⁷); seja o executivo, que deve agir positivamente de modo a fazer efetivá-los, ou agir negativamente para não atingir sua esfera de proteção. Bem como o Judiciário, que deve, quando provocado, protegê-los de violação, e promover sua aplicação.

⁸⁴ Martins, Leonardo; Dimoulis, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2009, p. 86/89.

⁸⁵ NOBRE JR. Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 30.

⁸⁶ § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁸⁷ CF/88: Constituição Federal de 1988.

Pode ser concluído ainda da citada norma, que a maioria de tais direitos não prescindem de autorização estatal para serem gozados⁸⁸, contudo, os direitos sociais (art. 6º da CF/88) consistem em uma pretensão dos indivíduos em face do Estado, dependendo então de sua conduta positiva para que existam (e que hodiernamente está muito em voga, como argumento do Estado brasileiro deficitário para se eximir de sua responsabilidade constitucional prestacional, a teoria da Reserva do Possível⁸⁹).

Percebe-se, por vezes na doutrina ou até mesmo em decisões judiciais, que há um esforço dogmático que se baseia no princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de justificar a efetivação de algum direito fundamental (v.g. ações que pleiteiam medicamentos ou procedimentos cirúrgicos em face da omissão estatal), contudo, como já esposado, os direitos fundamentais possuem limites, já a dignidade da pessoa humana, visto como meta princípio do Estado democrático de direito brasileiro, não possui limitação⁹⁰.

Inicialmente, se pensou os direitos fundamentais como forma de limitar a atuação estatal a favor dos indivíduos a este submetidos, sendo uma forma de limitação chamada de “eficácia vertical” dos direitos fundamentais, uma alusão ao poder ”superior” do Estado em face do “inferior” indivíduo.

Contrapondo a ideia acima, em meados do século XX surgiu na Alemanha a teoria e a dogmática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que reconhece haver a incidência de limitações de direitos fundamentais nas relações privadas (indivíduo-indivíduo). Para que se possa ilustrar a ideia central do tema em comento, necessário se faz explicitar o “Caso Luth”, como paradigma inicial de tal doutrina⁹¹, onde se discutiu a liberdade de manifestação do pensamento em conflito com interesses de direito privado, prevalecendo, ao final da celeuma o direito do cidadão em exprimir seu pensamento livremente.

Hipótese clássica no ordenamento jurídico pátrio é o conflito paradigmático que por vezes é levado ao Poder Judiciário a fim de solucionar o embate entre o direito de liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF/88), e o direito à intimidade, ou à honra, à imagem

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 365/368.

⁸⁹ STF, AgRg no RE 410.715, rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006.

⁹⁰ LIMA, George Marmelstein, **A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais**, disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/2625/a-hierarquia-entre-principios-e-a-colisao-de-normas-constitucionais>, consulta em 20 de novembro de 2017 às 09:51.

⁹¹ Martins, Leonardo; Dimoulis, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2009, p. 259/274.

(art. 5º, X, CF/88), etc. O que, a depender da análise casuística, se obterá a solução, mas observando-se sempre princípios maiores, como o da própria dignidade da pessoa humana, e a proporcionalidade⁹² entre os direitos em discussão no caso concreto.

A jurisprudência do Superior Tribunal Federal já teve várias oportunidades de se manifestar assentando entendimento favorável a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Paradigmaticamente, vale citar como exemplos, um Recurso Extraordinário onde uma associação de compositores questionava a invalidação da exclusão de um de seus associados, pelo fato de não ter ela (associação) respeitado o princípio da ampla defesa, o que fora justificado pela recorrente no sentido de que a associação não teria a obrigação de tal atenção, visto não se tratar de órgão da administração pública, e de possuir regras próprias, regidas então pela autonomia provada. O Tribunal não proveu o recurso, mantendo a acórdão recorrido, reconhecendo assim pela aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas⁹³.

E ainda, em mais dois Recursos Extraordinários, o de número 158.215/RS, onde também reconheceu a obrigatoriedade da ampla defesa para que fosse possível a exclusão de um associado de uma cooperativa, e o de número 161.243/DF que determinou a aplicação das normas do estatuto de uma companhia aérea que beneficiava somente aos empregados franceses aos empregados brasileiros.

Mais recentemente, em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário o Ministro Luiz Fux foi seguido à unanimidade quando sustentou a tese de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm campo de incidência em qualquer relação jurídica, seja ela pública, mista ou privada, e que vinculam não apenas os poderes públicos, mas alcançando também as relações privadas que delas decorram⁹⁴, ou seja, o magistrado estava fazendo uso da sistemática constitucional dos direitos fundamentais, a fim de determinar a incidência principiológica das normas definidoras de tais direitos.

Em sua última oportunidade ao tratar do tema no plenário, quando analisou a necessidade de autorização prévia para publicação de biografias, em sede de ação direta de

⁹² No que consiste ao conceito do princípio da proporcionalidade, como “justa medida”, vide CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 270.

⁹³ STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen GRacie, DJe 27/10/2006.

⁹⁴ ATF – AgRg no ARE 1.008.625/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19/04/2017.

inconstitucionalidade⁹⁵, o Tribunal Constitucional brasileiro rechaçou a necessidade do prévio consentimento para a publicação da referida produção literária, sob o argumento de que o exercício do direito à liberdade de expressão do cidadão não pode ser cerceado pelo Estado nem por outro particular, salvo, para garantir igual liberdade ao outro.

Já a jurisprudência norte americana não reconhece a teoria da limitação horizontal dos direitos fundamentais, visto que a Suprema Corte daquele país somente reconhece a exigibilidade em face do Estado, isto é, somente reconhece relação de direitos fundamentais de modo vertical (teorias da “state action” e da “*public function*”)⁹⁶.

Robert Alexy parte do conceito de dignidade da pessoa humana estabelecido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão para estabelecer um paradigma entre os princípios formais e materiais dos direitos fundamentais e suas limitações, onde a citada Corte afirma que “a norma da dignidade humana está baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade”⁹⁷.

A partir daí, o referido autor afirma que a concepção de um direito geral como o de liberdade, pode ser considerada como uma concepção formal e material, sendo a primeira a medida com que pressupõe a liberdade negativa e se encerra em um valor em si mesmo, e é material na medida em que determina “o peso relativo do princípio da liberdade negativa no caso concreto, levando-se em conta também outros princípios que, em face da liberdade negativa, têm um caráter material”⁹⁸.

Continua afirmando que a concepção formal-material pode abdicar de contrapor um conceito de liberdade formal a um conceito de liberdade material, e ainda, para que se possa reunir a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal em um todo coerente, é necessário que se domine a “teoria das esferas” e a teoria das liberdades implícitas. Explica que a teoria das esferas concerne na distinção entre esferas de proteção dos direitos fundamentais, com intensidades decrescentes, sendo “a esfera mais interior (“último e inviolável âmbito de liberdade humana”, “âmbito mais interno (íntimo)”, “esfera íntima inviolável”, “esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta”)

⁹⁵ STF, ADI 4.815/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 29/01/2016.

⁹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 272.

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros, São Paulo: 2008, p. 356.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 359.

já a esfera privada ampliada inclui o âmbito privado que não pertence à esfera mais interior, e a esfera social, que inclui tudo aquilo que não for atribuído nem ao menos à esfera privada ampliada⁹⁹.

Tudo, para concluir dizendo que “a proteção da liberdade é tão mais intensa quanto mais peso tiver o princípio da liberdade negativa em conjunto com outros princípios, sobretudo o da dignidade da pessoa humana”.¹⁰⁰ Expondo dessa forma, Alexy diz que a teoria dos direitos de liberdade implícitos baseia-se na teoria das esferas e no conceito de direito de liberdade implícito, no que concerne a este último, o autor estabelece três diferenciações, sendo a primeira em razão do saber se o direito implícito protegido trata-se de uma ação ou um estado do titular de direitos fundamentais, a segunda que estabelece uma diferenciação entre direitos de liberdade implícitos abstratos e concretos, e a terceira estabelece uma distinção entre posições *prima facie* e posições definitivas.

4.4 Direito fundamental à boa administração pública

Explicitados os conceitos da sistemática constitucional e dos direitos fundamentais, cabe agora restringir o objeto em estudo, fazendo-se a ligação entre a boa administração pública e a possibilidade de haver agressões aos direitos fundamentais acaso não sejam observados os princípios norteadores dessa boa administração pública, mormente por via de atos de improbidade/corrupção.

Deve-se observar que há uma enorme gama de direitos fundamentais (e humanos, consequentemente) ligados às prestações estatais, que dependem de uma mínima e eficiente gestão pública, e, por conseguinte, da honestidade daqueles que compõem a administração pública (assunto mais amplamente discutido no tópico 5.1.5).

Assim, o direito fundamental à boa administração pública trata-se de se garantir uma gestão eficiente, eficaz, transparente, com amplas garantias de contraditório e ampla defesa, imparcial, proba, sustentável, que trate com respeito e moralidade a coisa pública, de modo que, estando tais características presentes, de certo se estará efetivando

⁹⁹ Ibidem, p. 361.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 364.

outros tantos direitos¹⁰¹, ou seja, para que seja legítima a administração pública deve respeitar tais primados.

Com especial razão, está Fábio Osório Medina, quando discorre acerca do tema, argumentando que os atos ímprobos são agressões aos direitos fundamentais correlatos à exigência de padrões mínimos de boa gestão pública, incorrendo assim em disfunções que transgridem normas qualificadas e especialmente relevantes no tocante à organização e prestação estatal¹⁰².

Desse modo, vislumbra-se como primordial o respeito à boa administração pública, para que se possa ter minimamente respeitado os direitos fundamentais, e até mesmo humanos garantidos por um determinado Estado Democrático de Direito. Sendo que, controvertido estaria o sistema democrático, acaso não fosse capaz de garantir que o sistema na qual está inserido fosse capaz de efetivar direitos, o que se perfaz, primordialmente pela separação e independência dos Poderes constituídos, e pelo respeito às suas instituições.

¹⁰¹ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 61/63.

¹⁰² OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa. má gestão pública, corrupção e ineficiência**. 2 ed. São Paulo: RT, 2005, p.305/306.

5 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou vários mecanismos de controle dos administrados sobre os atos dos administradores, concernentes aos meios processuais constantes em seu art. 5º, LXIX¹⁰³ e LXXIII¹⁰⁴, quais sejam o Mandado de Segurança e a Ação Popular, que não terão serventia se não houver o mínimo de informações básicas à sociedade.

A atuação da Administração Pública deve primar pela proteção dos interesses da coletividade, e, em sendo definidas as competências dos agentes públicos, a legislação também impõe limites a tal exercício.

A base constitucional do controle da Administração Pública encontra-se em vários artigos da Carta de 1988, mas, merecem destaque os artigos 70 e 74, inclusive para ser aqui transcrito:

Art. 70 - A fiscalização **contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial** da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à **legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas**, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (Grifos acrescidos).

Desta forma, a referida legislação tem como objetivos fundamentais o controle sobre a Administração Pública, garantir que sejam respeitados os direitos subjetivos dos seus beneficiários, assegurado assim pela norma constitucional.

No primeiro caso, o art. 70, de certo modo, remonta à Magna Carta de 1215, quando os nobres cobraram da realeza a obrigação de prestar contas dos atos da administração para a Assembleia de Nobres feudais. E apesar de fazer menção direta somente à união é aplicável também aos Estados e municípios (por força do art. 75 da mesma Constituição).

¹⁰³ LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

¹⁰⁴ 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;

A doutrina majoritária acompanha a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁵, quando diz que no Estado de Direito, a Administração Pública sujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou particulares.

Então, o controle da administração se dá por diversos mecanismos de repressão, internos e externos, sendo esse último exercido pelo legislativo, que é assessorado pelos tribunais de contas, seja da união, ou dos Estados e municípios. Já o interno é realizado por meio de sistemas de cada um do Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme preleciona o art. 74¹⁰⁶, podendo os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dar ciência ao referido Tribunal de Contas, sob pena de ser responsabilizado solidariamente.

De modo a clarificar o que determina o já citado art. 70, pode-se inferir que a fiscalização contábil refere-se à análise dos lançamentos de eventos financeiros já havidos, podendo se classificar ou até reclassificá-los, a depender de como tiver sido lançado pelo órgão público.

Já o controle financeiro faz referência ao controle dos recursos arrecadados pelo ente político e sua destinação, analisando-se se aqueles recursos que foram arrecadados por determinado meio específico obtivera também a destinação já previamente determinada, obedecendo assim os preceitos Constitucionais e legais.

No que tange ao controle sobre os aspectos orçamentários, pesa afirmar que é o controle legislativo do cumprimento das normas orçamentárias previstas na Constituição, como o do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual (art. 165, I, II e III da CF/88, respectivamente).

O controle no âmbito operacional é a análise das atividades desenvolvidas pela administração pública, sua atuação e desenvolvimento. Por fim, a esfera patrimonial refere-se ao controle sobre os bens dos entes políticos, móveis e imóveis.

Cada um dos âmbitos acima especificados deve analisar detidamente os seguintes aspectos, legalidade, legitimidade, economicidade, subvenções e renúncia de

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 925.

¹⁰⁶ Art. 74 - Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

receitas. Sendo a primeira referente à observância dos preceitos legais e demais enunciados normativos que compõem o ordenamento jurídico; a legitimidade é o dever de averiguar se a realização das despesas públicas estão sendo feitas com a finalidade e prioridade que atendem àquela sociedade; economicidade é a observância da eficiência com o gasto público, se utilizando o mínimo para se obter o máximo de proveito; as subvenções são as transferências de recursos para despesas e custeio de entidades externas beneficiárias, podendo ter caráter assistencial sem fins lucrativos ou não; finalmente, as renúncias são as dispensas legais de pagamentos de receitas públicas, tributárias ou patrimoniais, como a isenção de um determinado imposto que vise o fomento de um determinado seguimento de interesse daquela sociedade.

Mais ainda, há o controle social, tendo estes mecanismos natureza jurídica de princípio fundamental da Administração Pública, como se pode concluir do enunciado normativo do art. 6º, do Decreto Lei 200/67, que dispõe que a organização da Administração Federal obedecerá aos princípios fundamentais do planejamento, da coordenação, da descentralização, da delegação de competência e do controle.

A classificação adotada pela doutrina majoritária, quando se trata de controle repressivo interno da administração pública, se divide da seguinte forma:

Quanto ao órgão controlador, tem-se o controle legislativo, pelo Poder Legislativo e auxiliares, como Tribunais de Contas, que, em primeiro caso pode como competência do Senado julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52, I da CF/88), e em segundo a possibilidade de aplicação de sanções aos que pratiquem atos de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas pelos Tribunais de Contas; o controle judicial exercido Pelo Poder Judiciário, quando em razão do princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional, aprecia as demandas judiciais (seja nas ações de improbidade administrativa pela lei 8.429/92, seja em qualquer outro tipo de ação, como nas ações que buscam a proteção do patrimônio público em ações populares, na forma da Lei 4.717/65); por fim, o controle administrativo, a autotutela exercida pelo próprio Poder Executivo, onde a administração pública pode apurar de ofício, ou por provocação, por meio de processo administrativo próprio a ocorrência de qualquer ato de improbidade ou ilegalidade cometida por quaisquer de seus servidores, gestores, ou funcionários, aplicando-lhes, no que couber a devida sanção.

Quanto à extensão do mecanismo de controle, como já dito, pode ser o controle interno realizado pelo próprio órgão responsável pela atividade administrativa, ou, pelo chefe aos seus subordinados; o controle externo realizado por órgão estranho ao âmbito do Poder ou órgão controlado; e o controle externo popular¹⁰⁷ que é o controle exercido sobre os atos administrativos por qualquer cidadão, podendo este questionar sua legalidade ou pugnar por sua validade.

Existem outros meios de divisão e classificação do controle da administração pública, como quanto à oportunidade (prévio, sucessivo e corretivo); quanto à natureza (legalidade, mérito e inconstitucionalidade).

Há na doutrina ainda quem traga o tipo de controle preventivo da administração pública, como Daniel Amorim Assumpção Neves¹⁰⁸, que relaciona os Estatutos funcionais, que trazem regras disciplinares aos agentes públicos com previsões de aplicações de sanções administrativas (v.g. Lei 8.112/1990 – Regime Jurídico dos Servidores Públicos Estatutários Federais); os Códigos de Ética, que são normas de conduta complementares aos estatutos funcionais, e que fixam padrões éticos de conduta dos agentes públicos (v.g. Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal – Decreto 1.171/94); a quarentena, que são regras de impedimento de exercício de determinadas atividades por certas autoridades que são exoneradas ou demitidas de seus cargos públicos, o que busca evitar o uso do conhecimento privilegiado em benefício próprio ou de outrem (como exemplo pode-se citar a Lei 9.986/2000, que em um de seus artigos impede o exercício de função ou atividade por ex-dirigente de agência reguladora naquele setor regulado pela respectiva agência da qual fazia parte, por quatro meses após sua exoneração); Ombudsman, que é a criação de ouvidorias pelas entidades administrativas do setor público para receber reclamações, críticas, e sugestões, a fim de viabilizar a melhoria em sua atividade; o próprio Ministério Público também pode atuar em um controle preventivo, quando atua costumeiramente fornecendo recomendações aos mais diversos órgãos públicos de como proceder o que o faz com base nas suas atribuições gerais fixadas no art. 127 da Constituição Federal brasileira de 1988¹⁰⁹; por fim, cita como exemplo o Tribunal de Contas, que em sua

¹⁰⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 925.

¹⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 70.

¹⁰⁹ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

atuação consultiva do Poder Legislativo pode também auxiliar no controle preventivo de pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, que administrem bens e valores públicos.

Na Constituição Federal brasileira de 1988 podem-se citar alguns exemplos ali contidos como forma de controle externo do Poder Público, democrático pela população, como: a) O art. 31, § 3º¹¹⁰, onde, as contas dos municípios devem ficar à disposição do contribuinte, anualmente, por 60 dias, com intuito de um claro controle; b) a obrigatoriedade de realização de audiência pública com intuito de discutir o plano plurianual, no caso de determinadas licitações de grande porte ou relevantes interesses sociais; c) o contido no §2º do inciso IV do art. 74¹¹¹ da Constituição Federal brasileira de 1988, que dispõe que qualquer cidadão pode denunciar irregularidades ao Tribunal de contas da União; d) O exercício do direito de petição contido no art. 5º XXXIV, “a” da Constituição Federal brasileira de 1988, que confere a todos a possibilidade de formular uma petição direcionada a qualquer autoridade pública e dela obter uma resposta; e) §3º do art. 37, que determina que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”.

Desta forma, percebe-se que a Lei Maior trouxe meios sociais de controle da Administração Pública, sendo que, além destes, devido à modernidade, e a velocidade e facilidade como as informações são hoje transmitidas, é comumente utilizado para “controlar” a atividade administrativa as mídias digitais, sociais e de imprensa (também chamada de quarto Poder).

Notadamente, a sociedade moderna tem prestado mais atenção na atividade administrativa, ou, teve acesso às informações antes não facilitadas, devido às mídias de informação que hoje se disponibilizam, principalmente devido à internet e meios digitais de difusão da informação, bem como, devido às inovações legislativas, como a trazida pela Lei 12.527/2011, conhecida como “Lei de acesso à informação”, e que veio regulamentar o

¹¹⁰ Art. 31 - A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. §3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

¹¹¹ § 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

previsto no inciso XXXIII¹¹² do art. 5º, no inciso II¹¹³ do §3º do art. 37, e o §2º do art. 216¹¹⁴, todos da Constituição Federal brasileira de 1988, determinando que os entes políticos, órgãos públicos ligados à administração direta e autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mistas, e demais entidades da administração pública, garantam o acesso à informação por qualquer dos cidadãos, como previsto na Carta Magna.

E, pela Lei Complementar 131/2009, conhecida como “Lei da transparência”, que tem por finalidade a divulgação em tempo real das receitas e despesas de toda entidade pública por meio eletrônicos de acesso público. A referida Lei também modificou a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar 101/2000, para que seja possível a qualquer dos cidadãos, partido político, associação ou sindicato, denunciar ao competente Tribunal de Contas e ao Ministério Público o descumprimento das determinações referentes à responsabilidade fiscal.

Ambas as leis acima citadas possuem um grande valor pragmático para a atual sociedade brasileira, no sentido de que expõe os gastos públicos, principalmente com pessoal, pois é o que demanda maior quantidade de recursos, e possibilita a qualquer cidadão consultar os referidos gastos, pondo então a gestão pública sob o crivo da moralidade da sociedade que se insere.

Merece especial destaque o controle em razão da Lei 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa¹¹⁵, que sujeita o agente a uma série de sanções, além das penais civis e administrativas contempladas na legislação específica.

Na lição trazida por Ageu Florêncio da Cunha¹¹⁶, a improbidade administrativa “é fenômeno que acompanha o homem em sua trajetória no tempo”, do que se depreende que, teve o legislador o intuito de criar a Lei de Improbidade Administrativa com fins de combater os atos praticados por agentes públicos, e por terceiros, que lesionavam a boa administração pública.

¹¹² XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

¹¹³ II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

¹¹⁴ § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

¹¹⁵ LIA: Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

¹¹⁶ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. CUNHA, Ageu Florêncio. **Questões práticas sobre improbidade administrativa**. Brasília: ESMPU, 2011, p. 123.

Conforme já exposto, é, inclusive, outro dos meios de controle externo, vale asseverar que neste último caso, da improbidade administrativa, é possível também que haja controle externo por parte da sociedade, se possibilitando à qualquer pessoa representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada à apuração de ilícitos civis concernentes à improbidade, sem prejuízo de poder representar também ao Ministério Público (conforme disposto nos artigos 14¹¹⁷ e 22¹¹⁸ da Lei de Improbidade Administrativa - LIA).

O tema é um dos paradigmas estudados no presente trabalho, e por questões metodológicas, será mais bem tratada no tópico seguinte, o que possibilitará seu aprofundamento, por mais, que tenha que aqui fazer menção.

5.1 Da improbidade administrativa

O significado do substantivo feminino improbidade é: 1. falta de probidade; mau caráter; desonestidade. 2. Maldade, perversidade¹¹⁹. Assim, improbidade administrativa trata-se de falta de honestidade na seara da administração pública.

A Constituição Federal brasileira de 1988 refere-se à improbidade administrativa em várias passagens de seu texto, no art. 14, § 9º¹²⁰, onde trata como parâmetro para definição de casos de inelegibilidade; no art. 15, V¹²¹ como causa de suspensão dos direitos políticos; no art. 37, § 4º¹²², considerando a gravidade dos atos de

¹¹⁷ Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

¹¹⁸ Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

¹¹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 5 ed. r. a. Ed. Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 2004.

¹²⁰ § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

¹²¹ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

¹²² § 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.

improbidade administrativa, elencou severas sanções destinadas a impedir e coibir condutas dessa natureza; e o art. 85, V, onde trata como crime de responsabilidade os atos de improbidade administrativa praticados pelo presidente da República.

Todos os citados dispositivos têm sua gama de importância e participação para coibir os atos faltosos dos agentes públicos. Entretanto, desses, os mais relevantes são o art. 15, V, e o art. 37, §4º, pois, permitem que os sujeitos praticantes de atos de improbidade administrativa tenham seus direitos políticos suspensos, percam a função pública, os bens oriundos desses atos se tornem indisponíveis, e o erário ressarcido, na forma e gradação previstas em lei (ordinária), sem prejuízo do processo administrativo e das ações penais cabíveis.

Ou seja, o mesmo bem jurídico tutelado na ordem da Lei de Improbidade Administrativa pode ser objeto de outros diferentes ramos do direito, onde uma conduta caracterizada como ato de improbidade administrativa pode também ser crime contra a Administração Pública, se sujeitando então à Lei de Improbidade Administrativa, ao Código Penal, e eventualmente ao código de disciplina administrativa a que esteja o agente público vinculado. Tais esferas de responsabilidade são um reconhecimento dado em virtude da autonomia constitucional reconhecida à ação de improbidade administrativa com base nos referidos arts. 15 e 37 da CF/88.

Em específico, os bens jurídicos tutelados pela lei de Improbidade Administrativa são os de interesse difusos e coletivos, os valores da ordem social, dentre eles a segurança, o bem-estar social e a dignidade da coletividade, assim como tantos outros inerentes aos interesses da ordem jurídico-administrativa, na perspectiva dos deveres públicos.

Desse modo, pode-se concluir que a Lei 8.429/92 (LIA) tem o objetivo de regulamentar o §4º do art. 37 da Constituição Federal brasileira de 1988, e finalidade específica de combater a corrupção, preservando assim a moralidade administrativa e a dilapidação do patrimônio público¹²³.

Importante que se fixe desde já os conceitos de dano ao patrimônio público e do princípio da moralidade administrativa, vez que serão a partir de agora amplamente

¹²³ DUARTE JR, Ricardo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 8.

utilizados. Da doutrina de Marcelo Figueiredo se obtém o conceito de dano patrimonial, como sendo o ato lesivo que redunde no injusto detrimento, direta ou indiretamente, de bens ou direitos da administração pública, representado pelo efetivo ou potencial prejuízo de valores patrimoniais¹²⁴.

Já no que concerne ao princípio da moralidade administrativa, se foi buscar em Juarez Freitas, podendo ser entendido como a “prescrição de conduta eticamente universalizável de modo satisfatório, num dado contexto histórico, e que assume lugar nobre no centro de controle sistemático dos atos administrativos”¹²⁵.

Diante disso, necessário se faz também conceituar o que é corrupção, sendo então definida a corrupção pública como uma relação social, de caráter pessoal e ilegal, que se estabelece entre duas ou mais pessoas, cujo objetivo é a transferência ilegal de renda, dentro da sociedade ou de um fundo político, para realização de fins estritamente privados. Diferencia-se tal conceito de corrupção política, que pode ser entendida como a deterioração moral do sistema de governo como consequência do desvio do exercício das funções públicas por parte de seus responsáveis, para a expropriação ilegal de recursos públicos¹²⁶.

Buscando-se as razões para a produção legislativa da LIA, verifica-se que surgiu do Projeto de Lei nº 1.446, de 16 de agosto de 1991, proposição vinda do chefe do executivo federal à época, Fernando Collor de Mello, que buscava responder aos anseios da sociedade brasileira, que clamava por uma solução para fim da corrupção que assolava (e ainda assola) o Brasil.

Conforme exposição de motivos do referido projeto, de autoria do então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho, pretendia ser, sob o viés da moralidade, um instrumento de combate à corrupção e dilapidação da coisa pública, pois são “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o país”¹²⁷.

Curiosamente, o presidente que propôs uma lei com ferramentas “anticorrupção” foi o primeiro Presidente da República a sofrer um processo de impeachment,

¹²⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 48.

¹²⁵ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 156.

¹²⁶ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da corrupção**. São Paulo: Transparência Brasil, 2001. p. 6/14, disponível em <http://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf>, consulta em 11/01/2018 às 09:56.

¹²⁷ Projeto de Lei nº 1.446, DOU de 17.08.1991, I, P. 14.124.

e mesmo tendo renunciado ao cargo em 29 de dezembro de 1992, foi condenado pelo Senado Federal à perda do mandato, acusado de ter se valido do cargo que ocupava a época para cometer atos de corrupção, perdendo assim seus direitos políticos pelos oito anos seguintes¹²⁸.

Ressalte-se que a proposição vinda do executivo gerou várias controvérsias quanto à inconstitucionalidade formal da LIA, contudo restou pacificado o entendimento de que não estaria assim maculada quando do julgamento da ADI 2182/DF no STF¹²⁹.

Há ainda de se explicitar as legislações anteriores que buscavam o mesmo fim da LIA, quais sejam, a Lei nº 3.164/57 (conhecida como Lei Pitombo-Gódoi Ilha), trazia a possibilidade de sequestro e perda de bens em favor da Fazenda Pública em caso de abuso de cargo ou função pública; e a Lei nº 3.502/58 (conhecida como Lei Bilac Pinto), também dispunha da possibilidade de perdimento de bens em caso de enriquecimento ilícito por influência ou abuso de cargo ou função públicas. Sendo ambas as leis revogadas quando promulgada a Lei de Improbidade Administrativa.

Quanto à sua organização, a Lei nº. 8.429/92 possui 25 artigos divididos em oito capítulos. O primeiro capítulo versa sobre as disposições gerais da lei, contendo a titularidade passiva, titularidade ativa, os deveres dos agentes públicos, as consequências civis e extensão das sanções de natureza patrimonial ao sucessor do ímprobo.

No segundo capítulo, o legislador cuida dos atos de improbidade propriamente, especificando quanto aos que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentem contra a administração pública.

¹²⁸ https://pt.wikipedia.org/wiki/Processo_de_impeachment_de_Fernando_Collor, consulta realizada 2m 02 de outubro de 2017, às 10:44.

¹²⁹ ADI nº 2.182/DF: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. 2. Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República. O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão. 3. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente. (STF. Pleno. ADI nº 2.182-DF. Rel. Min. Marco Aurélio, Dje. 10.09.2010).

Em relação ao capítulo terceiro, versa acerca das sanções aplicadas ao agente público ímprobo. O capítulo IV cuida das declarações dos bens do agente público. O capítulo V dos cuidados procedimentos administrativos, que engloba o procedimento administrativo disciplinar e inquérito civil, bem como o processo judicial que trata da ação civil de improbidade administrativa. Nos capítulos VII e VIII elencam-se os prazos prescricionais para as ações competentes e as disposições finais que revogaram as Leis nº 3.164/57 e nº 3.502/58.

5.1.1 Sujeitos da ação de improbidade administrativa

Com efeito, podem ser sujeitos ativos aqueles indivíduos que cometem atos de improbidade administrativa, sejam servidores da administração pública, ou não, e agentes públicos, que, na forma do art. 2º da Lei 8.429/1992, exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades definidas como e contra sujeitos passivos no art. 1º¹³⁰ da referida Lei.

A expressão “agentes públicos” se apresenta com uma conotação genérica e bem abrangente de que todas as pessoas que exerçam funções estatais o são.

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, qualquer pessoa que desempenhe funções estatais é agente público, e, por tal, a definição inclui tanto o chefe do Poder Executivo (seja federal, estadual ou municipal), quanto os parlamentares, os ocupantes de cargos ou empregos públicos da administração direta dos três Poderes, os servidores de autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista, dos concessionários e permissionários de serviço público, os delegados de função ou ofício

¹³⁰ Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.
Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

público, os requisitados, os contratados sob locação civil de serviços, e os gestores de negócios públicos¹³¹.

O referido autor faz então uma divisão em três grupos de agentes públicos¹³², agentes políticos (hipótese específica tratada no item 5.1.3 desse trabalho); servidores estatais, abrangendo servidores públicos e servidores das pessoas governamentais de Direito Privado; e os particulares em atuação colaborando com o Poder Público.

Outros que podem ser considerados como agentes públicos e passíveis de responsabilização por meio da ação de improbidade administrativa são os Membros da Magistratura, Ministério Público, e Tribunal de Contas, que, apesar de gozarem de vitaliciedade (arts. 73, §3º, 95, I, e 128, §15º, I, a, todos da CF/88), não há impedimento para que em sua atividade recaiam em atos de improbidade.

Rapidamente, difere-se estabilidade de vitaliciedade, sendo a primeira, a qualidade dada ao servidor aprovado em concurso público, ocupante de cargo efetivo, que preencha os requisitos do efetivo exercício da função pública por três anos e avaliação especial de desempenho (art. 41 caput e §4º da CF/88), e, a perda da condição de servidor poderá ocorrer por processo judicial com sentença de mérito transitada em julgado (art. 41, §º 1º, I da CF/88), por processo administrativo (art. 41, §º 1º, II da CF/88), insuficiência de desempenho (art. 41, §º 1º, III da CF/88), e excesso de gasto orçamentário com despesa de pessoal (art. 169, §4º da CF/88).

Já a vitaliciedade vai além, sendo uma garantia mais robusta, pois a perda do cargo somente pode ocorrer por meio de sentença em processo judicial transitada em julgado (arts. 26 e 27 da Lei Complementar 35/1979 – Lei Orgânica da Magistratura; art. 38, § 1.º, da Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; e art. 18, II, *c*, da Lei Complementar 75/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União), e pressupõe a aprovação em concurso público (salvo os casos de nomeação, tanto pelo quinto constitucional, como de Ministros dos Tribunais Superiores e membros dos Tribunais de Contas), e estágio de vitaliciamento de dois anos.

Passíveis ainda de cometer atos de improbidade e serem por eles sancionados estão os militares, que obviamente se enquadram no conceito genérico de agentes públicos,

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 227.

¹³² *Ibidem*, p.229.

havendo apenas que se observar algumas regras específicas impostas pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Primeiro há de se diferenciar os militares das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) dos militares estaduais e distritais (Polícia Militar e Bombeiros), onde, os oficiais das Forças Armadas somente podem perder seus postos e patentes por decisão do tribunal militar, quando em tempo de paz, e por tribunal especial em tempo de guerra (art. 142, §3º, VI da CF/88). Já aos militares estaduais compete os tribunais estaduais a decisão sobre a perda de suas patentes e postos (art. 42, §1º e art. 125, §4º da CF/88).

Assim, há possibilidade de ser o militar condenado a perda do posto e patente por meio de sentença transitada em julgado em sede de ação de improbidade administrativa proposta na Justiça Comum, já que a competência especial da Justiça Militar seria somente em relação aos crimes e atos disciplinares militares, conforme entendimento esposado pelo STJ no julgamento do Conflito negativo de competência 100.682/MG¹³³.

Outro tipo de agente público que está sujeito às sanções da Lei 8.429/92 são os notários, que exercem seu múnus público por delegação do Poder Público (art. 236 da CF/88), e administram recursos públicos com natureza de taxa (emolumentos), enquadrando-se, portanto, no rol dos agentes públicos do art. 2º da LIA.

Desse modo, conclui-se que todo agente público não pode eximir-se das consequências (responsabilidades) advindas dos atos (administrativos) que praticam, sendo esse um dos consectários do regime democrático do país¹³⁴.

Demais sujeitos, ainda que não agentes públicos, também podem cometer, induzir ou concorrer em atos de improbidade administrativa. A vasta doutrina nomeia tais pessoas como “terceiros”, que, nos termos do art. 3º da LIA são: “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”. Sendo tal reforçado pelos artigos 5º, 6º e 8º da mesma lei.

Para que sejam aplicadas as penalidades da Lei 8.429/92 aos terceiros, necessariamente haverá o sujeito que incorrer dolosamente no ato, induzam ou concorrer para tal prática, ou se beneficiar dela de forma direta ou indireta.

¹³³ CC 100.682/MG, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, *DJe* 18.06.2009 (Informativo de Jurisprudência do STJ 398).

¹³⁴ STF – AC 3585 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 28/12/2014.

Desse modo, denota-se que o terceiro não é capaz de cometer qualquer ato de improbidade sem que em coautoria com um agente público, o que por várias vezes já fora objeto de apreciação pelo STJ, sendo o entendimento pacificado¹³⁵.

Importante frisar ainda que as pessoas jurídicas também podem ser consideradas sujeitos ativos praticantes de atos de improbidade, mas tão somente na condição de terceiros, haja vista que, conforme já explicitados, somente podem incorrer diretamente nos referidos atos os agentes públicos, o que impossibilita as pessoas jurídicas, haja vista sua natureza de sujeito de direito, que possui individualidade distinta das pessoas físicas, inclusive aquelas que concorreram para a sua criação.

Na hipótese, quando os bens públicos fruto dos atos de improbidade se incorporam ao patrimônio da pessoa jurídica, está essa auferindo vantagem indevida, na medida em que se locupleta ilicitamente da verba pública, pelo que, inegavelmente possibilita seu enquadramento como sujeito ativo para fins de ação de improbidade administrativa.

Ademais, o enunciado normativo que inclui os terceiros como agentes ativos capazes de produzir atos ímprobos (art. 3º da Lei 8.429/1992) não faz distinção entre as pessoas físicas e jurídicas. Por fim, há de se consignar que tal entendimento fora já pacificado pelo STJ em vários julgados¹³⁶.

Quanto aos sujeitos passivos, estes são elencados no art. 1º da LIA, quais sejam: i) órgãos da administração direta e indireta, de quaisquer dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e esferas de governo União, Estados, Municípios ou territórios); ii) Empresas incorporadas ao patrimônio público, ou entidades cuja criação ou custeio tenha o erário concorrido com mais de 50% do patrimônio ou receita anual; iii) Entidades que recebam benefícios, incentivos ou subvenções, fiscais ou de crédito, de órgãos públicos, bem como, aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual.

¹³⁵ STJ - REsp 1.171.017, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 06/03/2014. STJ – AgRg no AREsp 574.500/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 10/06/2015. REsp 896.044-PA, Segunda Turma, DJe 19/4/2011; REsp 1.181.300-PA, Segunda Turma, DJe 24/9/2010 - Informativo 535 do STJ.

¹³⁶ STJ – REsp 1.038.762/RJ, Segunda Turma, Min. Herman Benjamin, DJe 31/08/2009. STJ – Resp 970.393/CE, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 21/10/2010.

5.1.2 Dos atos de improbidade administrativa e suas penalidades

A conduta do sujeito ativo que importe em atos de improbidade, pela Lei 8429/92, podem ser de três tipos: I) A que importe em enriquecimento ilícito (Art. 9º da LIA); II) que causem prejuízo ao erário (Art. 10 da Lia); III) que atentem contra os princípios da administração pública (Art. 11 da LIA). Neste último caso, o ato causador de violação aos princípios da administração pública, por si só configuram ato de improbidade administrativa, por violação aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, sujeitando-o, por consequência, aos rigores da Lei nº 8.429/92.

Em sendo assim, define Ageu Florência da Cunha¹³⁷ atos de improbidade como sendo os quais “englobam as condutas que venham a solapar os princípios da Administração Pública, que causem prejuízo ao erário ou que ocasionem enriquecimento ilícito”.

Há de se estabelecer que os atos de improbidade administrativa não se consistem de crimes propriamente ditos, mas, podem eventualmente corresponder a um tipo penal. São então atos de natureza civil e política, já que seus efeitos repercutem na esfera da indisponibilidade de bens, ressarcimento dos danos e suspensão de direitos políticos (penalidades que serão mais a frente esmiuçado), todavia podem acarretar em implicações de natureza penal e administrativa, sem prejuízo de uma ou de outra¹³⁸.

A violação dolosa a um dos pilares informadores do regime jurídico administrativo aparta do regime privado, pelo princípio da estrita legalidade. No sistema pátrio, enquanto para os particulares o princípio da legalidade funciona como uma garantia, permitindo fazer tudo que a lei não proíba, para a administração pública funciona como um dever, pois somente permite aos agentes públicos fazer o que a lei expressamente autoriza.

Entretanto, há de se considerar que a tipificação de tais atos é aberta, como se pode denotar acima, tal rol de condutas é exemplificativo, haja vista que, embora a LIA tenha em cada um dos dispositivos que enumera os ato ímprobos, usou em todos eles a expressão “notadamente”, o que denota serem então aqueles somente exemplos¹³⁹. Além do que, o art. 11 traz a hipótese dos atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração

¹³⁷ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. CUNHA, Ageu Florêncio da. **Questões práticas sobre improbidade administrativa**. Brasília: ESMPU, 2011, p. 124.

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.907.

¹³⁹ Ibidem, p. 916/917.

pública, sendo esses inúmeros princípios, e que dá uma conotação extremamente subjetiva ao enunciado normativo.

A conduta omissiva, como elemento subjetivo, também importa em ofensa ao princípio da legalidade e ao dever de legalidade, na medida em que, desobedecido um comando normativo cogente, não se fazendo o que a lei e a Constituição exija, v.g. não dar ao público (sociedade e órgãos competentes) a máxima publicidade dos atos e decisões concernentes à gestão fiscal.

A conduta culposa está presente quando o agente não pretende o resultado, mas atua com negligência, imprudência ou imperícia. No caso da improbidade administrativa há, pela natureza da responsabilidade do agente em seu mister, que por um defeito inescusável de diligência, comete um erro em sua conduta, cria de um risco proibido ao bem jurídico tutelado (probidade administrativa), sendo esse o entendimento pacificado no STJ¹⁴⁰.

No que tange então a essa possibilidade de responsabilização do agente ímprobo por atos de natureza culposa, interessante aludir ao argumento contrário posto na doutrina de José Armando da Costa¹⁴¹, que considera ser impossível assim admitir. Pois, para que o elemento subjetivo culpa se caracterize em sentido estrito, seria necessário que o agente agisse com negligência, imprudência ou imperícia, e em que importe especificamente o ato em lesão ao erário, considera o referido autor que o “*corpus delicti*” da infração não chega a se integralizar na hipótese. Ou seja, para ele, é impossível admitir que um agente público se comporte de modo tão desonroso, ímprobo e desonesto que, de tal modo, possa vir a produzir danos ao erário, mas, caso o comportamento culposos vier assim a causar a lesão, não seria uma conduta tipificada como de improbidade administrativa, tão somente responsabilizadas nos termos do art. 186 do Código Civil¹⁴² ou do art. 5º da Lei 8.429/92¹⁴³.

¹⁴⁰ ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, DA LEI 8.429/92. DANO AO ERÁRIO. MODALIDADE CULPOSA. POSSIBILIDADE. FAVORECIMENTO PESSOAL. TERCEIRO BENEFICIADO. REQUISITOS CONFIGURADOS. INCURSÃO NAS PREVISÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (STJ, Resp 1127143/RS, Rel. Min. Castro, Dje 03/08/2010).

¹⁴¹ COSTA, José Armando. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília jurídica, 2000. p. 33/34.

¹⁴² Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁴³ Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

A lei de improbidade administrativa aplica-se ao beneficiário direto do ato ímprobo, mormente em face do comprovado dano ao erário, por inteligência do art. 3º da LIA¹⁴⁴, que no caso em comento, também pode ser, como está claro, que a pessoa jurídica foi beneficiada com a prática infrativa. Por outro lado, em relação ao seu responsável legal, os elementos coligidos na origem não lhe apontaram a percepção de benefícios que ultrapassem a esfera patrimonial da sociedade empresária, nem individualizaram sua conduta no fato imputável, razão pela qual não deve ser condenado pelo ato de improbidade.

Dos atos de improbidade administrativa previstos na LIA, somente o previsto no art. 10 da referida Lei exige a comprovação do dano ao erário, e a existência de dolo ou culpa do agente. Ou seja, somente nesse caso é admitido a responsabilização do agente por sua conduta culposa.

Inicialmente, tem-se como enriquecimento ilícito o ato de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas como sujeitos passivos, como traz o art. 9º da LIA, e em seus incisos lista rol exemplificativo de diversos atos tidos como de improbidade administrativa na modalidade de enriquecimento ilícito. Tal modalidade independe de ocorrência de dano ao erário para se configurar.

Desse modo, tem-se que atender alguns requisitos impostos pela LIA para que se possa configurar o ato como de enriquecimento ilícito, quais sejam: recebimento de vantagem indevida; que a conduta seja dolosa (agente público ou terceiro)¹⁴⁵; e o nexo de causalidade entre o recebimento da vantagem e a conduta do agente público.

Há de se denotar ainda, que é necessário ter o recebimento indevido se concretizado, necessariamente patrimonial, haja vista que se incorrer somente em uma promessa de recebimento indevido, ou que tal vantagem não seja patrimonial (isto é, que não gere enriquecimento) configurar-se-á o ato como sendo o previsto no art. 11 da referida Lei (violação dos princípios da legalidade e moralidade).

São cominações por enriquecimento ilícito, a perda dos bens ou valores acrescido ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; Perda

¹⁴⁴ Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

¹⁴⁵ STJ – REsp 1.192.056/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 17/04/2012 – Informativo nº 0495.

da função pública; suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou acréscimos, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos (art. 12, I do LIA).

No que tange a pena de imposição do perdimento dos direitos políticos, vale registrar que tal já fora objeto de arguição de inconstitucionalidade no STF, sob o argumento de que um ato do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios teria descumprido a súmula vinculante nº 10¹⁴⁶, por afastar a inconstitucionalidade alegada com base no art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tese que foi rechaçada na oportunidade pelo Pretório Excelso¹⁴⁷.

Importante frisar ainda, que tais sanções podem ser aplicadas em conjunto ou isoladamente, bem como, que em se configurando o enriquecimento, necessariamente haverá que se aplicar o perdimento dos bens ou valores que foram acrescidos ao patrimônio do infrator, hipótese inclusive que pode ser concretizada por meio de decretação da indisponibilidade de bens, na forma dos Arts. 6º e 7º da LEI, e podem, inclusive, ser impostas aos herdeiros, no limite de do valor de sua herança (art. 8º da LIA).

No caso de imputação de qualquer penalidade ao herdeiro de quem cometeu o ato ímprobo, somente responderá até o limite de sua herança, e somente nos casos que causarem lesão ao patrimônio público, enriquecimento ilícito e imposição de multa civil¹⁴⁸, assim, os casos em que se discutem atos de improbidade que atentem contra os princípios da administração pública não podem ter sua responsabilidade imputada aos herdeiros do agente ativo.

Na modalidade de atos que lesam o erário, esses ocorrem quando o agente público pratica qualquer conduta que cause prejuízo ao patrimônio público, ou às entidades listadas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que lhes cause desvio, apropriação,

¹⁴⁶ STF - Súmula vinculante nº 10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

¹⁴⁷ STF – Rcl 18183-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJo 26/02/2015.

¹⁴⁸ STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjami., DJE 04/05/2011. REsp 732777/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 19/11/2007.

malbaratamento, ou dilapidação de bens e haveres, seja por ação ou omissão, de maneira dolosa ou culposa, nos termos do seu art.10.

No presente caso, para que se configure esse ato como ímprobo, basta somente que tal conduta cause algum tipo de lesão ao erário, isto é, que exista nexos de causalidade entre a ação ou omissão do agente ou terceiro e o prejuízo havido para a coisa pública, não importando, portanto, se o agente ou o terceiro enriquecer ilicitamente.

Alguns doutrinadores fazem menção acerca da expressão “erário”, utilizada no caput do art. 10 da LIA, haja vista que, conceitualmente, poder-se-ia distingui-la da expressão “patrimônio público”, o que acarretaria em consequências lógico-jurídicas na aplicação da norma em comento. Pois, “erário” refere-se tão somente aos recursos financeiros que provem a Administração pública (direta, indireta, e demais entidades do art. 1º da LIA); já “patrimônio público” tem uma maior abrangência conceitual, referindo-se a totalidade de bens e direitos que possuam valor econômico, artístico, histórico ou turístico na seara pública¹⁴⁹.

Ao que parece, tomando-se por base uma interpretação sistemática da Lei 8.429/92, não se mostra razoável restringir a aplicação da norma do seu art. 10 com base em uma distinção conceitual do termo empregado em sua redação, até por que, a própria LIA traz, em outros pontos a utilização da ideia de proteção ao “patrimônio público” (arts. 5º, 7º, 8º, 16, §2º do art. 17, e inciso I do art. 21), assim como, a restrição iria ferir a lógica constitucional trazida no art. 37 da CF/88, que, por meio dos princípios lá elencados, prima pelo zelo da coisa pública como um todo¹⁵⁰.

As penas impostas ao agente ou terceiro que causar lesão ao erário, pela LIA, são, o ressarcimento integral do dano; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou acréscimos, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos. Podendo ser aplicadas isoladas ou em cumulação umas com as outras.

¹⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.206.

¹⁵⁰ GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.1155.

Importante salientar que o STJ assentou entendimento que o ressarcimento ao erário por danos causados em virtude dos atos de improbidade administrativa não possui natureza sancionatória, mas sim reparatória, pois é uma consequência lógica do ato ímprobo praticado pelo agente, e que não pode ser relativizada em detrimento das penas possíveis de serem aplicadas, ou seja, em havendo dano, é obrigatório que se determine o ressarcimento como medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário¹⁵¹.

Ao que se refere os atos de improbidade elencados na LIA, a violação aos princípios da administração pública constitui-se por qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (art. 11 da LIA). Isto é, os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios basilares da administração pública que lhe são afetos, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (art. 4º LIA), sendo praticamente uma repetição do que está elencado no caput do art. 37 da CF/88.

Encontra-se também a expressão do citado artigo constitucional na Lei 9.784/99 (Lei do processo administrativo no âmbito da administração pública federal), que em seu art. 2º determina que a administração pública obedecerá, “dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Diante dos casos exemplificados, se pode observar, inclusive diante da digressão feita nos primeiros capítulos do presente trabalho onde se tratou da sistemática constitucional, dos movimentos de constitucionalização do Direito, e conseqüentemente dos direitos fundamentais, que a força normativa dos princípios passou a ter efetiva importância na aplicação do Direito, isto é, os princípios passaram a ter eficácia, principalmente no trato da coisa pública.

Continuando, para que haja a responsabilização por ato de improbidade que importe em violação aos princípios da administração pública, é necessário que exista como elemento sujeito o dolo, configurado pela má-fé do sujeito ativo¹⁵². Entendimento que fora pacificado na jurisprudência do STJ, no sentido de que, para que haja caracterização do ato ímprobo, dependa da comprovação do dolo eventual ou genérico, mas, não sendo necessário a

¹⁵¹ STJ – REsp 622.234/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJo 15/12/2009; REsp 1028330/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJo 12/11/2010.

¹⁵² COSTA, José Armando. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília jurídica, 2000. p. 22/23.

presença de intenção específica (dolo específico), uma vez que o deliberado desrespeito à legislação evidencia a presença do dolo, sendo o desconhecimento da norma legal inescusável.¹⁵³

No que tange as penalidades impostas para quem viola os princípios da administração pública, são: o ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou acréscimos, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

É dever ressaltar, que a violação aos princípios constitucionais inseridos no caput do art. 37 da Lei Maior, quais sejam, legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e moralidade, também estão sujeitas à responsabilização por ato de improbidade administrativa, a fim de resguardar a ordem jurídica e zelar por aqueles princípios, pilares da administração pública.

Atente-se ainda ao fato de que a violação de princípios constitucionais é uma forma grave de transgressão ao sistema jurídico nacional, sendo uma necessidade premente do Estado Constitucional de Direito contemporâneo o combate a essas práticas que agredem os valores mais relevantes da ordem jurídica e a própria exegese constitucional.

Conforme ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁴, a violação de um princípio é muito mais grave de que transgredir uma norma (regra). A desatenção ao princípio violado implica na ofensa não só de um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos a ele ligado. Sendo então a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa uma insurgência contra todo o sistema e a subversão de seus valores fundamentais, pelo que se mostra irremissível a corrosão da estrutura principiológica atingida.

Importante repetir, que a condenação por ato culposo de improbidade somente é admitida na hipótese do art. 10 da Lei 8.429/1992, isto é, por atos que causem lesão ao

¹⁵³ STJ - AgRg no AREsp 73.968/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 29.10.2012 – Informativo nº 505).

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 902.

erário, e não se aplicará a inelegibilidade ao agente público, pois as inelegibilidades trazidas pela Lei da “Ficha Limpa” dependem em qualquer caso da condenação pela prática de ato doloso de improbidade administrativa (especificados no tópico 5.1.4 desse trabalho).

Vale salientar que, não raro as sanções descritas na Lei 8.429/1992, possam caracterizar, simultaneamente, infrações penais, civis e administrativas, o campo de incidência do seu art. 12 é civil. Tal conclusão decorre da própria redação constitucional do art. 37, §4º, quando assim estipula: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, [...], sem prejuízo da ação penal cabível”. Sendo assim, as sanções cominadas da LIA têm natureza jurídica extrapenal, de modo que, a legitimidade para aplicar tais sanções em face dos agentes públicos é do juízo cível.

A redação dada ao art. 12 não é originária da edição da Lei 8.429/92, somente passando assim a vigorar por adição da Lei 12.120/2009¹⁵⁵, que alterou sua redação e a do art. 21, o que fora feito com a finalidade de resolver a celeuma em relação a aplicabilidade das penalidades ali contidas, possibilitando dessa forma que sejam impostas em conjunto ou separadamente umas das outras.

Em relação a aplicação da pena de perda da função pública, o STJ entende que é possível ser decretada a perda da função atual do agente público por ato de improbidade anterior ao seu exercício, sob o argumento de que a aplicação da pena capital decorre o interesse de extirpar da atividade pública aquele que é inidôneo moralmente e não possui ética no exercício de sua função pública¹⁵⁶.

5.1.2.1 Dos atos de improbidade administrativa tipificados fora da Lei 8.429/92

Ressalte-se que não só na Lei 8.429/92 estão tipificados os atos de improbidade administrativa, podendo outras normas assim estipular, como aqui será tratado pontualmente, não pretendendo se esgotar todas as hipóteses existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim trazer alguns casos específicos interessantes ao presente trabalho.

¹⁵⁵ O referido projeto de lei fora elaborado com base na obra de FIGUEIREDO, Marcelo. Proibidade administrativa – Comentários à Lei .8.429/92 e legislação complementar.

¹⁵⁶ STJ - REsp 1297021/PR, Segunda Tuma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 20/11/2013. REsp 924439, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 19/08/2009.

Como o do art. 52 da Lei 10.257/2001¹⁵⁷ (Estatuto da Cidade), que pretendeu tutelar a ordem urbanística (enquanto direito difuso), que tipifica conduta ímproba dos prefeitos, quando ele, deixar de proceder no prazo de cinco anos o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público; utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no art. 26 daquela Lei; aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no art. 31 daquela Lei; aplicar os recursos auferidos com operações consorciadas em desacordo com o previsto no § 1º do art. 33 da referida Lei; impedir ou deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do § 4º do art. 40 da mesma Lei; deixar de tomar as providências necessárias para garantir a observância do disposto no § 3º do art. 40 e no art. 50; adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos arts. 25 a 27, pelo valor da proposta apresentada, e, se, comprovadamente, superior ao valor de mercado.

O que, pela redação dada, há de se interpretar cumulativamente com o que dispõe a LIA, para que se possa estipular as penalidades que serão impostas nos casos acima, já que a Lei 10.257/2001 não trouxe taxativamente quais seriam as punições por tais condutas.

Percebe-se que a referida Lei fala tão somente nos Prefeitos no seu art. 52, e no Governador do Distrito Federal no art. 51¹⁵⁸, mas, não excetua a aplicação das normas ali contidas às pessoas que concorram com o sujeito ativo na prática dos atos de improbidade.

Outro caso relevante a ser citado é a incongruência encontrada no o §5º do art. 240 da Lei Complementar 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal) com a sistemática estabelecida pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, no que tange a responsabilização por atos de improbidade administrativa, onde fora estipulado que a sanção disciplinar administrativa de demissão aplicada aos membros do Ministério Público Federal por lesão aos cofres públicos, pela dilapidação do patrimônio nacional ou bens confiados à sua guarda, ou, pela reincidência no descumprimento do dever legal, anteriormente já punido com a suspensão, poderá ser convertida, uma única vez, em suspensão.

Tal previsão significa dizer que os membros do Ministério Público Federal que incorrerem nas referidas condutas ilícitas podem não sofrer a pena capital de demissão

¹⁵⁷ Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92.

¹⁵⁸ Art. 51. Para os efeitos desta Lei, aplicam-se ao Distrito Federal e ao Governador do Distrito Federal as disposições relativas, respectivamente, a Município e a Prefeito.

(administrativamente), fato esse que se mostra contrário à moralidade administrativa. Ora, a razão para que se impute a demissão nos casos análogos ao acima exemplificado, é justamente a falta de honestidade que causa conseqüentemente a falta de confiança naquele que tem o dever de zelar a coisa pública.

Nesse sentir, bem coloca José Armando da Costa quando afirma que a falta disciplinar que enseja a pena de demissão (no serviço público, ou a justa causa na rescisão dos contratos de trabalho da seara privada), não tem somente a finalidade de proteger o patrimônio público (também, não unicamente), mas sim preservar a confiança naqueles que o administram, elemento que uma vez maculado torna ilegítimo o exercício da relação estatutária (ou trabalhista). Por essa razão, afirma categoricamente o autor, que nas hipóteses dos atos de improbidade administrativa não se comporta graduação, ou seja, não importa o nível de desonestidade daquele que praticou o ato ímprobo, o que interessa é que o ato em si é desonesto, e deverá ser aplicada inexoravelmente a pena capital¹⁵⁹.

O STJ inclusive tem entendimento de que a não demissão (administrativa) de servidor condenado em processo criminal configura ato de improbidade administrativa, devendo ser operada de ofício, sem a instauração de processo administrativo próprio, uma vez que o contraditório e a ampla defesa já foram amplamente oportunizados no processo criminal¹⁶⁰.

5.1.2.2 Da prescrição das penalidades constantes na Lei de improbidade administrativa

O art. 23 da Lei 8.429/92 traz a hipótese normativa quanto aos prazos de prescrição da pretensão punitiva em face dos atos de improbidade, sendo então de cinco anos após o término do exercício do mandato, cargo em comissão ou de função de confiança, o que serve para os agentes que possuem vínculo temporário com a administração pública; já para os ocupantes de cargos efetivos, empregos na administração pública ou nas pessoas constantes no art. 1º da LIA, o prazo prescricional será o mesmo previsto em lei específica para a aplicação das penas referentes as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

¹⁵⁹ COSTA, José Armando. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. Brasília: Brasília jurídica, 2000. p. 24/25.

¹⁶⁰ STJ – MS 12037/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 20/08/2007.

Já para os terceiros que induzam ou concorram na prática de atos de improbidade, se contará o mesmo prazo prescricional para a aplicação das sanções que para os agentes públicos com que concorreram, sendo esse o entendimento majoritário da doutrina e ratificado pelo STJ¹⁶¹. Ademais, caso assim não o fosse, se por ventura fosse aplicado o prazo prescricional constante no Código Civil (v.g.), estar-se-ia contrariando o princípio constitucional da isonomia, no sentido de que, para uns (agentes públicos) se teria um determinado prazo, e para outros (terceiros) um prazo mais exíguo.

Há grande discussão doutrinária acerca da imprescritibilidade, ou não, da pretensão no que tange à busca pelo ressarcimento ao erário nas ações de improbidade administrativa, sendo, uma no sentido de que, ao § 5º do art. 37 da Constituição Federal brasileira de 1988 firmar que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, e essa parte final restringiria a prescrição das ações que versem sobre ressarcimento ao erário.

E outra, que a prescrição estaria estabelecida pelo art. 205 do Código Civil brasileiro, com prazo de dez anos, ou, com base no próprio art. 23 da LIA, uma vez que a imprescritibilidade relativizaria o princípio da segurança jurídica¹⁶².

Contudo entendimento pela imprescritibilidade fora ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando firmou que a intenção do legislador constituinte fora estabelecer uma exceção à regra geral de prescrição¹⁶³.

Acompanhando o posicionamento da doutrina majoritária e do STJ, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula 282: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis”.

O Supremo Tribunal Federal, em mais recente decisão (publicada em abril de 2016), se manifestou acerca do tema em comento, pelo menos de modo parcial, pois tratava especificamente da prescrição do ressarcimento à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil,

¹⁶¹ STJ - REsp 704.323/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 06.03.2006.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 829/830.

¹⁶³ STJ - REsp 1.089.492/RO, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18.11.2010 - Informativo nº 384. AgRg no REsp 1.038.103/SP, Segunda Turma, DJ de 04/05/2009; REsp 1.067.561/AM, Segunda Turma, DJ de 27/02/2009; REsp 801.846/AM, Primeira Turma, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, Segunda Turma, DJ de 04/05/2009; e REsp 1.107.833/SP, Segunda Turma, DJ de 18/09/2009.

mas, não especificamente em casos de improbidade administrativa, restando estabelecido, que para aqueles casos, aplica-se a prescrição no prazo de cinco anos, mas mantendo a imprescritibilidade no caso específico da improbidade¹⁶⁴.

Entretanto, o tema da prescrição da pretensão punitiva nos casos de ressarcimento ao erário em sede ação de improbidade administrativa ainda está em pauta no STF, no Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, onde já fora reconhecida a repercussão geral pelo Ministro Relator Teori Zavascki (relator à época)¹⁶⁵, mas pendente de ser pautado para julgamento.

5.1.3 Da aplicação da lei de improbidade administrativa em face dos agentes políticos

A doutrina de Celso Antônio quando trata dos agentes políticos, define que são os ocupantes dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, são aqueles ocupantes do esquema fundamental do Poder, e que se constituem como “formadores da vontade superior do Estado”¹⁶⁶. Assim, denota-se que há pela doutrina uma interpretação restritiva (sendo a posição majoritária), de que somente são agentes políticos os que ocupam uma posição de maior destaque na estrutura organizacional do Estado, e que são responsáveis pelas suas decisões políticas fundamentais

Desse modo, para que sejam considerados agentes políticos teriam que ser atendidos alguns requisitos, como o acesso ao cargo político ser por meio de eleição ou nomeados por agentes eleitos; que a função pública seja transitória, obedecendo um caráter republicano; e, que as decisões políticas por ele decididas envolvam primordialmente recursos orçamentários e direitos fundamentais. Assim, seriam considerados os chefes do Poder Executivo, seus auxiliares (ministros, secretário – estaduais e municipais), e os parlamentares (senadores, deputados e vereadores).

Por uma interpretação mais ampla, seriam agentes políticos aqueles gestores do “primeiro escalão” do governo, tais como os chefes do Poder Executivo (de todos os

¹⁶⁴ STF – RE 669.069/MG, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 28/04/2016.

¹⁶⁵ STF – RE 852.475/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 27/05/2016.

¹⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004, p. 902.

âmbitos), os membros das Casas Legislativas, os membros do Poder Judiciários (magistrados), e os membros do Ministério Público¹⁶⁷.

Tal discussão toma corpo, na prática, a partir do entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 13¹⁶⁸, que vedou o nepotismo na administração pública em se tratando de cargos políticos. Isto é, o Tribunal decidiu que não há nepotismo quando se trata de nomeações de cargos políticos, pois quando o art. 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, estaria ali tratando de cargos e funções singelamente administrativos, e não os cargos políticos, que são “agentes de poder”, e não seriam cargos em comissão no sentido do referido art. 37 da CF/88¹⁶⁹.

O tema em comento é de grande celeuma no ordenamento jurídico pátrio, e decorre do fato da Constituição Federal brasileira de 1988 distinguir improbidade administrativa dos crimes de responsabilidade, mesmo o Supremo Tribunal Federal já tendo se manifestado, há divergência, na doutrina e no Superior Tribunal de Justiça.

Como já fora feito a distinção conceitual entre agente político em tópico anterior, cabe aqui trazer a problematização se há aplicabilidade da norma trazida pela Lei de Improbidade Administrativa ou não.

Ocorre que, para a doutrina, agente político é um gênero da espécie agente público, divergindo somente pelo seu grau de responsabilidade na atividade administrativa da gestão dos recursos públicos, sendo, portanto, os que têm o dever legal de agir com maior probidade.

Em sendo assim, o que caracteriza o agente político é o cargo que ocupa e a natureza das atribuições exercidas, e que têm privilégio de foro em relação a sanções penais (em tese, e que será mais adiante esclarecido). Diante desse entendimento, todo agente político, enquanto agente público está incluído no regime da Lei 8.429/1992. Mas, há quem

¹⁶⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p.541/542.

¹⁶⁸ A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

¹⁶⁹ STF, RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 24.10.2008; STF, Rcl 6.650 MC-AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 21.11.2008; STF, RE 825682 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgamento em 10.2.2015, DJe de 2.3.2015).

entenda que tais agentes, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não responderiam por improbidade administrativa com base na referida lei, mas somente por crimes de responsabilidade.

Tem-se que o art. 37, §4º da Constituição Federal brasileira de 1988¹⁷⁰ fora regulamentado pela Lei 8.429/1992 (LIA), de outro norte, os arts. 52, I, 85, V, e 102, I, c, todos da CF/1988, foram regulamentados pelas Leis 7.106/1983 e 1.079/1950, e pelo Decreto-Lei 201/1967, que mencionam os atos de improbidade praticados por certos agentes políticos, os qualificados como crimes de responsabilidade.

Para os crimes de responsabilidade, a União possui competência legislativa para definir as infrações e respectivas normas processuais de julgamento, conforme entendimento assentado na Súmula 722 do STF¹⁷¹.

A Lei 1.079/1950, que teve vários artigos incluídos pela Lei 10.028/2000, regula os crimes de responsabilidade praticados pelo Presidente da República (art. 4.º), Ministros de Estado (art. 13), Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39), Presidentes de Tribunais (Superiores, de Contas, Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, de Justiça e de Alçada dos Estados e do Distrito Federal, e os juízes diretores de Foro ou com função equivalente) (art. 39-A), Procurador-Geral da República (art. 40), Advogado-Geral da União (art. 40-A, parágrafo único, e Procuradores-gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, Procuradores-gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, Procuradores-gerais dos Estados e do Distrito Federal, dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de funções de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (art. 40-A, parágrafo único, II), pelos Governadores dos Estados e seus Secretários (art. 74).

O julgamento do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, em razão da prática de crime de responsabilidade, compete ao Senado

¹⁷⁰ § 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.

¹⁷¹ Súmula 722 STF: São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.

Federal, que poderá aplicar a sanção de perda do cargo, com inabilitação de até cinco anos para o exercício de qualquer função pública (art. 52, I e II, e parágrafo único, da CF/88 c/c o art. 2.º da Lei 1.079/1950).

No caso específico do inciso I do art. 52 da CF/88, somente competirá ao Senado o julgamento dos Ministros de Estado e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, quando os crimes de responsabilidade por eles praticados forem conexos com os imputados ao Presidente da República e pelo Vice-Presidente da República, em não sendo conexos, a competência é do Supremo Tribunal Federal (inciso I, “c” do art. 102 da CF/88).

No caso do Presidente da República, tem-se que o art. 85 da própria Constituição Federal brasileira de 1988, determina, quando diz que é crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a probidade administrativa (inciso V), enquanto Chefe de Governo, que o processo somente poderá ser instaurado mediante autorização de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados (art. 51, I, CF/88), e que tramitará no Senado Federal, sendo a quem compete seu julgamento (art. 52, I, CF/88)¹⁷².

Em dezembro de 2002 foi editada a Lei 10.628, que acrescentou o §2º do art. 84 do Código de Processo Penal, prevendo o foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade¹⁷³.

Contudo, com a alteração legislativa, sobreveio a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 2797¹⁷⁴, onde o Supremo decidiu que, no plano federal, “as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes”. E, quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus

¹⁷² MS 21.564 e MS 21.623 (Impeachment do Presidente Collor, na Câmara dos Deputados se dá o juízo político de admissibilidade, verifica-se se a acusação é consistente, se possui alegações plausíveis e fundamentadas e razoáveis; a votação deve ser nominal – recepção do art. 23 da Lei 1079/50; processamento e o julgamento do *Impeachment* contra o Presidente da República – foro: Senado Federal; devido processo legal com garantia de ampla defesa e contraditório).

¹⁷³ § 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.

¹⁷⁴ Anexo II - (ADI 2797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005).

tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária, considerando então a alteração legislativa inconstitucional.

Em resumo, o STF decidiu que a Constituição Federal brasileira de 1988 não estabeleceu foro por prerrogativa de função para as ações de improbidade administrativa, em assim sendo, não poderia lei ordinária prever.

Já em outro momento, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou acerca do assunto, quando do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF¹⁷⁵, e por maioria dos votos assentando a competência do Tribunal, após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político administrativa previstos na Constituição Federal, ressaltando a disciplina da Lei 1.079/50, entendeu-se que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 102, I, c da CF.

Tal entendimento, de que os agentes políticos estão excluídos de serem processados por improbidade administrativa, e devem responder especificamente por seus atos, como sendo atos unicamente políticos, fora resultado de uma votação mínima (6x5), disponibilizado no informativo nº 471¹⁷⁶, o que significa que o relator entendeu que as infrações estariam enquadradas na classe dos crimes de responsabilidade, com apuração e punição previstas na Lei 1.079/1950 e pelo Decreto-Lei 201/1967. Ou seja, que punir o agente político por improbidade administrativa e crime de responsabilidade seria *bis in idem*, devendo ser aplicado a Lei 1.079/50 por ser mais específica.

Pelo entendimento esposado na Corte Superior, necessário seria, para que o agente não responda por improbidade administrativa, dois requisitos: 1) Que o agente político seja uma das autoridades listadas na Lei 1.079/50; 2) Que o fato por ele praticado seja previsto como improbidade administrativa e também como crime de responsabilidade.

Observe-se que, se mantida tal posição, haverá, por via reflexa, a instituição do foro por prerrogativa de função aos agentes políticos nas ações cíveis de improbidade administrativa. Entrementes, a referida decisão fora proferida por maioria bem estreita de

¹⁷⁵ Rcl 2138/DF, Rel. Orig. Nelson Jobim, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, 13.06.2007.

¹⁷⁶ Disposto como anexo I deste trabalho.

votos (seis à cinco), e como é sabido, com a alteração da composição do Supremo Tribunal Federal, se ocorrida hoje tal votação, o resultado seria diverso.

Tanto é, que em recente julgamento, em 23 de novembro de 2017, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal votaram contra a manutenção do foro por prerrogativa de função (pelo menos como hoje é tido na prática), contudo, a votação não fora concluída, sendo suspenso a continuação do julgamento em razão do pedido de vista do Ministro Dias Toffoli¹⁷⁷.

O caso em comento trata de questão de ordem suscitada em ação penal proposta contra Marcos da Rocha Mendes, pela prática do crime de captação ilícita de sufrágio – corrupção eleitoral (art. 299 do Código Eleitoral), onde, o réu supostamente cometeu o crime quando era candidato à Prefeitura de Cabo Frio/RJ no ano de 2008. Ao ser denunciado, porém, já ocupava o cargo de prefeito e, assim, tinha foro no Tribunal Regional Eleitoral (2013). Posteriormente, com o encerramento do mandato, o TRE declinou da competência para o juízo eleitoral de 1ª instância. Na sequência, após a diplomação do réu como deputado federal, o processo foi encaminhado para o Supremo Tribunal Federal (2015). Um ano depois, o réu se afastou do mandato temporariamente e logo o reassumiu, de modo que a Corte voltou a ter competência para julgá-lo. Finalmente, após o término da instrução processual e a inclusão do processo em pauta para julgamento, o réu foi novamente eleito prefeito de Cabo Frio/RJ e renunciou ao mandato de deputado (2016).

A questão de ordem discute a possibilidade de se conferir interpretação restritiva, de modo a limitar a aplicação do “foro privilegiado” às acusações por crimes cometidos no cargo e que digam respeito estritamente ao desempenho daquele cargo ao qual a Constituição assegura este foro especial. De modo que, a matéria encontra-se com oito votos já proferidos, sendo seis acompanhando o entendimento do Relator Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que o foro se aplica apenas a crimes cometidos no exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas. O ministro Alexandre de Moraes divergiu parcialmente, esposando o entendimento de que o foro deve valer para crimes praticados no exercício do cargo, mas alcançando todas as infrações penais comuns, independentemente de se relacionaram ou não com as funções do mandato (Notícia em anexo ao trabalho).

¹⁷⁷ STF, Ação Penal 937, Questão de ordem, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

No que concerne ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), este também já se manifestou sobre o tema, quando apreciou a Reclamação 2.790/SC¹⁷⁸, onde se assentou dois importantes pontos: Que os agentes políticos se submetem à Lei 8429/1992 (LIA), admitindo a compatibilidade material de tais sanções com os crimes de responsabilidade, com exceção do Presidente da República (por competência constitucional); e, que existe foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa.

Desse modo, excetuou a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), admitindo não haver norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, e de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º.

Nesse sentido, o STJ possuiria competência implícita para julgar as ações de improbidade administrativa propostas contra os agentes públicos que estivessem sob sua jurisdição penal originária. Em outras palavras, concluiu-se que, para o STJ, se a autoridade tem foro privativo naquela Corte, em matéria criminal, teria também a prerrogativa de ser julgado no STJ em caso de ação de improbidade.

Entretanto, em posterior julgamento, no agravo Regimental na Reclamação 12514/MT, o Tribunal mudou o entendimento, no sentido de 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 responsabilidade¹⁷⁹.

Percebe-se que há grande divergência de entendimento entre as turmas do STJ, pois também fora assentada a plena compatibilidade entre os regimes de responsabilização pela prática de crime de responsabilidade e por ato de improbidade administrativa (casos que foram apreciados em face de agentes políticos municipais)¹⁸⁰.

Ao que parece, o entendimento mais acertado é o que considera possível aos agentes políticos responderem por seus atos de improbidade administrativa, com a aplicação

¹⁷⁸ STJ, Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 04.03.2010 (Informativo de Jurisprudência do STJ 418).

¹⁷⁹ STJ, AgRg na Rcl 12514/MT, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 16/09/2013.

¹⁸⁰ STJ – AgRg no AREsp 461.084/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 14/11/2014. AgRg no REsp 130764/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 26/04/2016.

de suas sanções, salvo aqueles atos de natureza política que seriam crimes de responsabilidade, sancionados com base na Lei 1.079/1950, no Decreto Lei 201/1967 e na Lei 7.106/1983¹⁸¹.

Tal entendimento seria no sentido de que, aos agentes políticos que cometem atos de improbidade e crimes de responsabilidade, seria possível aplicação em relação das sanções políticas a perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública, mas não no tocante às demais sanções que não possuem caráter político. Destarte, o agente político pode ser responsabilizado pelo mesmo fato, mas com fundamento na legislação especial, que trata do crime de responsabilidade, e na Lei 8.429/1992 a aplicação de sanções políticas, sem que isso configure *bis in idem*.

Em síntese, no processo que apure crimes de responsabilidade serão aplicadas as sanções políticas, haja vista que são infrações de natureza político-administrativa, enquanto que na ação de improbidade administrativa serão aplicadas as demais sanções elencadas na Lei 8.429/1992 (ressarcimento ao erário, multa civil, etc.), já que são ilícitos de natureza civil. Portanto, há de se admitir que as referidas leis complementam-se, pois ambos compêndios normativos possuem o mesmo bem jurídico tutelado, que é a proteção da probidade administrativa, para, no aspecto cível coibir a corrupção pública e reparar os prejuízos causados ao erário, e no aspecto sancionatório político-administrativo cassar o cargo público inabilitando o infrator para o exercício das funções públicas.

Há de se ressaltar que a Lei 8.429/1992 é aplicável àqueles que não mais sejam agentes políticos, hipótese em que ação de improbidade será processada e julgada pelo Juízo de primeiro grau¹⁸².

Diante dessa gama de entendimentos, é de bom alvitre tentar resumir como está a discussão na atualidade. Para o STF e STJ não existe foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. O STJ entende que os prefeitos podem responder por improbidade administrativa e também pelos crimes de responsabilidade do Decreto-Lei 201/67, e a ação de improbidade administrativa contra os prefeitos será julgada em 1º

¹⁸¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 122.

¹⁸² STF, Pet 3.421 AgR/MA, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 04.06.2010; STJ, REsp 1.134.461/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe12.08.2010 (Informativo de Jurisprudência do STJ 441).

instância¹⁸³. Para o STJ, os agentes políticos se submetem à Lei de Improbidade Administrativa, com exceção do Presidente da República. Assim, é possível que os agentes políticos respondam pelos crimes de responsabilidade da Lei 1.079/50 e também por improbidade administrativa. Para o STJ, a ação de improbidade administrativa deve ser processada e julgada em 1º instância, ainda que tenha sido proposta contra agente político que tenha foro privilegiado no âmbito penal e nos crimes de responsabilidade.

Para o STF, os agentes políticos sujeitos aos crimes de responsabilidade da Lei 1.079/50 não respondem por improbidade administrativa (com grande possibilidade de que a composição atual reformule o entendimento). E que a competência para julgar ação de improbidade administrativa proposta contra seus Ministros é do próprio STF (Pet-QO 3211/DF)¹⁸⁴.

5.1.4 A Lei de Improbidade Administrativa e a Lei da Ficha Limpa

A Lei Complementar 135/2010 conhecida popularmente como “Lei da Ficha Limpa”, alterou a Lei Complementar 64/1990 (Lei de Inelegibilidade), e estabeleceu novas hipóteses de inelegibilidade para os agentes públicos condenados por atos de improbidade administrativa.

Vale salientar que o STF já pôde analisar e reconhecer a constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”, tendo em vista que a edição da referida lei causou grande discussão social e jurídica em todo o Brasil, principalmente por ser um dos aspectos que gerou grande expectativa à sociedade de melhora da qualidade dos políticos brasileiros¹⁸⁵.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu art. 14 elenca os Direitos Políticos, condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade (§§4º, 5º, 6º, 7º e 9º). Sendo

¹⁸³ STJ, REsp 1.034.511/CE, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 22.09.2009 (Informativo de Jurisprudência do STJ 405).

¹⁸⁴ Questão de Ordem na Petição nº 3211/DF: EMENTA Questão de ordem. Ação civil pública. Ato de improbidade administrativa. Ministro do Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Competência da Corte para processar e julgar seus membros apenas nas infrações penais comuns. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros. 2. Arquivamento da ação quanto ao Ministro da Suprema Corte e remessa dos autos ao Juízo de 1º grau de jurisdição no tocante aos demais.

¹⁸⁵ ADC 29/DF e da ADC 30/DF, Rel. Min. Luiz Fux (Informativo de Jurisprudência do STF 655), e RE 633703.

que no § 9º, traz a hipótese normativa que determina que os casos de inelegibilidade, somente poderão ser estabelecidos por Lei Complementar (além dos constitucionalmente já postos).

Além do que, diz que os casos de inelegibilidade têm por objetivo “proteger a probidade administrativa”, “a moralidade” sendo que essa moralidade deve considerar a “vida pregressa do candidato”, “e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”¹⁸⁶, o que se coaduna com os princípios gerais norteadores da administração pública, elencados no caput do art. 37 da CF/88.

A Lei Complementar 64/1990 veio para regulamentar o já mencionado §9º do art. 14 da CF/88, e em relação à improbidade administrativa, trouxe duas novas hipóteses normativas, ambas incluídas por força da Lei da Ficha Limpa. Sendo a primeira a da letra “g” do inciso I do art. 1º, que estabelece a inelegibilidade para qualquer cargo daqueles que “tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa”, sendo que essa rejeição de contas deve ter sido havida “por decisão irrecorrível do órgão competente”, o que já traz como efeito “para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão”.

A segunda hipótese fora trazida na letra “l”, inciso I do mesmo art. 1º da referida Lei Complementar, e torna inelegíveis os agentes públicos que forem condenados à suspensão dos seus direitos políticos, “em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito”, mas ressalva, que tal inelegibilidade terá como prazo o momento da condenação ou do trânsito em julgado, até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena.

As inelegibilidades trazidas pela “Ficha Limpa” dependem em qualquer caso da condenação pela prática de ato doloso de improbidade administrativa. Ou seja, se a condenação for por ato culposo de improbidade, somente admitido na hipótese do art. 10 da Lei 8.429/1992, não se aplicará a inelegibilidade ao agente público, como demonstrado no tópico que trata dos atos de improbidade.

¹⁸⁶ §9º do art. 14 da CF/88.

Como já visto anteriormente, os atos considerados como de improbidade administrativa são os que estão capitulados nos arts. 9º, 10º e 11 da Lei 8429/92, sendo basicamente, o enriquecimento ilícito, a lesão ao erário, e violação aos princípios da Administração Pública, respectivamente.

Se a Lei da “Ficha Limpa” impôs que, para que haja a imposição da inelegibilidade, depende da ocorrência de “lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito” pelo ato de improbidade atacado (caso da letra “I” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar 64/1990), se depreende então que não haverá a imposição de inelegibilidade em consequência na condenação por improbidade com fundamento no art. 11 da Lei 8.429/1992 (violação aos princípios da Administração Pública).

E ainda, na referida hipótese (letra “I” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar 64/1990) se pressupõe que a condenação seja imposta por “órgão judicial colegiado”, não bastando a existência de sentença condenatória por Juízo monocrático, havendo que se respeitar o duplo grau de jurisdição.

Discussão essa que vem tomando força tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, em virtude de que as decisões proferidas por órgãos judiciais colegiados, independentemente do trânsito em julgado, justificar a imposição da inelegibilidade, já que a Constituição Federal brasileira tem como um de seus princípios basilares e norteador a presunção de inocência (art. 5.º, LVII, da CF/88B), o que gera um questionamento quanto à sua constitucionalidade, mas que aqui não vale adentrar em sede de cognição exauriente, por não ser o objeto de estudo do presente trabalho, pelo que se tece somente alguns comentários.

O argumento para que não seja considerada inconstitucionalidade na imposição da inelegibilidade por decisão não transitada em julgado se baseia em duas razões: a que o texto constitucional deve ser interpretado de maneira sistemática, inexistindo normas com caráter absoluto, razão pela qual, por meio do processo de ponderação de interesses, a presunção de inocência não deve se sobrepor ao princípio constitucional da moralidade administrativa, que fundamenta as hipóteses de inelegibilidade; e, que o princípio da presunção de não culpabilidade não se aplica às hipóteses de inelegibilidade, pois estas

últimas não são “penas”, mas condições de inelegibilidade, apoiadas no art. 14, § 9.º, da CF/88¹⁸⁷.

Por fim, merece menção o fato de que as condições elegibilidades e as causas de inelegibilidade devem ser demonstradas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, salvo as alterações supervenientes, conforme disposto na Lei 9.504/97¹⁸⁸.

5.1.5 A moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 e o dever de probidade administrativa da Lei 8.429/92.

Diante da proposta aqui trazida, mister se faz esclarecer o conceito de moralidade administrativa concernente à sistemática do art. 37 da Constituição Federal brasileira de 1988. A ideia de moralidade administrativa surgiu com fundamento da percepção de controle da legalidade do ato administrativo, podendo-se submeter o Poder sistematicamente a um juízo que estivesse ao alcance do cidadão, e poder-lhe exigir as justificações de comportamento frente ao Direito (legalidade), sendo um propósito surgido a partir da Revolução Francesa¹⁸⁹.

Desse modo, a moralidade administrativa surge vinculada à declaração de vontade contida no ato jurídico-administrativo, ligado ao exame do instituto do desvio de poder, a fim de limitar a discricionariedade do gestor público¹⁹⁰. Especificamente, a moralidade do art. 37 da CF/88 é a positivação constitucional expressa de um princípio jurídico, norma que possui alto grau de sentido axiológico, e teleológico¹⁹¹.

¹⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 127.

¹⁸⁸ Art. 11. § 10. As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, ressalvadas as alterações, fáticas ou jurídicas, supervenientes ao registro que afastem a inelegibilidade.

¹⁸⁹ Tal entendimento é trazido por ENTERRÍA, Eduardo García de, *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madri: Civitas, 1995, p. 3, traduzido de “*La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa*”.

¹⁹⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 43.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 308.

Em relação ao dever de probidade administrativa, valor a ser seguido nos liames tratados pela Lei 8.429/92, refere-se à determinação de que a atividade do gestor/agente público seja norteadada pela boa-fé (objetiva), decorrência lógica do princípio da moralidade contido no art. 37 da Carta Magna. O que se pode concluir, quando se toma como paradigma o conceito de improbidade administrativa trazido por José Afonso da Silva, como “uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e corresponde a uma vantagem ao ímprobo ou a outrem”¹⁹², e que se qualifica pelo elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa) necessariamente presente para que se configure.

Deve se perceber, por via de um raciocínio lógico, que a moralidade é, em regra, objetiva, contudo, a improbidade é (também em regra) subjetiva, uma vez que comporta mais de um elemento (comportamento doloso ou culposo). Essa dicotomia faz com que se aparte a moralidade da improbidade, pois, se assim não o fosse, permitir-se-ia haver uma “imoralidade administrativa” que seria qualificada pelo elemento subjetivo da conduta. Diferenciação essa que faz lembrar a estreita relação entre direito e moral, sendo impossível de se dissociar aquele dessa, como bem coloca Bettiol, “*no se puede hallar ningún criterio que pueda ser invocado como pauta que permita discernir entre moral y Derecho*”¹⁹³.

Em assim sendo, a lei 8.429/92 torna independente moralidade de improbidade, haja vista tratar os atos de improbidade como ilícitos civis, e, portanto imorais (no sentido de serem ausentes do valor moralidade).

Como consequência do caráter subjetivo da improbidade, as condutas que dela decorram devem ser analisadas também como subjetivas, e não como objetivas. A questão ressoa nas hipóteses normativas trazidas na Lei 8.429/92, especificamente nos artigos 9º, 10 e 11, onde se buscou punir os agentes públicos desonestos, mas não os incompetentes. Isto é, o elemento subjetivo da conduta do agente até pode ser doloso ou culposo (somente admitido no caso do art. 10), mas, nunca objetivo.

Isso por que, quando a legislação somente tratou especificamente dos elementos subjetivos da conduta ímproba em um único artigo (art. 10), o fez, pois, para resguardar a coisa pública, haja vista que trata da possibilidade de dano ao erário, e não

¹⁹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 653.

¹⁹³ BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995, p. 30.

poderia o legislador deixar aberto o entendimento de que fosse possível se causar lesão à coisa pública por uma conduta culposa e não ser buscado o devido ressarcimento, v.g. por um simples erro de um servidor público que cause prejuízo às contas públicas, certamente merece responsabilização e ressarcimento. Ademais, o silêncio nas demais hipóteses legais não significa atecnia, mas sim, que exigem maior rigor na análise da exigibilidade do critério desonestidade¹⁹⁴. Assim como, se deve observar que a Constituição Federal brasileira de 1988 no §6º do art. 37, estabelece responsabilidade objetiva somente às pessoas jurídicas de direito público e privadas que prestem serviços públicos, mas nunca aos seus agentes.

Trazendo-se então a discussão para o cerne do presente trabalho, há de se objetivar que a moralidade administrativa importa então em oposição aos atos de improbidade administrativa, e por conseguinte, permeia a hipótese de se efetivar direitos fundamentais acaso seja ela, a moralidade, respeitada pela gestão pública, como consequência lógica da boa administração pública, no sentido de que o agir do agente público deve se pautar no interesse finalístico da coisa pública, que é a coletividade, entretentes, em havendo um desvio de finalidade do agente, o fim de sua conduta será o interesse privado, o que desvirtua a boa administração pública, e por conseguinte deve sofrer as penalidades impostas pela LIA.

5.2 Controle da administração pública através da ação de Improbidade Administrativa

Feita a digressão acerca da constitucionalização dos direitos fundamentais, assim como sobre a improbidade administrativa, cumpre agora especificar de que maneira a ação de improbidade vem a exercer controle sobre a administração pública.

Para que se possa ter uma real noção do controle exercido pela ação de improbidade administrativa, há de se estabelecer alguns conceitos a seu respeito. Primeiramente, deve se repetir que é uma ação de natureza civil¹⁹⁵. Segundo, que é uma ação de tutela coletiva, uma vez que a natureza jurídica do direito material tutelado nessa ação é de caráter difuso (nos termos do art. 81 da Lei 8.078/90), isto é, que tem como titular a

¹⁹⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 289.

¹⁹⁵ STJ - HC 50.545/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, Dje 04.09.2006.

coletividade, pois trata da busca da proteção do patrimônio público e da moralidade (vide item 3.1)¹⁹⁶.

Assim como, tendo em vista o princípio da legalidade, não obstante sua nomenclatura restritiva deve-se ter que os atos Estatais têm como fundo de validade um princípio maior, qual seja, o da constitucionalidade, seguindo, inclusive, a mais moderna hermenêutica constitucional.

Na doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹⁹⁷ fica claro que se deixou de conceber a legislação ordinária como núcleo orientador da atividade estatal, e ascendeu-se a Constituição como fundamento legitimador da própria existência do Estado. Essa alteração da perspectiva de análise, que por óbvio já existia (tendo em vista a edição de todas as Constituições brasileiras desde 1824), foi hodiernamente maximizada, o que se deve à constante necessidade de aperfeiçoamento dos instrumentos utilizados para a defesa dos direitos fundamentais, os quais, como não poderia deixar de ser, assumiram um papel de destaque no Estado contemporâneo.

Dessa forma, como tem a administração a vocação natural para a realização das tarefas do Estado, que decorrem das estruturas sociais e ideias políticas caracterizadores do mesmo, tem-se que o administrador deve obediência a todo conjunto normativo que compõe o ordenamento jurídico daquele determinado Estado. O legislador por sua vez, quando da elaboração da norma, deve obediência à Constituição, incluindo-se aí os princípios e regras que dela defluem, assim como, o juiz quando julga deve zelar por tais princípios, os quais todos se obrigam: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Desse modo, os atos de improbidade apresentam-se consubstancialmente como atos de ilegalidade/inconstitucionalidade, já que decorrem da não observância, por parte do agente (sejam definidos genericamente como públicos, ou especificamente como políticos), do principal substrato legitimador de sua existência e norteador da atividade estatal¹⁹⁸, quais sejam, os princípios basilares da administração pública insculpidos no texto do art. 37, § 4º da Constituição Federal brasileira de 1988.

¹⁹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 295/306.

¹⁹⁷ GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 79.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 80.

Considerando-se então que a Lei da improbidade administrativa, em conjunto com outros instrumentos legais, compõe um sistema de proteção da tutela do patrimônio público, e sendo esse interesse tutelado de natureza difusa, vislumbra-se a possibilidade de manejo de ação civil pública na seara da improbidade administrativa pelo Ministério Público ou por outro colegitimado¹⁹⁹.

Corroborando com tal entendimento está a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quando afirma que o dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando então ao Ministério público promover o inquérito civil e a ação civil pública, objetivando assim a defesa do patrimônio público, com base no que fora insculpido pela Constituição Federal no seu art. 129, III²⁰⁰.

Além do que, como já mencionado, há a possibilidade de controle externo com base na Lei de Improbidade Administrativa por parte da sociedade, podendo qualquer cidadão representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada à apuração de ilícitos²⁰¹, possibilidade essa dada pela redação do art. 14 da Lei 8.429/92, conduto, devendo-se obedecer as formalidades exigidas no §1º do mesmo enunciado normativo. Sem prejuízo, pode o Ministério Público, mesmo não tendo o particular atendido àqueles requisitos, representar também ao Ministério Público, que poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo (§3 do art. 14, e art. 22 da mesma Lei).

Merece especial destaque a passagem trazida pelo então Ministro do STF, Carlos Velloso, no julgamento da Reclamação 2.138/DF (anteriormente já referenciada), que concluiu, que “Isentar os agentes políticos da ação de improbidade administrativa seria um desastre para a administração Pública. Infelizmente, o Brasil é um país onde há corrupção, apropriação de dinheiros públicos por administradores ímprobos. E isso vem de longe”, onde fez questão de citar a passagem do livro de Patrick Wilcken, *Império à Deriva – A corte*

¹⁹⁹ Seguem esse entendimento, José Antônio Lisboa Neiva (*Improbidade Administrativa: Estudo sobre a Demanda na ação de conhecimento e cautelar*, p. 26-37) e Gustavo Senna Miranda (*Princípio do Juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa*, p. 192-207) *apud* *ibidem*, p. 742.

²⁰⁰ STJ - REsp. nº 154.128/SC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 127 E 129, III. LEI 7.347/85 (arts. 1º, IV, 3º, II, e 13). LEI 8.429/91 (art. 17). LEI 8.625/93 (art. 25 e 26). (Resp. Nº 154.128-SC, 1º T., maioria, Rel. p/o acórdão Min. Milton Luiz Pereira, j. 11/05/1998, Dj 18/12/1998).

²⁰¹ Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

Portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821²⁰², consignando a afirmação lá existente de que: “A corrupção sempre fora uma característica da vida ao redor do império, mas assumiu uma forma concentrada no Rio”.

O eminente Ministro referia-se à notória desonestidade dos gestores públicos brasileiros, políticos de carreira, acostumados às práticas ilícitas desde os tempos do Império Brasileiro, por óbvio, lamentando a posição tomada pelo pleno naquela ocasião (que entendeu que os agentes políticos não respondem por improbidade administrativa, mas apenas por crime de responsabilidade, em ação que somente pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal).

Em face dessa fragilidade, surgem sugestões para se atribuir maior efetividade aos processos que envolvam atos de improbidade administrativa. Uma delas, que já corre em trâmite no Congresso Nacional (à frente referenciada), é a de se definir explicitamente a autonomia das sanções civis da LIA em relação às penas dos crimes de responsabilidade, o que resolveria a celeuma jurisprudencial.

Outra sugestão que atribuiria maior eficiência na prestação jurisdicional, seria a criação de varas com competência específica pra processar e julgar as ações de improbidade. O que traria maior capilaridade (alcance) ao sistema de controle estatal, e o que melhoraria sobremaneira tal sistema de controle e responsabilização.

²⁰² WILCKEN, Patrick. **Império à deriva**. Objetiva. Tradução Vera Ribeiro. P. 121. *Apud* VELLOSO, Carlos. STF. Rcl 2.138/DF. Dje 18/04/2008.

6 EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Primeiramente há de se esclarecer a questão da efetivação de direitos por meio do processo judicial, como forma de obtenção da própria prestação jurisdicional (material), sendo a temática aqui trazida de modo mais genérico (inicialmente), para que se possa associá-la as diversas situações existentes no ordenamento jurídico, e ao fim, relacionar com a efetivação dos direitos fundamentais e propriamente com a ação de improbidade administrativa.

6.1 Do acesso à Justiça

Considerando-se precipuamente o princípio do acesso à Justiça como uma forma de obtenção da prestação jurisdicional, capaz assim de propiciar a efetivação de direitos, fundamentais, no sentido de que sem o ingresso no processo judicial não há prestação jurisdicional; bem como, no sentido de se fazer Justiça por meio da satisfação do processo judicial.

Tem-se que o acesso à justiça está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal brasileira de 1988, onde determina especificadamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, o que também pode ser chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação.

Interpretando-se o referido enunciado normativo, vê-se que, todos têm (ou, pelo menos, deveriam ter) acesso à justiça, como forma de postular a tutela jurisdicional estatal específica, preventiva ou reparatória, relativa a um determinado direito. Verifica-se que o princípio contempla não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos, e que o constituinte de 1988 achou por bem tutelar não só a lesão a direito, mas também a ameaça de uma possível lesão, englobando aí a tutela preventiva.

Nesse sentido é a lição trazida por Kazuo Watanabe quando disserta sobre o tema em comento, afirmando que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o

acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”²⁰³.

Em sendo assim, pode-se obter aos argumentos do doutrinador quanto à temática principal do presente trabalho, no sentido de que a efetivação dos direitos fundamentais em sede da ação de improbidade administrativa depende da viabilidade do acesso a uma ordem jurídica justa (no sentido de equidade e bem-estar social).

O acesso à Justiça é então, não apenas um direito social fundamental, crescentemente e assim reconhecido, ele é, também o ponto central da moderna processualística, sendo que, seu estado “pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”, como afirma categoricamente Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁰⁴.

Na referida obra resta esclarecido que a expressão “acesso à Justiça” tem sentido aberto, e difícil definição, contudo, determina duas finalidades elementares do ordenamento jurídico: o meio pelo qual os jurisdicionados devem reivindicar seus direitos, e como resolver os litígios que os envolva, por meio da atuação Estatal. Afirma que, o sistema jurídico deve ser igualmente acessível a todos e, conseqüentemente, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos²⁰⁵.

Denota-se daí, que o princípio do acesso à justiça é em verdade o meio pela qual se pode garantir aos cidadãos que seus conflitos devam ser solucionados não pela autotutela, mas como um dever de responsabilidade do Estado, isto é pela tutela jurisdicional.

Os referidos doutrinadores colocam ainda que o efetivo acesso à justiça deva ser buscado, mas sua plenitude é utópica, haja vista que as diferenças inerentes aqueles que participam do processo judicial jamais serão completamente superadas. Desse modo o que se deve fazer (ou, se pode fazer) é buscar superar ao máximo os obstáculos que se opõem ao efetivo acesso à justiça, colocando-se como principais tais obstáculos: as custas judiciais, as possibilidades das partes, e os problemas de interesses difusos²⁰⁶, a seguir explicitadas.

²⁰³ WATANABE, Kazuo. **Novas atribuições do judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009. p. 228. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/111957599/Kazuo-Watanabe-Acesso-a-justica-e-Poder-Judiciario>, acesso em 04/01/2018 às 10:37.

²⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p.11.

²⁰⁵ Ibidem, p. 3.

²⁰⁶ Ibidem, p.13/18.

No que tange as custas judiciais, o ordenamento jurídico pátrio possibilita aos que não possuem condições financeiras de arcar com as despesas processuais a sua gratuidade, o que o fez inicialmente pela Lei 1.060/50, e posteriormente na própria Constituição Federal (art. 5º, LXXIV) e Código de Processo Civil (art. 98). Entretanto tal medida não afasta totalmente o problema, uma vez que um processo judicial demanda outros custos, como advogado (que pode ser suprido pela defensoria pública), deslocamento, tempo, etc.

Em relação à possibilidade das partes, têm-se como principal consideração que cada um que compõe uma determinada lide tem sua capacidade financeira e econômica, o que pode, por óbvio, de diversas formas influenciar o andamento processual (capacidade de arcar com os custos do processo, contratação de advogados, despesas inerentes à lide, etc.). Além do que, há a aptidão de se reconhecer um direito, e propor a ação ou sua defesa a depender da capacidade individual concernente ao nível social, intelectual, cultural e até mesmo financeiro (novamente, no sentido de obter a devida acessória jurídica a fim de se identificar previamente a necessidade da demanda relativa ao direito).

Os problemas de interesses difusos são colocados pelo já citado autor no sentido de que, em havendo lesão, ou ameaça de lesão aos direitos difusos ou coletivos, os indivíduos diretamente interessado na sua reparação ou proteção, mesmo que legitimado para intentar qualquer medida judicial cabível, restaria desestimulado a fazê-lo em virtude de que seu proveito direto seria desproporcional em relação ao esforço que teria de ter, ou, até mesmo, das dificuldades que se encontraria de reunir aqueles que estivessem ligados diretamente pelo direito ameaçado²⁰⁷.

Em se fazendo um esforço hermenêutico no sentido de trazer as barreiras acima elencadas para as possibilidades da ação de improbidade administrativa, poder-se-ia imaginar que aquele que teve seu direito maculado por um determinado ato ímprobo não possua capacidade financeira, nem social, de buscar na justiça a devida reparação em face do agente causador da lesão, mas o art. 14 da LIA legitima qualquer pessoa a representar à autoridade competente para instaurar a investigação para se apurar o ato de improbidade, mas, somente o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (sujeito passivo) tem a legitimidade para intentar a ação de improbidade administrativa (art. 17). Bem como, a possibilidade das partes (possibilidades no sentido de capacidade de quem comete o ato lesivo e ímprobo) pode ser um

²⁰⁷ Ibidem, p. 17/18.

fator complicador para àquele que sofre com o ato de improbidade, pois o sujeito ativo pode utilizar-se de suas possibilidades, seja capacidade financeira, social, política, para obstaculizar o processo judicial, postergando a efetividade do acesso à Justiça. Já no que tange aos problemas inerentes à improbidade administrativa serem de interesse difusos e coletivos, de fato, há um determinado grau de dificuldade, mas que podem ser minimizadas em virtude da atuação do Ministério Público, representando assim o interesse daquela coletividade por ventura atingida pelos atos de improbidade.

No que tange à moderna processualística brasileira, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) consagrou em seu art. 3º, que não será excluída da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, e no art. 4º, quando determina que as partes tenham direito a obter uma solução do mérito, e sua satisfação, em prazo razoável, também reconhecido como a primazia do julgamento do mérito. Denote-se que o art. 4º trouxe o direito fundamental à razoável duração do processo, sendo então um desdobramento do princípio do acesso à Justiça.

Assim, como forma de saciar o anseio social na resolução dos conflitos, a novel norma processual pátria buscou institucionalizar que os processos judiciais devem ser apreciados de modo célere, contudo, não significa dizer que celeridade é sinônimo de rapidez, mas sim, que a partir do momento que esteja o processo instruído e apto a ser julgado que o seja, com justeza, parcimônia e eficiência.

Para tanto, contudo, é necessário garantir preliminarmente, o acesso aos procedimentos judiciais, respeitando-se primordialmente o devido processo legal, esse inserido na Constituição Federal Brasileira de 1988 no seu art. 5º, inciso LIV, nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Em vista disso, não basta serem assegurados os meios formais de ingresso, e processamento das ações judiciais, devendo-se observar os aspectos materiais do princípio do acesso à Justiça, isto é, não simplesmente garantir o direito de petição, mas sim o acesso à Justiça²⁰⁸ como tutela estatal efetiva e satisfatória, não podendo ser entregue uma sem a outra, de maneira isolada, o que seria insuficiente para uma real prestação jurisdicional, visto que

²⁰⁸ Se faz aqui a opção de se utilizar a palavra justiça com “J” maiúsculo, referindo ao sentido da palavra de direito fundamental, e não prestação jurisdicional. Isto é, a Justiça em seu sentido de finalidade. Conferir o sentido de Justiça da do por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 245.

em grande parte das demandas pode ser “dito o direito”, mas não ser satisfeito, seja pela inoperância do sistema ou pela real falha em sua complexa estrutura, ou até mesmo pela demora, o fazendo perecer.

Não obstante, a legislação é elaborada com base na realidade social daquele momento em que se encontra a sociedade, fazendo-se necessário inserir no seu núcleo essencial elementos constitutivos dos princípios norteadores no próprio ordenamento jurídico, mormente, seguindo os que já estão constitucionalmente estabelecidos, o que confere unidade e homogeneidade a todo o sistema jurídico.

Desse modo, ressalta-se sobremaneira a importância da superioridade da Constituição Federal brasileira de 1988, para que se mantenha uma coerência da sistemática principiológica no ordenamento jurídico pátrio (vide capítulo 2 do trabalho).

Importante discorrer acerca dos modelos de acesso à justiça conforme o momento histórico. Onde, com o surgimento do Estado liberal, opondo-se ao Estado absolutista, época essa de afirmação de direitos políticos e individuais, a justiça era acessível formalmente, mas só aos possuíam condições de arcar com os custos do processo. Dessa forma, era apenas garantido um acesso formal, havendo ainda que se sobrepor aos vários obstáculos inerentes ao processo, como já enunciado acima.

Já no Estado social, se passa a assumir o posicionamento de superar as desigualdades sociais e por meio da promoção dos ditos direitos sociais, como o do próprio acesso à justiça. Tal período se caracteriza por operar um acesso qualitativo à justiça, onde, conforme doutrina de Mauro Cappelletti e Bryant Garth sugere soluções a fim de eliminar/minimizar a problemática, sendo as denominadas ondas de acesso, mais adiante elucidadas.

Outro paradigma é o modelo de acesso à justiça formal concebido pelo procedimentalismo, onde assegura o acesso à justiça desde que cumpridos os requisitos legais, primando pelo respeito às regras processuais, e considerando certa a decisão judicial que atendê-las, contrapondo-se a necessidade de justeza ou não o resultado prático final.

O modelo do acesso à justiça substancial se distingue do modelo anterior no que concerne a necessidade de se respeitar conteúdo e o resultado ético normativo em razão do acesso.

No que concerne à improbidade administrativa, o tema do acesso à Justiça é sobremaneira relevante, haja vista, que é de interesse de toda à sociedade que se possa ter acesso aos meios judiciais pertinentes à ação de improbidade, a fim de se possa buscar a

responsabilização por atos de ímprobos, que são atos de corrupção, e inegavelmente corroem os pilares fundantes da vida em sociedade.

6.1.1 Ondas renovatórias do acesso à justiça

Analisando-se comparativamente o movimento de acesso à justiça, Cappelletti e Garth apresentam soluções de acesso como por três ondas teóricas²⁰⁹.

A primeira onda é a que sugere a assistência judiciária para os pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao acesso ao Judiciário (como já exposto anteriormente). A segunda onda diz respeito a busca pela proteção aos interesses difusos, considerando que o problema social reside não só nas hipóteses de consumo, fraude publicitária, adulteração de alimentos, poluição, como também em relação a minorias raciais e outras minorias (idosos e jovens). A terceira onda trata do risco da burocratização do Poder Judiciário, propondo uma atuação mais humana do julgador e uma simplificação do procedimento e dos atos judiciais e do próprio direito substancial.

No Brasil, o estudo dessas ondas teve como consequência uma série de reformas, desde a implantação da gratuidade de justiça, indo até a reestruturação do Poder Judiciário, por meio da Emenda Constitucional nº 45, e continua se desenvolvendo, com o propósito de se obter o que se chama de ordem jurídica efetiva, sob os aspectos formal e substancial.

De outro norte, o acesso à justiça é um princípio consagrado em várias normas de Direito Internacional, como na Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de ser garantido pela Constituição Federal brasileira de 1988. O amplo acesso ao Poder Judiciário é condição *sine qua non* para a realização de um Estado Democrático de Direito, devendo o processo ser utilizado de forma a garantir às partes acesso à Justiça (com “J” maiúsculo), ou seja, a uma ordem jurídica justa.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu que “A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior.

²⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 21/40.

Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível²¹⁰. Essa perspectiva de acesso à justiça como ordem jurídica justa, corresponde ao meio de buscar a tutela do Estado-Juiz, e ter à sua disposição instrumentos constitucionais previstos para alcançar tal objetivo, uma vez que, garante-se aos jurisdicionados o devido processo constitucional.

Asseguram-se então aos litigantes as condições importantes de acesso formal, e efetivo, à justiça, amparado desse modo no direito a requerer, como consectário, conseguir a devida resposta de modo célere e em tempo razoável. Pressupõe ser necessário para tanto, a instrumentalização do processo como meio de concretização do direito substancial, o que não pode ser dispare da realidade da sociedade.

Complementando esse pensamento, necessário se faz colocar que, o direito de acesso à justiça, no sentido de proteger a concretude dos demais direitos que compõem o ordenamento jurídico, requer que sejam ajustados procedimentos específicos com o objetivo de dar aos jurisdicionados o direito a uma tutela adequada, isto é, hábil a atender as situações concretas e específicas, além de serem eficazes, no sentido de realizar concretamente os direitos e não apenas declará-los, bem como, de modo tempestivo, célere, haja vista de que não adiantaria nada ter-se efetivos os anteriores requisitos e o processo correr por longo período de tempo, sem que possa aproveitar o jurisdicionado do seu resultado útil forma.

Com razão se afirmar que o direito de acesso à justiça é intrínseco ao Estado Democrático de Direito²¹¹, pois no momento que o povo renunciou de sua liberdade em prol de uma liberdade comum, deve-se conferir a todos uma ordem jurídica justa, avalizada pelas garantias constitucionais e processuais em busca da efetivação dos direitos²¹².

Sem sombras de dúvida, a concretização do direito ao acesso à justiça é indispensável à própria concepção de Estado, por tudo isso, conclui-se que a problemática aqui em análise (do tópico) exige do operador jurídico uma mudança de mentalidade, fundada na realidade social em que se insere, haja vista não serem as realidades estanques, pois em constante movimento, mormente em se tratando de acesso aos direitos fundamentais.

²¹⁰ STF – RE 158.655/PA. Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 02/05/1997.

²¹¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebneichler. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 147.

²¹² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.

6.1.2 Efetivação de direitos fundamentais e a ação de improbidade administrativa

Para Humberto Theodoro Jr.²¹³ explica com propriedade a maneira de se efetivar da tutela jurisdicional por meio do processo (de maneira geral), que é programado para proporcionar aos tutelados a satisfação efetiva de seu direito subjetivo, mediante resultados práticos que correspondam à satisfação da tutela ali pretendida, ou, que de modo alternativo se compensem por equivalentes econômicos (no caso do processo civil).

Com base em pressupostos processuais, pode-se conferir maior presteza na efetivação dos direitos fundamentais, inclusive quando da execução da norma de sentença nos processos de improbidade administrativa.

Importante firmar os conceitos de eficácia, compreendida como uma conformidade dos comportamentos ao conteúdo normativo, pelo que, se distingue de efetividade, que refere-se à implementação da finalidade da norma, ou seja, representa a concretização do sentido abstrato do enunciado normativo²¹⁴. Nesse sentido, se uma determinada lei é criada com a finalidade de combater a corrupção, essa efetivar-se-á quando atos ímprobos forem coibidos.

Mais especificamente para o tema em análise, a Constituição Federal brasileira de 1988, no §4º do art. 37²¹⁵ trouxe as penalidades aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa, o que foi regulamentado no art. 12 da lei nº 8.429/1992, inclusive no sentido de que as sanções penais, civis, administrativas e políticas não concorrem umas com as outras²¹⁶.

A jurisprudência já teve a oportunidade de pacificar vários entendimentos, inclusive sumulados, com efeito vinculante, como a súmula de nº 13 do Superior Tribunal

²¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 56, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2904>>. Acesso em 02 de agosto de 2017.

²¹⁴ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994. P.46/47

²¹⁵ **§ 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.**

²¹⁶ **Art. 12.** Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

Federal²¹⁷, e a súmula n° 282 do Tribunal de Contas da União ²¹⁸, a fim de conferir maior moralidade à administração pública, que, por conseguinte tornam a gestão mais eficiente.

De certo, os atos de improbidade podem ser dos mais diversos possíveis, mas, importa que, quanto maior o prejuízo material ocasionado pelo ato combatido, maior será a extensão dos prejuízos aos direitos fundamentais que dependam de recursos públicos para se efetivar. Ora, se há desvio de verba pública destinada a promoção de direitos humanos e sociais, inegavelmente, o combate à tais atos de improbidade/corrupção fará com que direitos dessa natureza se efetivem.

Especial destaque deve ser dado ao fato de que, quanto maior for o nível do gestor na hierarquia estatal, maior serão os prejuízos causados por seus atos ímprobos, mormente, pela deterioração mais intensa dos valores democráticos que deveriam ser observados por tais agentes públicos, tendo em vista o grau de perniciosidade dado aos seus atos.

Paradoxalmente, no Brasil, quanto maior o nível do agente público (precipualemente os agente políticos) maior o nível de “blindagem” que lhes são atribuídas, como o foro por prerrogativa de função, contudo, se observado fosse a moralidade administrativa, deveria se ter uma inversão, isto é, quanto maior o grau de complexidade do cargo do agente público, menor sua proteção, de modo que o controle sobre seus atos seria facilitado, assim como sua responsabilização.

Desse modo, o discurso de intolerância em face de atos que acarretem em improbidade administrativa há de ser sempre no sentido de simultaneidade com o discurso de defesa dos direitos fundamentais.

Pelo que, havendo um maior controle, seja por parte do Estado, administrativamente, ou do Poder Judiciário, e até mesmo da sociedade civil, em fiscalizar, cobrar e punir seus agentes ímprobos, será o Estado capaz de entregar, com maior efetividade

²¹⁷ A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

²¹⁸ As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.

as prestações sociais de que é responsável, já que a máquina pública será mais eficiente, cumprindo então os preceitos constitucionais insculpidos no art. 37 da Carta Magna.

Leve-se em conta ainda que o ressarcimento ao erário tem regramento especial no que tange à prescrição (vide item 5.1.2.2), o que denota a importância que se dá à busca dos recursos públicos frutos da malversação na gestão da coisa pública, com vistas a propiciar maior capacidade (no sentido de dar efetividade) na prestação da atividade administrativa, que tem como fim a satisfação da coletividade social.

Outra discussão que há de ser posta, é a que concerne na destinação e utilização dos recursos oriundos das ações de improbidade administrativa (ponto nefrálgico do presente trabalho), seja em sede de ressarcimento ao erário, seja pela perda de bens ou valores havidos ilicitamente, ressarcimento integral do dano, ou pagamento de multa civil.

O art. 18 da Lei 8.429/92 somente determina que os recursos oriundos das ações de improbidade administrativa sejam revertidos em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito, entretanto, não há nenhuma menção legislativa no sentido de que aqueles recursos oriundos de determinado ilícito sejam aplicados para a reparação do dano especificamente causado pelo ato ímprobo.

Assim, vê-se que o diploma normativo é genérico, o que somente obriga a destinação dos recursos para o ente político ou entidade diretamente lesada, sem que haja uma vinculação na aplicação desses recursos. Ou seja, se há uma lesão ao erário no âmbito estadual, os recursos financeiros recuperados entram no orçamento geral do estado de forma genérica, bem como, se no âmbito da União, os recursos vão para a conta do Tesouro Nacional, podendo ser utilizado em diversas ações orçamentárias, o que dá então ao gestor total liberdade em sua utilização.

De outro norte, há de se sopesar que se houver obrigatoriedade vinculada na destinação dos recursos oriundos das ações de improbidade, poder-se-ia estar criando uma limitação na discricionariedade do gestor público, o que poderia acarretar na sua má aplicação (v.g. se houver uma prévia determinação que os recursos fruto das ações de improbidade sejam aplicados nas pastas de que decorrerá o ato ímprobo, ou seja, se a lesão ocorrerá no âmbito da secretaria de educação de um determinado município, não se poderia aplicar os referidos recursos para a saúde, o que certamente prejudicaria a própria gestão da coisa pública).

De todo modo, há uma especial solução existente na legislação, sendo a que permite a criação de um fundo especial destinado exclusivamente a receber o produto das receitas especificadas por lei, com objetivos ou serviços previamente determinados, sendo tal possibilidade insculpida no art. 71 da Lei 4.320/64.

Isto é, há a possibilidade de se criar um fundo especial para receber os recursos que fossem fruto das ações de improbidade administrativa (em geral ou específico), vinculando a destinação dessa verba para a promoção e efetivação dos mais variados direitos. A título de exemplo, para se fazer efetivar direitos fundamentais, como saúde, educação, lazer, etc., em uma determinada ação de improbidade administrativa, poderia o magistrado determinar a destinação dos recursos dali oriundos para um fundo especificamente criado, de onde se retiraria a verba para serem usados a fim de oportunizar a efetivação dos referidos direitos.

Sendo, ao que parece, a melhor opção, uma vez que não se deixariam os recursos frutos da ação de improbidade administrativa à total liberdade do gestor público, mas também, não o vincularia de forma excessiva, garantindo assim uma maior segurança na utilização desses recursos públicos.

6.2 Estatística das ações de improbidade administrativa no âmbito da subseção da justiça federal de Natal/RN

Em interessante pesquisa realizada entre os anos de 2008 e 2013, se demonstrou que das 234 ações por improbidade administrativa julgadas na subseção de Natal, da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte da Justiça Federal, 69% (162 ações) foram julgadas procedentes e resultaram em condenação dos envolvidos, o que demonstra uma elevada taxa de “sucesso” do Ministério Público Federal no combate à corrupção, os dados foram levantados pelo então estudante de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Isaac Morel Marinho, e apresentados em seu trabalho de conclusão do curso de Direito (TCC)²¹⁹.

Das 551 ações de improbidade administrativa ajuizadas entre os anos de 2008 e 2013, na já citada seção judiciária, 42,5% (234) foram julgadas em primeira instância, das

²¹⁹ MARINHO, Isaac Morel. **A eficácia da lei de improbidade administrativa (lei nº 8.429/92) no âmbito da justiça federal do rio grande do norte**. UFRN 2013.

quais 162 resultaram em algum tipo de condenação dos envolvidos nos atos de improbidade, e 72 foram julgadas improcedentes.

A pesquisa traz a estatística dividida por cada uma das varas que julgam as referidas ações na capital potiguar (1ª, 4ª e 5ª), além de dados obtidos junto o Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por ato de Improbidade Administrativa - CNIA, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)²²⁰. Saliente-se que o web site é mantido pelo CNJ e pode ser acessado por qualquer cidadão, trazendo informações detalhadas sobre cada processo, com a relação dos tipos de atos que ensejaram o processo, as penalidades impostas, se houve trânsito em julgado, o valor do ressarcimento do dano, valores pagos por multa.

Das 162 ações julgadas procedentes em primeira instância, 77 transitaram em julgado, sendo que 36 dessas incluíam atos de improbidade que resultaram em danos ao erário, 32 em violação aos princípios da administração pública, e 18 em enriquecimento ilícito.

Das sanções impostas aos condenados nos 77 processos que transitaram em julgado, o pagamento de multa foi imposto em 70 condenações. A suspensão dos direitos políticos em 64 condenações. Já a proibição de contratar e receber quaisquer benefícios do Poder Público em 59 processos. O ressarcimento integral do dano em 41, e a perda da função pública em 19.

Entretanto, as já referidas 77 ações de improbidade administrativa procedentes que transitaram em julgado, representam apenas 14% do número de ações ajuizadas no período de 2008 a 2013. O que faz demonstrar que um dos principais problemas enfrentados para uma efetiva prestação jurisdicional, e eficiente aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, é a morosidade processual, seja por falta de capacidade de processamento, seja pelos inúmeros recursos processuais que permeiam o ordenamento jurídico pátrio.

Quando da pesquisa, esta indicou que das ações procedentes em primeira instância, 52,5% ainda estão em trâmite ou tiveram a condenação afastada pelas instâncias superiores. Pelo que se conclui que a demorada tramitação processual resulta na baixa eficiência do sistema em aplicar as cominações legais trazidas pela Lei 8.429/92.

²²⁰ Disponível em http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/consultar_requerido.php_consulta realizada em 05.12.2017 às 15:42.

Importante ressaltar que os números trazidos na pesquisa são a tradução de como o Poder Judiciário é ineficiente em aplicar a Lei de Improbidade Administrativa, o que acarreta um baixo número de reais sanções aplicadas aos condenados, o que, diante disso, apesar de mais de 20 anos de vigências da Lei, o que faz levar à sociedade brasileira um forte sentimento de impunidade vivenciado hodiernamente, e diariamente noticiados nas páginas jornalísticas.

O estudo aponta ainda outro prejuízo decorrente também da morosidade processual, que devido ao longo período de tempo entre o ajuizamento e o trânsito em julgado, muitas das vezes os envolvidos não mais se encontram no cargo que ocupavam, o que torna inócua a sanções da perda da função pública.

Outro dado trazido na pesquisa são as causas mais comuns para os julgamentos por improcedência das ações de improbidade em primeira instância: 1) a não comprovação de má-fé ou ausência de elemento subjetivo, citada pelos magistrados em 39 das 72 decisões; 2) a não comprovação da ocorrência de ato ímprobo, referida em 23 processos; 3) não comprovação de efetivo dano ao erário, em 24 processos; 4) o ato praticado configura mera irregularidade, em 10 processos; 5) a prescrição declarada em 8 casos.

Tais números refletem os obstáculos à efetivação da responsabilização dos gestores que cometem atos ímprobos, como sendo a dificuldade de obtenção de provas contra os acusados. O que sugere uma maior harmonia na atuação dos órgãos fiscalizadores (MPF, CGU, TCU, Receita Federal, etc.), e que seria uma forma de aumentar mais a taxa de sucesso das ações de improbidade.

O citado autor sugere como alternativa de melhoria a especialização das varas judiciais, destinando-as a cuidar exclusivamente de casos que envolvam ações de improbidade administrativa, colocando que tal possibilitaria a melhoria não apenas no trâmite processual, mas também na qualidade das decisões, permitindo, conseqüentemente, maior eficácia na aplicação das sanções concernentes às ações de improbidade administrativa.

Como a Lei de Improbidade Administrativa veio regulamentar um item da Constituição Federal brasileira de 1988, que trata das sanções aos atos de improbidade administrativa, e estabeleceu os tipos legais enquadrados como conduta ímproba, é um instrumento importantíssimo na apuração da responsabilidade e na punição dos autores dessas condutas, bem como, no ressarcimento do dano causado aos cofres públicos.

As ações de improbidade que tramitam na Justiça Federal, discutem o emprego adequado das verbas repassadas pela União aos municípios e aos estados, recursos estes que financiam grande parte de ações governamentais. De acordo com informações do Tesouro Nacional, os repasses para o Rio Grande do Norte somaram 2,8 bilhões de reais no ano de 2013.

Assim, os números trazidos na pesquisa demonstram que o Poder Judiciário está aquém da capacidade de processar e julgar os agentes ímprobos (terceiros ou não), mesmo tendo como ferramenta a Lei de Improbidade Administrativa, com suas sanções efetivamente disciplinadoras.

7 CONCLUSÃO

Conclui-se então com o presente trabalho que houve significativa evolução no ordenamento jurídico brasileiro, a saber, principalmente, no que tange a forma como são aplicadas as normas a ele disponíveis. Isto é, quando no Estado baseado unicamente no positivismo jurídico, tinha-se no centro do ordenamento jurídico o Código Civil, no caso brasileiro o de 1916, onde os litígios eram solucionados pela simples subsunção dos fatos à norma, e os princípios eram tidos como terceira fonte de embasamento para resolução de conflitos. A partir da evolução para um Estado Democrático de Direito (Constitucional, ou Transnacional, ou até mesmo Global), fundado na constitucionalização dos direitos em geral, operou-se uma mudança de paradigma, para agora, constitucional principiológica (sistêmica).

Assim, os princípios passaram a ser a primeira fonte, valorativa, a embasar a solução dos mais difíceis casos, através da ponderação dos valores em litígio, dando-se primordial importância ao intérprete e à hermenêutica jurídica.

Dessa forma, a constitucionalização do direito, em sentido *lato*, serviu para conferir maior segurança ao ordenamento jurídico enquanto sistema. Sobretudo, no caso sob estudo, o controle da administração pública, seja por qual via se efetive, que busca limitar e controlar os atos dos gestores públicos enquanto na Administração Pública, bem como daqueles que venham a tratar com a mesma (que são os terceiros).

A partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, aclamado como “super princípio”, e atualmente em grande voga, é possível se justificar qualquer argumentação jurídica que favoreça aos direitos fundamentais, como no caso em tela, pode-se justificar que a sociedade efetue o controle sobre a administração pública para evitar a corrupção e a má administração de recursos, com vistas a garantir sua dignidade, efetivando os direitos fundamentais dos cidadãos que a compõe.

Já a partir de uma análise objetiva, pode-se justificar que o controle externo popular da administração pública como um direito fundamental, ou seja, alisando-se partir dos requisitos básicos para se identificá-lo como tal, se pode concluir: que o direito fundamental ao controle popular é formalmente um direito constitucional, pois trazido pela Constituição Federal brasileira de 1988, guarda relação entre os sujeitos Estado e indivíduo, e tem a finalidade de limitar a atuação estatal como objetivo da sociedade, de controlar/limitar sua atuação em face de garantir maiores benefícios em favor dos cidadãos.

Desta forma, há de se observar que a partir do momento que se dá maior importância aos princípios norteadores do Direito, incluídos, ou não, no texto constitucional, cresce também a valoração dada aos direitos fundamentais ali colocados, demonstrando-se o avanço da sociedade sob a égide daquela norma.

No caso da sociedade brasileira, é claro o avanço normativo constitucional a partir da Constituição Federal de 1988, que expressamente determina que as normas que definem direitos fundamentais tem aplicação imediata, o que tradu-se na força normativa dos princípios.

Entretanto, há uma clara deficiência em sua aplicabilidade, seja por negligência do legislador ordinário, ou pela falta de eficiência na atuação do Poder Público, que traz ao Poder Judiciário, enquanto protetor da Constituição, uma enorme responsabilidade, culminando em um crescimento de demandas a ele posta, bem como pela posição positiva (ativa) a qual vem tomando, o que denota o surgimento de um ativismo judicial, de certa forma exacerbado. De todo modo, o Poder Judiciário tem também sua parcela de culpa, quando deixa de atuar com a devida eficiência, tornando os processos demasiadamente morosos, fato notório na vida de qualquer cidadão brasileiro que experimente ir aos bancos dos Tribunais pátrios, o que prejudica sobremaneira a efetivação de qualquer direito.

Já em relação à ação de improbidade administrativa, é claramente um meio de controle da sociedade em face dos gestores públicos, e contra aqueles terceiros que pretendem fazer mau uso da coisa pública, a fim de limitar a corrupção estatal, na tentativa de perfazer a entrega aos cidadãos os famigerados direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Assim como, a ação de improbidade administrativa tem um viés por demais importante, que é coibir a má administração pública, punindo o gestor desonesto, retirando-o dos quadros públicos, garantindo assim a lisura que exigida com a coisa pública. De certo modo, tal conduta pode, por via transversa, fazer com que sejam efetivados direitos fundamentais, haja vista que, em tese, aqueles que compõem os quadros públicos agem com a devida probidade, o que garante a boa administração pública (vide tópico 5.1.5).

Diante de tantos avanços, é indispensável que a Lei de Improbidade Administrativa seja aplicada a todos os agentes públicos, indistintamente da natureza do cargo que ocupa, nos termos do seu texto e do texto Constitucional. Para tanto, basta que haja um

melhor posicionamento do Supremo Tribunal Federal e atuação ética dos parlamentares em aprovar os projetos de lei que regulamentam sua distinção dos crimes de responsabilidade, o que, de certo, conferirá maior segurança jurídica à tutela do patrimônio público, e bem da sociedade brasileira.

Em resposta aos quesitos postos na introdução desse trabalho, e que nortearam a presente pesquisa, não de serem respondidos objetivamente. Fora concluído então que não há como se comprovar a efetivação de direitos fundamentais diretamente por meio da ação de improbidade administrativa, haja vista que não existe na legislação pátria qualquer norma que determine a destinação específica dos recursos oriundos da referida ação, havendo somente a possibilidade de criação de fundos que podem, acaso seja determinado pelo judiciário, receberem tais recursos para serem assim destinados. Entretanto, restou concluído, como anteriormente aqui já exposto, que direitos fundamentais são efetivados em razão da ação de improbidade administrativa, mas, por via indireta, reflexa, tendo em vista seu caráter educativo e punitivo.

Propositivamente, há de se expor críticas ao sistema jurisdicional, que poderia firmar normas a fim de melhor garantir a aplicação dos recursos oriundos das ações de improbidade administrativa, haja vista que a legislação citada somente determina a destinação dos recursos para o ente (político ou instituição) que fora lesado, deixando a cargo do gestor que lá estiver quando do recebimento sua melhor aplicação. Desse modo, acaso fosse determinado a criação de um fundo especial que tivesse por finalidade receber tais recursos, a fim de sejam aplicados de modo que sejam beneficiados/oportunizados a melhoria dos direitos fundamentais, a sentir, se teria maior segurança e eficiência na aplicação dos referidos recursos (vide item 6.1.2).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Malheiros, São Paulo: 2008.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck – 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro Constantin Tolens. 5 ed. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em 15/01/2018 às 11:53.

BETTIOL, Giuseppe. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.

BICHARA, Jahyr-Philippe. **Lições de cidadania: a defesa dos direitos fundamentais no Rio Grande do Norte**. Natal: EDUFRN, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: Por um Direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, MENDES, Gilmar ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24° ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa**. 1 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v.5.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. CUNHA, Ageu Florêncio. **Questões práticas sobre improbidade administrativa**. Brasília: ESMPU, 2011.

DUARTE JR, Ricardo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DUARTE, Écio Oto Ramos, POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as fases da teoria em tempos de interpretação moral da constituição**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de, *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madri: Civitas, 1995.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: Subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. 5 ed. r. a. Ed. Nova Fronteira. Rio de Janeiro, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FIGUEROA, Afonso García. **A teoria do direito em tempos de constitucionalismo**. Tradução de Eduardo Moreira. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Emerson, ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. **Dos Estados de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções**. 1. ed. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebneichler. v.1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. In Temas Fundamentais do direito constitucional. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LIMA, George Marmelstein, **A hierarquia entre princípios e a colisão de normas constitucionais**, disponível em: <https://jus.com.br/imprimir/2625/a-hierarquia-entre-principios-e-a-colisao-de-normas-constitucionais>, acesso em 20 de novembro de 2017 às 09:51.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARINHO, Isaac Morel. **A eficácia da lei de improbidade administrativa (lei nº 8.429/92) no âmbito da justiça federal do rio grande do norte**. UFRN, 2013.

MARTINS, Leonardo; DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

_____. **Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social**. Revista de Direito Público, nº 57-58. 1981

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 3 ed. Ver. E atul. Coimbra, 1991.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins fontes. 2006.

_____. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1994.

NOBRE JR. Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito eleitoral: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf, acesso em 20 de novembro de 2017 às 11:01.

SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da corrupção**. São Paulo: Transparência Brasil, 2001. Disponível em <http://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf>, acesso em 11 de janeiro de 2018 às 09:56.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VIANNA, José Ricardo Alvares. **Considerações iniciais sobre semiótica jurídica**. Brasília: Revista CEJ. Ano XIV, nº 51, p. 115-124. 2010. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/114828>, acesso em 06 de janeiro de 2018 às 12:06.

WATANABE, Kazuo. **Novas atribuições do judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009. Disponível em <https://pt.scribd.com/document/111957599/Kazuo-Watanabe-Acesso-a-justica-e-Poder-Judiciario>, acesso em 04 de janeiro de 2018 às 10:37.

ANEXO A - INFORMATIVO Nº 471 DO STF

Improbidade Administrativa e Competência – 5

O Tribunal concluiu julgamento de reclamação proposta pela União contra o Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e contra o relator da apelação interposta perante o TRF da 1ª Região, na qual se alegava usurpação da competência originária do STF para o julgamento de crime de responsabilidade cometido por Ministro de Estado (CF, art. 102, I, c) - v. Informativos 291, 413 e 457. Na espécie, o juízo federal de 1ª instância julgara procedente pedido formulado em ação civil pública por improbidade administrativa e condenara o então Ministro-Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República nas penalidades do art. 12 da Lei 8.429/92 e do art. 37, § 4º, da CF, em virtude da solicitação e utilização indevidas de aeronaves da Força Aérea Brasileira - FAB, bem como da fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica. [Rcl 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel.p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13.6.2007. \(Rcl-2138\)](#)

Improbidade Administrativa e Competência – 6

Inicialmente, o Tribunal, por maioria, rejeitou a preliminar de prejudicialidade, tendo em conta que o réu daquela ação, apesar de cessada sua investidura como Ministro de Estado, atualmente seria chefe de missão diplomática de caráter permanente, mantendo, por isso, a prerrogativa de ser julgado perante o Supremo, por força do disposto no art. 102, I, c, da CF ("Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal...: I - processar e julgar, originariamente: ... c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade... os chefes de missão diplomática de caráter permanente;"). Vencidos, no ponto, os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que acolhiam a preliminar, sob os fundamentos de ausência de tipo legal relativamente a chefe de missão diplomática e de, considerada a jurisprudência do STF no sentido de que a legitimidade ativa para denúncia por crime de responsabilidade é do Ministério Público Federal, ter este sustentado a inexistência de crime de responsabilidade. Em seguida, o Tribunal, também por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Min. Marco Aurélio, no sentido de sobrestar o julgamento da reclamação para aguardar-se o pregão de outro processo em que se tivesse a possibilidade de participação do Colegiado atual. Vencidos, quanto a essa questão, os Ministros Marco Aurélio, Joaquim

Barbosa e Celso de Mello. [Rcl 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13.6.2007. \(Rcl-2138\)](#)

Improbidade Administrativa e Competência - 7

Quanto ao mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação para assentar a competência do STF para julgar o feito e declarar extinto o processo em curso no juízo reclamado. Após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF, quais sejam, o do art. 37, § 4º, regulado pela Lei 8.429/92, e o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c, da CF e disciplinado pela Lei 1.079/50, entendeu-se que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, c, da CF. Vencidos, quanto ao mérito, por julgarem improcedente a reclamação, os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello, estes acompanhando o primeiro, Sepúlveda Pertence, que se reportava ao voto que proferira na ADI 2797/DF (DJU de 19.12.2006), e Joaquim Barbosa. O Min. Carlos Velloso, tecendo considerações sobre a necessidade de preservar-se a observância do princípio da moralidade, e afirmando que os agentes políticos respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados nas respectivas leis especiais (CF, art. 85, parágrafo único), mas, em relação ao que não estivesse tipificado como crime de responsabilidade, e estivesse definido como ato de improbidade, deveriam responder na forma da lei própria, isto é, a Lei 8.429/92, aplicável a qualquer agente público, concluía que, na hipótese dos autos, as tipificações da Lei 8.429/92, invocadas na ação civil pública, não se enquadravam como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079/50 e que a competência para julgar a ação seria do juízo federal de 1º grau. [Rcl 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13.6.2007. \(Rcl-2138\)](#)

Improbidade Administrativa e Competência - 8

O Min. Joaquim Barbosa acompanhou o voto vencido do Min. Carlos Velloso quanto à conclusão de que os fatos em razão dos quais o Ministério Público Federal ajuizara a ação de improbidade não se enquadravam nas tipificações da Lei 1.079/50 e de que não seria aplicável, portanto, o art. 102, I, c, da CF. Em acréscimo a esses fundamentos, asseverava, também, a existência, no Brasil, de disciplinas normativas diversas em matéria de improbidade, as quais, embora visando à preservação da moralidade na Administração Pública, possuiriam objetivos constitucionais diversos: a específica da Lei 8.429/92, que disciplina o art. 37, § 4º, da CF, de tipificação cerrada e de incidência sobre um amplo rol de possíveis acusados, incluindo até mesmo pessoas que não tenham vínculo funcional com a Administração Pública; e a referente à exigência de probidade que a Constituição faz em relação aos agentes políticos, especialmente ao Chefe do Poder Executivo e aos Ministros de Estado (art. 85, V), a qual, no plano infraconstitucional, se completa com o art. 9º da Lei 1.079/1950. Esclarecia que o art. 37, § 4º, da CF traduziria concretização do princípio da moralidade administrativa inscrito no caput desse mesmo artigo, por meio do qual se teria buscado coibir a prática de atos desonestos e antiéticos, aplicando-se, aos acusados as várias e drásticas penas previstas na Lei 8.429/92. Já o tratamento jurídico da improbidade prevista no art. 85, V, da CF e na Lei 1.079/50, direcionada aos fins políticos, ou seja, de apuração da responsabilização política, assumiria outra roupagem, porque o objetivo constitucional visado

seria o de lançar no ostracismo político o agente político faltoso, cujas ações configurassem um risco para o estado de Direito; a natureza política e os objetivos constitucionais pretendidos com esse instituto explicariam a razão da aplicação de apenas duas punições ao agente político: perda do cargo e inabilitação para o exercício de funções públicas por 8 anos. Dessa forma, estar-se-ia diante de entidades distintas que não se excluiriam e poderiam ser processadas separadamente, em procedimentos autônomos, com resultados diversos, não obstante desencadeados pelos mesmos fatos. Salientando que nosso ordenamento jurídico admitiria, em matéria de responsabilização dos agentes políticos, a coexistência de um regime político com um regime puramente penal, afirmava não haver razão para esse mesmo ordenamento impedir a coabitação entre responsabilização política e improbidade administrativa. Entendia que eximir os agentes políticos da ação de improbidade administrativa, além de gerar situação de perplexidade que violaria os princípios isonômico e republicano, seria um desastre para a Administração Pública, um retrocesso institucional. Por fim, considerava que a solução então preconizada pela maioria dos Ministros, ao criar nova hipótese de competência originária para o Supremo (CF, art. 102), estaria rompendo com a jurisprudência tradicional, segundo a qual a competência da Corte só poderia ser estabelecida mediante norma de estatura constitucional, sendo insuscetível de extensões a situações outras que não as previstas no próprio texto constitucional. Destarte, a ação proposta deveria ter seu curso normal perante as instâncias ordinárias. [Rcl 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13.6.2007. \(Rcl-2138\)](#)

Improbidade Administrativa: Parlamentar e Trânsito em Julgado

O Tribunal resolveu questão de ordem suscitada em petição no sentido de determinar o retorno dos autos ao juízo estadual de origem. Na espécie, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizara ação civil pública contra o então prefeito de São Paulo e outros, objetivando a aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92 e o ressarcimento de prejuízos causados aos cofres do Município de São Paulo. Na fase de execução da sentença, um dos condenados peticionara ao juízo da execução, requerendo a extinção do processo sem julgamento do mérito e/ou a remessa dos autos ao Supremo, em razão da sua eleição para o cargo de Deputado Federal, sustentando a tese de que os agentes políticos que respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados no Decreto-Lei 201/67 não se submeteriam à Lei de Improbidade (Lei 8.429/92), sob pena de ocorrência de bis in idem. O juízo da execução remetera os autos ao Supremo, por considerar que, com a eleição, teria sido deslocada para esta Corte a competência para a execução da sentença. Considerou-se que, além de a tese sustentada pelo parlamentar não poder prosperar, tendo em conta o entendimento no sentido de não existir crime de responsabilidade de parlamentar, em razão do trânsito em julgado da sentença condenatória, e não havendo a possibilidade de rediscussão da matéria apenas porque o requerido fora eleito Deputado Federal, não caberia ao Supremo a competência para meramente promover os atos de execução. O Min. Joaquim Barbosa, relator, reiterou, também, todos os fundamentos por ele expendidos no julgamento da Rcl 2138/DF, acima relatados, e, neste ponto, foi acompanhado somente pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Celso de Mello. [Pet 3923 QO/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 13.6.2007. \(Pet-3923\)](#)

ANEXO B - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2797

Origem: **DISTRITO FEDERAL** Entrada no STF: **27/12/2002**
 Relator: **MINISTRO MENEZES DIREITO** Distribuído: **20030225**
Requerente: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO
 Partes: **PÚBLICO - CONAMP (CF 103, 0IX)**
Requerido :PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA CONGRESSO NACIONAL

Dispositivo Legal Questionado

Art. 1º da Lei 10.628, de 24 de dezembro de 2002.

Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002.

Altera a redação do art. 084 do Decreto

Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

Art. 1º - O art. 84 do Decreto-Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.

"Art. 084 - 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.

§ 001º - 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.

§ 002º - A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8429, de 02 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 § 001º."

Art. 2º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO C - NOTÍCIAS DO STF

Quinta-feira, 23 de novembro de 2017

Suspensão julgamento sobre restrição a foro por prerrogativa de função de parlamentares federais

Pedido de vista do ministro Dias Toffoli, apresentado na sessão desta quinta-feira (23), suspendeu o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal (AP) 937, na qual o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) discute a possibilidade de restringir o alcance do foro por prerrogativa de função conferido aos parlamentares federais. Até o momento, oito ministros proferiram voto na matéria, seis acompanhando o entendimento do relator, ministro Luís Roberto Barroso, no sentido de que o foro se aplica apenas a crimes cometidos no

exercício do cargo e em razão das funções a ele relacionadas. O ministro Alexandre de Moraes divergiu parcialmente, pois, segundo seu voto, o foro deve valer para crimes praticados no exercício do cargo, mas alcançando todas as infrações penais comuns, independentemente de se relacionaram ou não com as funções do mandato.

A AP 937 trata do caso do ex-deputado federal Marcos da Rocha Mendes, acusado de corrupção eleitoral (compra de votos) quando era candidato à prefeitura de Cabo Frio (RJ). O entendimento do relator foi de que o caso deveria voltar à primeira instância, que já havia finalizado a instrução processual, uma vez que o réu não é mais detentor de foro por prerrogativa de função no STF.

O julgamento da AP teve início em 31 de maio último, quando o relator propôs alterar o entendimento relativo ao foro por prerrogativa de função. A tese do ministro diz que “o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas. Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”.

Na sequência do julgamento, o ministro Alexandre de Moraes pediu vista dos autos. Na ocasião, adiantaram seus votos, acompanhando o relator, as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia. O ministro Marco Aurélio apenas divergiu quanto à parte final da tese. Para ele, caso a autoridade deixe o cargo, a prerrogativa cessa e o processo-crime permanece, em definitivo, na primeira instância da Justiça.

Voto-vista

Na sessão de hoje, em seu voto-vista, o ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator na parte que fixa o foro no STF apenas para os crimes praticados no exercício do cargo, após a diplomação, valendo até o final do mandato ou da instrução processual. Para ele, estender a prerrogativa para alguém que praticou crime antes de ser parlamentar afasta a relação com a finalidade protetiva do mandato, objetivo da prerrogativa, que é voltada para proteção institucional. “É uma prerrogativa do Congresso, e não de quem sequer sabia que um dia seria congressista”, resumiu o ministro.

Contudo, divergiu na parte em que o relator fixa o foro apenas para os delitos que tenham relação com as funções de parlamentar. Para Moraes, o texto constitucional não deixa margem para que se possa dizer que o julgamento das infrações penais comuns praticadas por parlamentares não seja de competência do STF. Nesse sentido, o ministro salientou que a expressão “nas infrações penais comuns”, contida no artigo 102 (inciso I, alínea ‘b’), alcança todo tipo de infrações penais, ligadas ou não ao exercício do mandato.

Ministro Fachin

Ao acompanhar integralmente o relator, o ministro Edson Fachin salientou, entre outros pontos, que o princípio do duplo grau de jurisdição é atingido pela cláusula de prerrogativa de foro. Lembrou algumas das justificativas dadas para sustentar o instituto – como a de que os tribunais superiores seriam mais isentos e menos influenciáveis, e como forma de inibir demandas abusivas contra parlamentares – para concluir que essas justificativas não são compatíveis com a Constituição, uma vez que o julgamento imparcial e independente é direito de todos os cidadãos.

Ministro Luiz Fux

O ministro Luiz Fux também acompanhou integralmente o relator. A leitura do texto constitucional, para o ministro, indica que a competência do Supremo é preservada quando o ato ilícito é praticado no exercício do cargo e em razão do cargo. O ministro disse que tem também preocupação com as declinações de foro, concluindo que é preciso que os casos tenham seu juízo próprio, e que ao Supremo sejam reservados apenas os ilícitos cometidos no cargo e em razão dele.

Ministro Celso de Mello

O decano do STF, ministro Celso de Mello, destacou em seu voto que existem cerca de 800 autoridades com prerrogativa de foro apenas no Supremo, entre autoridades do Executivo, militares, ministros de tribunais superiores e outros. Revelando ser um defensor da supressão de todas as prerrogativas em matéria criminal, por entender que todos os cidadãos devem estar sujeitos à jurisdição comum de magistrados de primeira instância, o ministro

lembrou que, no início do julgamento da AP 470, em agosto de 2012, já havia manifestado seu entendimento no sentido de que a prerrogativa merecia uma nova discussão.

Para o decano, deve-se reconhecer, mediante legítima interpretação do texto constitucional, que a prerrogativa só deve se aplicar a delitos praticados na vigência da titularidade funcional e que guarde íntima conexão com o desempenho das atividades inerentes ao referido cargo ou mandato. Com esses fundamentos, o ministro acompanhou integralmente o voto do relator.