

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

MARCIO SÁ ARÁUJO

***IN DUBIO PRO SOCIETATE* E A DECISÃO DE RECEBIMENTO DA PETIÇÃO
INICIAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

BRASÍLIA-DF

2020

MARCIO SÁ ARAÚJO

***IN DUBIO PRO SOCIETATE E A DECISÃO DE RECEBIMENTO DA PETIÇÃO
INICIAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes

BRASÍLIA-DF

2020

MARCIO SÁ ARAÚJO

***IN DUBIO PRO SOCIETATE E A DECISÃO DE RECEBIMENTO DA PETIÇÃO
INICIAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

28 de setembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Gilmar Ferreira Mendes
Instituto Brasiliense De Direito Público

Paulo Gustavo Gonet Branco
Instituto Brasiliense De Direito Público

Roberto Carvalho Veloso
Universidade Federal do Maranhão

A Valdélia Campos, Marcio Jr e Marcia Teresa,
que me ensinaram o verdadeiro significado do amor.

A Marcelino Ramos Araújo e Rosa de Lima
Araújo, *in memoriam*, a quem tenho muita gratidão

AGRADECIMENTOS

A Marcelino Ramos Araújo e Rosa de Lima de Araújo, por terem provido o meu sustento e me orientarem no caminho de respeito para com os outros;

A Edna Araújo, referência para mim;

Aos meus familiares e amigos, que me ajudaram na jornada;

Ao professor Gilmar Mendes e sua assessoria, pelo grande aprendizado e lições valiosas hauridas;

Aos professores Paulo Gonet e Marilda Silveira, que tantos conhecimentos compartilharam comigo;

Aos integrantes da equipe da 12ª Vara da Justiça Federal, que tanto me apoiaram;

Aos meus professores de todos os graus;

Aos colegas juízes federais, com quem tenho orgulho de conviver;

A Nicolau Fahd, irmão que a vida me deu, com quem sempre aprendo, e aos amigos “Da Pesada”, Carlos Eduardo, Alan, Rofiho, Jaspers e Edil.

A Wanderléa, que tanto me ajudou;

A Lucas, José Trindade, William Buchmann, Raniere e demais colegas do Mestrado do IDP da Turma 2018.2.

Quando você ama, você não deve dizer: “Deus está no meu coração”, mas sim, “eu estou no coração de Deus”.

Khalil Gibran

RESUMO

Esta dissertação trata da aplicação do brocardo *in dubio pro societate* na decisão de recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa. O objetivo do estudo é analisar a compatibilidade da aplicação desse critério decisório com a exigência de um critério decisório que admita controle. O trabalho visa responder ao seguinte problema de pesquisa: existe descompasso entre a prática jurisdicional baseada no entendimento de que, no caso de dúvida, o juiz deve receber a petição inicial e a exigência de critério racional de decisão de admissibilidade da demanda? A hipótese de trabalho consiste na assertiva de que não há que se falar em aplicabilidade do aforisma *in dubio pro societate* perante tal situação, sem espaço para falar em dúvida, em face da necessidade de parâmetros aferíveis objetivamente no caso. A metodologia adotada consiste na revisão bibliográfica. Os objetivos do presente trabalho são: a) analisar a aplicabilidade do *in dubio pro societate* na fase inicial das ações de improbidade; b) investigar a compatibilidade do *in dubio pro societate* com a necessidade de critérios racionais na decisão de admissibilidade da demanda; c) analisar a atuação do Superior Tribunal de Justiça no juízo de filtragem da admissibilidade das demandas de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade. *In dubio pro societate*. Segurança jurídica.

ABSTRACT

This dissertation deals with the application of adage *in dubio pro societate* in the decision to receive the initial petition for the administrative improbity action. The objective of the study is to analyze the compatibility of the application of this decision criterion with the requirement of a decision criterion that admits control. The work aims to answer the following research problem: is there a mismatch between the jurisdictional practice based on the understanding that, in case of doubt, the judge should receive the initial petition and the requirement of a rational criterion for deciding the admissibility of the claim? The working hypothesis consists of the assertion that there is no need to talk about the applicability of the aphorism in *dubio pro societate* in the face of such a situation, with no room to speak in doubt, in view of the need for objectively measurable parameters in the case. The methodology adopted consists of a bibliographic review. The objectives of the present work are: a) to analyze the applicability of *in dubio pro societate* in the initial phase of improbity actions; b) to investigate the compatibility of *in dubio pro societate* with the need for rational criteria in deciding the admissibility of the demand; c) to analyze the performance of the Superior Court of Justice in the judgment of filtering the admissibility of demands for administrative improbity.

Keywords: Improbity. *In dubio pro societate*. Legal certainty.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 9 |
| 2 | IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEGURANÇA JURÍDICA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO | 19 |
| 2.1 | Responsabilidade por improbidade administrativa e segurança jurídica do administrador público | 19 |
| 2.2 | Improbidade administrativa como um modelo híbrido entre o direito penal e o direito civil | 45 |
| 3 | <i>IN DUBIO PRO SOCIETATE</i> EM AÇÕES NA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL EM AÇÕES DE IMPROBIDADE | 62 |
| 3.1 | Medida provisória 2.088-35, de 27 de dezembro de 2.000..... | 62 |
| 3.2 | <i>In dubio pro societate</i> como parâmetro inadequado para o recebimento da petição inicial da ação de improbidade..... | 65 |
| 4 | CONCLUSÃO | 85 |
| | REFERÊNCIAS..... | 88 |

1 INTRODUÇÃO

No bojo das discussões em ações de improbidade, é muito comum o argumento de que, no caso de dúvida, o magistrado deve receber a petição inicial. Tal linha de entendimento afigura-se em aparente contraponto com o rigor estabelecido na lei para juízo positivo de admissibilidade da inicial na hipótese, notadamente a exigência de critérios racionais de decisão como meio de controle. Essa dicotomia de critério decisório corporifica a problemática que motivou a presente dissertação.

O art. 17 da lei de improbidade, com as alterações realizadas pelas medidas provisórias 2.088/2000 e 2.225/2000, estabelece um rito processual próprio à ação. Cuida-se de procedimento com juízo de admissibilidade em duas fases, erigindo um verdadeiro microsistema processual, conforme será assentado posteriormente. Tal peculiaridade, em instituto jurídico tão relevante na dogmática do direito sancionador, anima o esforço de análise a respeito que ora se enceta.

A discussão ora exposta relaciona-se com aspectos relevantes, por não ser incomum que o administrador se defronte com situações de difícil compreensão que demandem decisões rápidas e controversas. A dúvida e incerteza pode estar presente no própria ambiente fático em que o agente deve atuar, tratando sobre questões intrincadas como, por exemplo, saúde, transporte e educação. Em voto lançado em 2006 nos autos da ADI 2.797, Gilmar Mendes (2018) já destacava que vivemos em uma sociedade extremamente pluralista e complexa, na qual é muito ampla a possibilidade de contestação às escolhas públicas.

Passada mais de uma década após tal julgamento, não seria exagero a assertiva de que a complexidade referida está maior ainda. Ilustrativo a respeito consiste na discussão relativa às medidas sanitárias determinadas pelas autoridades públicas no bojo da epidemia do coronavírus. Caso o administrador público seja levado às barras do Poder Judiciário, em face de atos administrativos praticados nessa ambiência, é discutível a assertiva de que a simples dúvida do julgador seria um elemento autorizador do desenvolvimento da ação repressiva.

Frise-se que, em caso de eventual aprovação do projeto de lei nº 10.887/2018¹, a tônica do estabelecimento de requisitos da petição inicial da ação de improbidade se tornará mais intensa. Mencionada proposição volta-se para a extinção da peculiaridade procedimental do juízo prévio da inicial. As propostas desse projeto são fruto de deliberações de comissão de

¹ A tramitação de tal projeto de lei encontra-se disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

juristas, presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mauro Campbel Marques, e instalada pela presidência da Câmara dos Deputados.

Uma das sugestões apontadas corresponde ao desaparecimento, na ação de improbidade, da fase prévia para recebimento da inicial. Não obstante isso, a propugnada extinção não implica atenuação das imposições legais para recebimento do libelo. Ao revés, a proposição legislativa incrementa os pressupostos para que o juiz dê passagem à petição inicial da ação de improbidade. Nessa hipótese, mesmo deixando de ter um rito especial, com a cessação da fase preliminar, a exigência de evitar ações temerárias se torna mais acentuada ainda.

É que tal proposta de reforma, além de robustecer o já notável paralelo entre a ação de improbidade e o processo penal, volta-se no sentido de majoração dos requisitos de admissibilidade da ação. De fato, o projeto de lei mantém inalterada a exigência de que a ação seja instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Além disso, referida proposição passa a estabelecer, de forma expressa, novas exigências para que o juiz defira a admissibilidade da inicial, como a descrição individualizada do comportamento dos requeridos. Nesse sentido, esta é a redação que se encontra plasmada no art. 17, § 3º, I, do mencionado documento: “§ 3º A petição inicial observará o seguinte: I – o autor deverá individualizar a conduta dos réus, apontando os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º a 11, desta lei, e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada”.

Isso é uma expressiva mudança no marco regulatório respectivo, visto que há precedentes jurisprudenciais que sustentam ser inexigível descrição pormenorizada da conduta para o recebimento da petição inicial de improbidade². A determinação legal de narração do comportamento de cada um dos demandados, com indicação de elementos probatórios, representaria incremento significativo do contraditório e da ampla defesa, levantando mais um óbice para ações de improbidade estéreis.

Assim, a proposta de alteração legislativa referida propugna o aumento dos pressupostos para o recebimento da petição inicial da ação de improbidade. A eventual ocorrência de tal mudança iria aumentar a incoerência entre a rigidez legal para que o juiz receba a inicial na hipótese e a prática jurisprudencial que aponta propensão pelo recebimento da petição inicial no caso de dúvida do órgão decisório. Assim, mantém-se a relevância da discussão sobre a

² À guisa de ilustração de tal linha jurisprudencial, pode ser citado TRF1, AG 1018288-47.2019.4.01.0000.

dúvida como elemento que chancela recebimento de inicial de improbidade, mesmo que cesse o duplo juízo de admissibilidade com a aprovação do projeto de lei 10.887/18.

Delineada a importância desse objeto, vislumbra-se que o desenvolvimento de estudo, fincado em perscrutação da literatura especializada, pode contribuir para o debate sobre tal tema apresentado. Tal proposta se justifica em face da considerável quantidade de decisões judiciais que tangenciam tal problemática, sendo necessário um criterioso e preciso recorte jurisprudencial.

Trata-se de esforço de investigação que auxiliará na exposição das aporias na aplicação das respectivas normas. Uma perplexidade que aparece, de forma clara, em vários arestos decorre da invocação da autoridade de uma figura jurídica que não tem previsão normativa. Cuida-se da aplicação da máxima *in dubio pro societate*³ no início do processo de improbidade, como parâmetro decisório em tal momento processual.

O esforço de pesquisa a respeito justifica-se em face dos seus significativos efeitos práticos. Nesse aspecto, merece foco a situação jurídica de quem fica no polo passivo de tais demandas. É que o réu, em ações dessa natureza, não tem as mesmas garantias que o sujeito passivo em ações criminais.

O demandado judicialmente por improbidade está sujeito a medidas judiciais que afetam significativamente o seu patrimônio jurídico. Nesse sentido, no caso de indisponibilidade de bens, o *periculum in mora* é considerado presumido, sendo desnecessário prova de dilapidação patrimonial (STJ, REsp 1.366.721/BA). Além disso, não se pode ignorar o risco de erro judiciário, os custos econômicos para que o requerido se defenda em juízo, bem como a lesão à imagem impingida pelo simples fato de figurar no polo passivo de uma demanda sancionatória administrativa.

Para que seja evitada a propositura temerária de ações de improbidade, é mister o atendimento de vários pressupostos. É necessário que não tenha ocorrido a prescrição, conforme os dizeres do art. 23 da Lei nº. 8.429/92, ressalvadas ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso, tendo em vista precedente em sede de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal (RE 852.475/SP). É imprescindível que a peça vestibular da ação não tenha descrição imprecisa, incerta, dos fatos, de molde que comprometa o direito de defesa.

Exige-se, ainda, que a exordial seja acompanhada de elementos indiciários mínimos a apontar a justa causa que embase a pretensão autoral ou exponha razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de tais elementos probatórios. Nesse sentido, convém destacar

³ Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 691.459.

que o art. 320 do Código de Processo Civil é assaz enfático em registrar que a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. Sobremais, tal ato processual deve seguir os ditames do art. 319 do CPC, correspondentes aos requisitos que qualquer exordial deve atender.

Não se acautela o interesse público no processamento de ações de improbidade administrativa inviáveis. Verificar qual é o *standard* probatório adequado, nesse momento processual, tem uma importância ímpar, por ser o meio adequado para se evitar o exercício abusivo do direito constitucional de ação.

Além disso, impõe-se registrar a atualidade do tema ora proposto. O combate à improbidade, em acatamento ao princípio da moralidade, tem sido uma das prioridades do Poder Público. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça deu atenção preferencial ao julgamento de processos judiciais por corrupção. Isso surgiu com a Meta 18, estabelecida no VI Encontro Nacional do Poder Judiciário, promovido pelo CNJ em novembro de 2012, em Aracaju/SE, voltada para o julgamento de processos contra a administração pública e de improbidade administrativa distribuídos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), à Justiça Federal e aos Estados⁴.

Essa iniciativa foi reiterada em atos posteriores desse colegiado, a evidenciar o comprometimento do Estado com medidas para combater a corrupção e outras hipóteses de malbaratamento de recursos públicos. Assim, a atual meta do CNJ a respeito consiste em priorizar o julgamento dos processos relativos a crimes contra a administração pública, à improbidade administrativa e aos ilícitos eleitorais (STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Eleitoral e Justiça Militar da União e dos Estados⁵).

Urge obter que o alcance dos referidos objetivos impõe a necessidade de que o Poder Judiciário se ocupe apenas das ações de improbidade que possuam um lastro probatório (a configurada *justa causa*), de molde a evitar gasto desnecessário de recursos, comprometimento injusto da imagem de demandados e desprestígio para a Administração e o Poder Judiciário.

A gramática decorrente das garantias fundamentais requer uma prova indiciária mínima em ações de improbidade administrativa, como meio para obstar o manuseio abusivo destas.

⁴ Ver informações em <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/609-gestao-planejamento-e-pesquisa/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/metad-do-judiciario/24415-meta-18>. Acesso em 27 de junho de 2019.

⁵ Ver a respeito: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/04/6bc995b76a92dd1823bef8b9a4fc51dd.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

Desatendido tal pressuposto, ao juiz é vedado proferir juízo de admissibilidade positivo em face da respectiva petição inicial da ação de improbidade. Essa assertiva tem plena sintonia com o devido processo legal em âmbito tão sensível da dogmática jurídica.

Destaque-se, mais uma vez, que o modelo brasileiro não possui um conjunto explícito de garantias para os acusados de ilícitos administrativos. Conforme Fábio Medina Osório (2018), tais salvaguardas derivam do devido processo legal: a) responsabilidade subjetiva; b) estado jurídico de inocência; c) incidências das excludentes da ilicitude, da culpabilidade ou da imputação encontrados no direito penal (cujo desenvolvimento dogmático é maior); d) irretroatividade das sanções; e) incidência analógica do direito disciplinar dos servidores públicos federais.

O tema do presente estudo corresponde à aplicabilidade, no recebimento da petição inicial da ação de improbidade, do brocardo *in dubio pro societate* – adágio que se traduz no entendimento de que, em caso de dúvida, o juiz deve decidir pelo acolhimento da exordial da demanda de improbidade, como meio de acautelar o interesse público. Tal critério, que tem origem pretoriana, entra em rota de colisão com a necessidade de critérios racionais de tal decisão, como meio de controle intersubjetivo.

A referida proposição se entrelaça com a possibilidade de desvirtuamento de medidas de combate à corrupção, posto não ser rara a utilização da ação de improbidade com fins políticos, notadamente em período eleitoral. Nessa seara, a querela entre a necessidade de parâmetros aferíveis de controle na decisão de admissibilidade da demanda e o *in dubio pro societate* merece atenção tanto da doutrina quanto da academia. É dizer, o operador jurídico não pode ignorar a possibilidade de desvirtuação de mencionado instituto, com o uso pragmático de ações de improbidade, voltadas para objetivos alheios às medidas previstas na lei de ação de improbidade (sanções).

O uso indiscriminado de ações de improbidade pode ocorrer, por exemplo, em caso de sucessões de gestão em prefeituras municipais. É comum o ajuizamento de demandas judiciais dessa natureza com o escopo de obtenção, em demanda posterior, da retirada do município de cadastros restritivos do governo federal para afastamento de restrições orçamentárias⁶. Tal se relaciona com a aplicação da súmula 615 do STJ, segundo a qual não pode ocorrer ou permanecer a inscrição do município em cadastros restritivos fundada em irregularidades na

⁶ Há vários precedentes de tribunais no sentido de retirada de Município de rol de inadimplentes pela comprovação de ajuizamento de ação de improbidade contra gestor anterior. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região possui vários julgados nesse sentido, como, por exemplo, AC 0044843-16.2013.4.01.3400/DF e AC 0004150-25.2016.4.01.3807/MG.

gestão anterior quando, na gestão sucessora, são tomadas as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos.

Em face de tal entendimento sumular, a propositura da ação de improbidade, nessa situação, serve, basicamente, como fundamento para a assertiva de que foram tomadas as providências tendentes ao ressarcimento do Município e à responsabilização do ex-gestor. Nesse caso, o instituto jurídico está divorciado de suas finalidades, que consistem na aplicação de sanções.

Caso seja aprovado o já mencionado PL 10.887/2018, a ocorrência de tal impropriedade será dificultada, eis que tal projeto de lei altera a legitimidade ativa para as ações de improbidade. A ideia consiste na atribuição de propositura da ação de improbidade apenas para o Ministério Público, conforme redação proposta para o *caput* do artigo 17 da lei de improbidade⁷. Nessa hipótese, caberiam aos entes públicos lesados apenas as pertinentes ações de ressarcimento.

Além disso, a temática relativa ao devido processo legal na fase de recebimento da ação de improbidade é um dos tópicos mais proeminentes na disciplina jurídica objeto de análise, em face dos graves reflexos sociais e jurídicos de se figurar no polo passivo em tais demandas, como já assentado. Tendo em vista que a improbidade é equiparada à corrupção, a simples propositura da respectiva ação já denota grave prejuízo ao demandado pela mera sujeição passiva processual.

⁷ No que pertine à temática da presente dissertação, vem a pelo fazer citação de redação de artigos propostas do PL 10.887/18:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta lei será proposta pelo Ministério Público.

(...)

§ 3º A petição inicial observará o seguinte:

I – o autor deverá individualizar a conduta dos réus, apontando os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º a 11, desta lei, e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada;

II – será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015;

III – admitirá a cumulação de pedidos, inclusive de danos patrimoniais e não patrimoniais, desde que observados os requisitos do art. 327, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

IV – o Ministério Público poderá requerer as tutelas provisórias adequadas e necessárias, nos termos dos arts. 294 a 311, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

§ 4º A petição inicial será rejeitada nos casos dos arts. 330 e 331 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado.

§ 5º Estando em termos a petição inicial, os réus serão citados, para oferecer contestação em prazo comum a ser fixado pelo juiz, tomando em conta a complexidade da causa e a quantidade dos réus, entre 30 (trinta) e 60 (sessenta) dias úteis.

§ 6º Da decisão que recebe a inicial, cabe agravo de instrumento.

O pedido da petição inicial da ação de improbidade consiste na aplicação de sanções ao demandado, arroladas no art. 12, incisos I, II e III da Lei nº 8.429/92. Na linha do magistério de Fábio Medina Osório (2018), tais atos sancionadores consistem em um mal ou um castigo imposto ao administrado ou jurisdicionado, como consequência da prática de um ilícito administrativo, traduzindo-se como privação de direitos ou restrição de direitos. Ao lume de tal conceito, o referido estudioso separa o direito administrativo sancionador do processo administrativo, situando-o, em termos de possibilidade, também no processo judicial.

Convém destacar que a linha doutrinária acima citada não é de aceitação unânime. Nesse ponto, merece destaque o pensamento de Fernando Gaspar Neisser (2019) que enquadra o regime da improbidade como um modelo intermediário entre o direito penal e o direito civil, apartando-o dos domínios do direito administrativo sancionador. Cuida-se de questão de grande repercussão prática, que receberá o devido enfoque nessa dissertação.

A aplicação da sanção de improbidade implica o dever de observância do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). No caso, o *due process of law* é concretizado, dentre outras hipóteses, pela norma relativa ao recebimento da petição inicial da ação de improbidade. Mauro Campbell Marques e Fabiano da Rosa Tesolin (2017) argumentam que tal fase é voltada a evitar o processamento de ações temerárias, sem plausibilidade de fundamentos ou indícios do ilícito administrativo, em razão das graves consequências advindas do mero ajuizamento da demanda de improbidade administrativa.

Os autores acima citados sustentam que, nessa etapa de recebimento da exordial, incide o princípio *in dubio pro societate*, a fim de obter maior resguardo do interesse público, invocando, em favor de tal posicionamento, precedentes do Superior Tribunal de Justiça⁸. Sob o influxo de tal adágio, entendem que, ocorrendo indícios de prática de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida.

Não obstante, em face da natureza punitiva da ação de improbidade, impõe-se repensar a aplicação de tal máxima no limiar das ações de improbidade. Em assonância com Flávio Luiz Yarshel (2016), o caráter sancionador da ação de improbidade enseja a peculiaridade de tal instrumento processual guardar importante analogia com o processo penal. Nesse sentido, segundo o referido autor, destacam-se as cautelas impostas pela lei desde o momento em que se instaura investigação destinada a apurar a imputação, com previsão de defesa prévia e juízo de admissibilidade, já apontado.

⁸ V. g.: STJ, REsp 1.504.744/MG; STJ, AgRG no AREsp 604.949/RS.

A aplicação das técnicas próprias do direito penal nos domínios do direito administrativo sancionador é defendida há várias décadas por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (1991). Tendo como objeto de trabalho o ordenamento jurídico espanhol, os professores da Universidade Complutense de Madri pontificam que a ciência jurídico-penal tem forjado uma “teoria geral do delito”, sendo que o direito administrativo desconhece uma criação jurídica semelhante sobre a infração legal determinante de uma sanção administrativa, o que é extensível à legislação especial que define os poderes sancionadores da Administração.

No Direito Processual Penal, é comum a aplicação do aforismo *in dubio pro societate* na fase de pronúncia do procedimento do tribunal do júri, correspondente ao art. 413 do CPP, cuja redação é a seguinte: “O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”. Tal linha de entendimento recebe críticas doutrinárias. Nesse sentido, Walfredo Cunha Campos (2006) desenvolve reprimenda a tal critério de decisão. O autor entende que, para se evitarem humilhações e vexames inúteis (para o acusado e para a comunidade), em processos em que não tenha provas ou sejam elas raquíticas, deve o juiz atuar como um filtro selecionador de julgamentos pelo Tribunal do Júri.

Não há regra no direito positivo estabelecendo a incidência do *in dubio pro societate* na fase inicial do processo de improbidade administrativa. Destaque-se que, além de não existir previsão normativa para a aplicação de tal brocardo, a nossa ordem jurídica é definida pelo cânone da presunção de inocência, nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal.

Além disso, a disciplina do processo sancionatório da improbidade consagra expressamente a exigência de justa causa para o seu processamento inicial. Tal condição se traduz na plausibilidade da imputação, aparência do direito material invocado, conforme a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes (2011).

Tendo em vista a relevância da matéria ora exposta, o foco consiste em investigar o nascedouro do processo tendente a cominar sanções de improbidade. Assim, o objeto de discussão é aferir se pode ser invocada a existência de dúvida, no que tange à autoria e materialidade, como parâmetro decisório para recebimento de ações de improbidade.

O desenvolvimento de estudo sobre tal temática pode contribuir para o debate a respeito de tal tema. Sem ignorar o relevo do papel jurídico exercido por outros órgãos do Poder Judiciário, o presente estudo opta pela investigação dos arestos do Superior Tribunal de Justiça. Tal escolha justifica-se pelo fato de ser este o órgão responsável pela uniformização da

legislação federal, sendo que os dizeres dos seus julgados costumam ser seguidos e reproduzidos pelas instâncias inferiores.

Ao lume da análise acima exposta, a problematização do presente estudo consiste na dessintonia entre o rigor que a legislação estabelece para a expedição de juízo de admissibilidade positivo da ação de improbidade em contraponto com a prática jurisdicional. Esta contém vários precedentes marcados pelo asserto de que, em caso de dúvida, a inicial deve ser recebida.

Empós estabelecidos os marcos acima, é preciso vincar quais são as perguntas que o presente estudo visa responder. Tendo em vista investigações preliminares feitas, duas grandes questões assumem destaque: a) em face da previsão da necessidade de parâmetros racionais, passíveis de controle, para a decisão sobre acolhimento da petição inicial, há autorização normativa para aplicação do *in dubio pro societate* na decisão de recebimento da exordial da ação de improbidade? b) caso a resposta a esse questionamento seja positiva, indaga-se também quais são os fundamentos jurídicos e os critérios que balizam a aplicação de tal brocardo na fase inicial do processo? Tais indagações se desdobram em outras perquirições, conforme será explicitado na parte correspondente à metodologia do presente trabalho.

A hipótese de trabalho consiste na assertiva de que, à luz do regramento vigente, não há que se falar em aplicabilidade do brocardo *in dubio pro societate* na fase de recebimento da inicial. A formulação preliminar, ora propugnada, consiste na asseveração de que o despacho inicial positivo da ação de improbidade requer elementos sérios, sensatos e indícios razoáveis, sem espaço para se falar em dúvida, não se podendo dizer ser do interesse da sociedade que alguém seja processado sem base concreta. Cabe ponderar, de forma crítica, se a forma de aplicação do *in dubio pro societate* em ações de improbidade, adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, está afinada com a normativa vigente.

Tendo em vista a exposição do problema de pesquisa, impõe-se a alusão à estrutura da dissertação que ora se apresenta.

O capítulo inicial será dedicado ao estudo sobre a improbidade administrativa e critérios de segurança jurídica do administrador público. Será feita uma análise sobre a normativa da improbidade administrativa, tendo em vista a busca de critérios para segurança jurídica do administrador público. Em seguida, o trabalho desenvolverá reflexões sobre a improbidade como modelo híbrido entre o direito penal e o direito civil.

O capítulo final é intitulado *in dubio pro societate* na decisão de recebimento da petição inicial da petição inicial em ação de improbidade. Nessa parte do trabalho, será examinada a medida provisória 2.088-35, de 27 de dezembro de 2.000, que efetuou significativa mudança

na disciplina jurídica referente à matéria. O tópico posterior será devotado à análise crítica do *in dubio pro societate* na fase de recebimento da petição inicial da ação de improbidade, tendo em vista a literatura especializada e os posicionamentos jurisprudenciais a respeito. Nessa investigação, será analisado a demarcação do alcance dos vetores opostos do *in dubio pro societate* e do pressuposto da necessidade de critérios racionais e controláveis na situação sob foco.

Quanto à metodologia adotada, esta consistiu na revisão bibliográfica e análise de jurisprudência na investigação da hipótese de pesquisa.

Vale lembrar que os números que envolvem as ações objeto dessa dissertação são impressionantes. Levantamento do Conselho Nacional de Justiça registrou que, em 2013, existiam mais de cinco mil processos de improbidade administrativa em curso nos tribunais do país, conforme Fenando Gaspar Neisser (2019). Outrossim, o mencionado jurista consigna que, no mesmo ano, as ações de improbidade eram superiores ao dobro comparada com as ações criminais devotadas ao mesmo assunto.

É certo que existem outros estudos que apontam dados estatísticos sobre a temática da improbidade. Assim, por exemplo, no projeto denominado *Radiografia da Improbidade*, o Instituto Não Aceito Corrupção, em parceria com a Associação Brasileira de Jurimetria, procedeu a uma análise dos dados do Cadastro de Condenações por Improbidade Administrativa do Conselho Nacional de Justiça. As informações apresentadas são impressionantes: 6.806 processos judiciais tiveram condenação judicial definitiva, no período de maio de 1995 a julho de 2016, com um total de 11.607 pessoas físicas e jurídicas condenadas, em um tempo médio de tramitação de 6 anos e um mês (DADOS..., 2017).

Contudo, a pesquisa acima não aponta dados sobre controle judicial na propositura da ação de improbidade, no exercício de filtragem para evitar o exercício de demandas temerárias. Tal asserção denota a pertinência do presente trabalho, nos moldes acima plasmados, de molde a realizar um contributo em temática tão sensível voltada da seara do direito em análise.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEGURANÇA JURÍDICA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

2.1 Responsabilidade por improbidade administrativa e segurança jurídica do administrador público

Faz parte do elenco dos direitos fundamentais de terceira geração a reivindicação por uma administração proba e eficiente. É direito de cada cidadão o atendimento da moralidade administrativa. Isso se relaciona com a noção jurídica de solidariedade, em face de respectiva titularidade difusa ou coletiva, conforme assenta Reynaldo Soares da Fonseca (2019).

Sustenta o aludido jurista maranhense que a fraternidade se baseia na ética da alteridade. Isso tem forte influência nos padrões de comportamento do gestor público perante o meio social. Vários setores do ordenamento jurídico pugnam pela busca da probidade na administração pública, merecendo realce a legislação pertinente à improbidade e o direito criminal.

A privação da liberdade - penalidade que é apanágio do direito penal - é somente uma das alternativas de combate à corrupção, sendo cabível para tanto a utilização de normas punitivas extrapenais. A diminuição da incidência de tal sanção em crimes não violentos decorre da aplicação de diversos institutos de desencarceramento nos diplomas normativos 9.714/98 e 9.099/95, na esteira das lições de Fernando Gaspar Neisser (2019). Apesar de o direito criminal não ser o exclusivo sistema jurídico punitivo dedicado a punir os desvios éticos do homem público, cuida-se de ramo que serve para estabelecer critérios também aplicáveis ao direito administrativo sancionador, tendo em vista a unidade do poder punitivo estatal.

A insuficiência das medidas penais para o combate à corrupção é apontada por Valter Shuenquener de Araújo (2020). A função prospectiva e dissuasória de ilicitudes na administração pública é exercida com grande destaque pelo direito administrativo sancionador, tendo em vista o seu papel regulatório, nas linhas de entendimento do mencionado jurista. Pensamento similar tem Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1991), para quem o fenômeno da corrupção é combatido pela legislação ordinária e partidária, administrativa e criminal, sendo que o problema não está ao nível do estabelecimento das leis, mas sim no grau de efetividade destas.

Ademais, é importante pôr em destaque que há uma relação importante entre improbidade e direito penal. A gravidade das sanções da lei nº 8.429/92 aponta para isso, bem

como o respectivo procedimento, que segue o rito dos feitos criminais dos crimes de responsabilidade dos servidores públicos, previsto nos arts. 513 a 518 do CPP. Tal questão será objeto de análise em tópico próprio desse estudo, como o estudo da natureza jurídica da lei de improbidade, sobre o qual o Supremo Tribunal Federal tem posicionamento consolidado, que é passível de críticas à luz dos parâmetros da literatura especializada. O apontado liame é importante na busca de um mínimo de garantias em qualquer regramento punitivo, independentemente da rotulação como criminal.

Não há como se falar no fenômeno do tratamento jurídico-processual do ato *improbis* sem fazer alusão à principiologia atinente, bem como à normativa subjacente. Convém passar em revisão o regramento jurídico relacionado à matéria, para que, com maior propriedade, apresentem-se as inconsistências na forma como ocorre a sua aplicação e interpretação no cotidiano forense. Cuida-se de assunto marcado por controvérsia presente desde a discussão do projeto de lei nº 1.446/91 – que culminou com a edição da lei de improbidade administrativa (lei n.º 8.429/92) – até os dias atuais, em que ocorre a tramitação do projeto de lei nº 10.887/2018, que visa efetuar acentuada alteração em mencionada legislação.

Passados mais de 25 anos após a publicação da lei de improbidade, as discussões relacionadas à busca do prumo entre o combate à desonestidade na administração pública e o respeito às garantias individuais estão longe de serem equacionadas. Com o jubileu de prata do referido diploma normativo, verifica-se a atualidade acerca da questão sobre o trancamento da peça vestibular da ação de improbidade, por meio de juízo de admissibilidade negativo.

Nesse sentido, dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá ao princípio da moralidade. Registre-se que, conforme será registrado posteriormente, essa previsão normativa expressa de proteção da ética não estava prevista no Projeto Afonso Arinos, da feitura da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, sobre o qual atuou a Assembleia Constituinte. A previsão da moralidade na Administração Pública foi incluída no texto constitucional por força da emenda 2.039, do Centrão, aprovada no dia 10 de março de 1988, conforme ensina Fernando Gaspar Neisser (2019).

Com a alusão ao cânone acima referido, vislumbra-se o cruzamento entre combate à probidade, princípio da fraternidade e proteção da ética. Richard Pae Kim e Valéria do Vale Porto (2014), partindo do princípio de que a moralidade é um direito difuso, defendem que se trata de direito fundamental do cidadão, no *status* jurídico de titular do poder, perante o qual surge a obrigação de prestação de contas pela gestão dos recursos públicos. O dever do homem

público a um comportamento probo é o polo oposto de tal direito. Sustentam que os agentes públicos devem atender aos ditames da justiça, dignidade, honestidade, lealdade e moralidade no exercício do seu mister.

Os articulistas acima citados apontam que, em havendo quebra dessa relação, com o descumprimento desses deveres, ocorre a prática do ato de improbidade administrativa. Nasce, com isso, a necessidade de defender não apenas a posição jurídica da administração pública, mas também os interesses difusos no resguardo da moralidade do setor público e na aplicação de sanções contra aqueles que violaram tal relação. É bom frisar que a concepção de combate à improbidade como direito difuso tem sido usada como premissa para atribuir natureza civil a tal infração, conforme será observado no respectivo tópico desse estudo.

No que concerne ao princípio da fraternidade, Reynaldo Soares da Fonseca (2019) entende que tal cânone implica uma relativização da autonomia do ser humano e uma abertura para a sociabilidade, tendo em vista que a ética imbuída de alteridade altera a concepção de política e direito possíveis:

A ética imbuída de alteridade transforma a concepção de política e direito possíveis, pois o respeito e a responsabilidade para com o outro implicam em uma relativização da autonomia do ser e uma abertura para a socialidade. “A ética é vista, então, como a dimensão capaz de reestruturar as relações humanas a partir do respeito pela alteridade de cada membro da relação. Ademais, “[a] política começa no instante em que a subjetividade humana plenamente alerta de sua responsabilidade pelo outro, pelo face a face, toma consciência da presença do Terceiro.” (FONSECA, 2019, p. 33).

Tangenciando especificamente com a proteção da probidade administrativa, Fábio Medina Osório (2018) fala em diferentes dimensões da ética: política, pública e privada. Para esse estudioso, a ideia chave de ética pública consiste no bem comum, com pessoas ao serviço de interesses gerais dentro do primeiro setor (o Estado). É muito conhecido o conceito desse jurista de improbidade como espécie de imoralidade administrativa qualificada:

A improbidade é uma espécie de imoralidade administrativa qualificada, eis uma noção jurídica que poderia nascer do senso comum. Pretendemos focar esse assunto por um ângulo historicamente importante e ainda atual, demonstrando suas raízes conceituais. A improbidade sempre foi tida como sinônimo de desonra do homem público, numa perspectiva etimológica. Em realidade, essa patologia pode ser vista de ângulos muito distintos, porém todos reconduzindo ao universo da honra funcional e da imoralidade administrativa, como especialização de uma imoralidade mais ampla. (OSÓRIO, 2018, p. 82).

Feita essa breve alusão com a moralidade, cumpre assinalar que estabelece o § 4º do art. 37 da norma ápice que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Essa norma – fundamental para a tutela da probidade da Administração – não constava no texto-base sobre o

qual trabalhou o legislador constituinte originário. Assim como ocorreu com o princípio da moralidade, a Assembleia Constituinte efetuou a sua inclusão no texto magno, por conta da emenda 2.039 de autoria do Centrão, conforme lição já apontada de Fernando Gaspar Neisser (2019).

Dispõe o art. 15, V, do texto constitucional, que é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão poderá se dar nos casos de improbidade administrativa. Em face da celeuma que existe sobre a natureza jurídica da lei de improbidade, o indigitado dispositivo tem sido invocado como fundamento para categorizá-lo como cível. Em voto prolatado no Ag. Reg. na petição 3.240 (2018), o Ministro Luís Roberto Barroso argumenta que, tendo em vista que o inciso III do referido preceptivo faz alusão à condenação criminal transitada em julgado, o inciso V seria supérfluo se a lei de improbidade fosse criminal. Tal discussão será aprofundada no segundo capítulo deste trabalho acadêmico.

Prevê o § 9º do art. 14 do estatuto jurídico fundamental que lei complementar estabelecerá casos de inelegibilidade com o intuito de proteger a probidade administrativa. Nesse ponto, é preciso destacar que o uso distorcido da ação de improbidade pode ocorrer justamente em face de fins políticos. Como será visto em passagem posterior da dissertação, esse abuso de instituto jurídico, dotado de sanções tão severas, leva a um estado de insegurança do decisor público, que culmina no risco de paralisação da administração pública.

Além disso, o respectivo art. 85 diz que são crimes de responsabilidade do Presidente de República os atos que atentam contra a probidade na administração. A literatura especializada e a doutrina debatem se pode ocorrer, ou não, cumulação de sanções decorrente de crime de responsabilidade com as previstas na lei de improbidade. Isso corresponde a uma discussão sobre a configuração do *ne bis in idem* em face da unidade do poder punitivo estatal.

Ainda na seara constitucional, é preciso sempre assentar que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) e que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente (CF, art. 5º, LV).

As garantias do direito administrativo sancionador decorrem justamente da cláusula do devido processo legal, que proporciona uma proteção jurídica aos que figuram no polo passivo das demandas. Cuida-se de meio essencial de limitação do poder estatal punitivo, evitando arbitrariedades do poder público por meio dos seus órgãos de persecução. Fábio Medina Osório (2018) destaca um rol de salvaguardas resultantes do devido processo legal, como a responsabilidade subjetiva dos infratores do dever de probidade, a cláusula jurídica do estado

de inocência e a irretroatividade das sanções aos atos de improbidade. O referido jurista desenvolve reflexões sobre tal tema, que merecem transcrição literal:

Quando situamos a improbidade administrativa no campo do direito administrativo sancionador, estamos saindo de um terreno árido, desprovido de garantias, entrando em um terreno que, embora deficitário, principalmente quando se compara com o direito penal, ostenta inegáveis evoluções científicas. O conjunto de garantias do direito administrativo sancionador emerge da cláusula do devido processo legal, começando pela interdição da arbitrariedade dos Poderes Públicos. Inserir a improbidade administrativa no campo do direito administrativo sancionador significa submetê-la explicitamente a essas garantias, que se articulam e permitem uma correta leitura de outras garantias constitucionais aplicáveis ao direito punitivo. A fonte formal, normativa, da qual nasce a necessária racionalidade na ordenação da improbidade administrativa e da grave deslealdade institucional, encontra-se na cláusula do devido processo legal, embora seja certo que pode nascer concomitantemente de múltiplas fontes, todas articuladas, organizadas e rearticuladas no bojo do devido processo. (OSÓRIO, 2018, p. 210-211).

É de bom alvitre, ainda, fazer citação ao art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Essa norma anuncia que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Ainda que tal preceptivo não incida de forma chapada em decisões de cognição não exauriente no início do processo, tangencia esse momento relevante da dinâmica processual, ao apontar que a ação, no seu princípio, deve apresentar elementos idôneos para, eventualmente, culminar em decisão condenatória. Acresça-se que tal norma serve como signo interpretativo de invulgar relevância.

Destaque-se que, tendo em vista o disposto no assinalado art. 37, § 4º, da Constituição Federal, em 14 de agosto de 1991, foi apresentado o projeto de lei nº 1.446/91. Oriunda da Presidência da República, exercida à época por Fernando Collor de Mello, tal proposta foi acompanhada de exposição de motivos do então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho.

Segundo Fernando Gaspar Neisser (2019), o objetivo do projeto do Poder Executivo era somente atualizar, em face do novo regramento constitucional, a normatização então vigente, oriunda das leis nº 3.164/57 e nº 3.502/58, conhecidas por lei Pitombo Godói-Ilha e lei Bilac Pinto, que tratavam sobre o sequestro e perdimento de bens em casos de enriquecimento ilícito de servidores públicos. A proposição consistia em agregar, à perda patrimonial, a possibilidade de aplicação das sanções de suspensão de direitos políticos e perda de cargo, previstas na Constituição Federal.

Durante a tramitação na Câmara dos Deputados, o projeto de lei do Poder Executivo teve o seu escopo ampliado, com a extensão do conceito de improbidade administrativa. Além do que constava na previsão da proposta originária, que aludia apenas a enriquecimento ilícito, foram incluídas outras espécies de injuridicidade, quais sejam os atos que produzem lesão ao erário e aqueles que infringem os princípios da administração pública. Nesse sentido, relata Fernando Gaspar Neisser (2019, p. 68-69) com precisão:

O acanhado projeto do Poder executivo foi objeto de trezentas e duas propostas de emendas apenas na Câmara dos deputados, que ampliaram seu escopo de modo a estender o conceito de improbidade administrativa dos casos de enriquecimento ilícito para as duas outras modalidades hoje estatuídas na lei: os atos que causam lesão ao erário e aqueles que violam os princípios da administração pública. As adições se deram já quando da elaboração de relatório pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara Dos Deputados, pelo deputado Carlos Alberto Campista, que alertou que o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal [...] não se refere somente ao enriquecimento ilícito [...], mas [...] reporta-se a todo e qualquer ato de improbidade administrativa, tenha ou não havido enriquecimento [...]. A estratégia do Poder Executivo, sempre na leitura do deputado, [...] ao vincular a ‘improbidade administrativa’, citada pela Carta ao instituto do enriquecimento ilícito, que é meramente uma de suas espécies [...] não lhe abrangeria todo o conteúdo, o que [...] ameaça institucionalizar práticas até mais nocivas que o hábito de fazer fortuna à custa do erário [...].

O referido autor relata que, após aprovação do projeto de lei pela Câmara dos Deputados, a matéria foi encaminhada ao Senado Federal. Esta Casa propôs a criação de uma quarta modalidade de improbidade administrativa (correspondente aos atos que violam direito ou garantia individual), a ampliação de prazos prescricionais e o estabelecimento de outras sanções, com a inclusão de pena de reclusão. Relata que, quando o projeto voltou para Câmara dos Deputados, recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça. Posteriormente, foi aprovado e sancionado pela Presidência da República, tornando-se a Lei nº 8429/92.

Fábio Medina Osório sustenta que tal diploma é um verdadeiro código geral de conduta dos agentes brasileiros, dotada de alcance nacional. O administrativista destaca as vantagens do uso de tal modelo normativo, apontando o incremento da segurança, certeza e igualdade em face dos destinatários, além de conduzir a um aperfeiçoamento da ordem jurídica. Nesse sentido, pontifica:

As vantagens dos Códigos Gerais não param no reforço dos postulados de segurança, certeza e igualdade na aplicação de normas punitivas. Como se não bastasse o estímulo a tais postulados, os Códigos Gerais permitem um maior aperfeiçoamento da ordem jurídica, a partir da ideia de diretrizes gerais e de pontos básicos de regulação. Com isso, além de fortalecerem, a longo prazo, a previsibilidade dos comportamentos proibidos, também tendem a permitir uma evolução doutrinária mais consistente e sofisticada, disso derivando a construção de normas jurídicas melhor acabadas. A própria impunidade tende a perder terreno nesse cenário, ao passo que ganham densidade os princípios jurídicos, os termos indeterminados e as cláusulas gerais, saindo daquela esfera nebulosa e ambígua que permite movimentações puramente subjetivas e até arbitrárias.

Nos termos da letra do *caput* do art. 17 da apontada normativa, a ação principal será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. Na sua redação primeva, a norma estabelecia o rito ordinário (sem prévio juízo dotado de contraditório) para o exercício do juízo de admissibilidade da petição inicial. Em face desse quadro normativo, cabia apenas a incidência dos art. 282 e 283

do CPC de 1973⁹, que erigiam parâmetros de admissibilidade da exordial aplicáveis para todas as ações em geral (as regras correspondentes no CPC vigente constam nos arts. 321 e 334¹⁰). Tal panorama normativo foi significativamente alterado com a edição da medida provisória 2.225/00, que, dentre outras modificações, incluiu os parágrafos 6º a 8º no art. 17 da norma ora em apreço.

Reza o § 6º do mencionado preceptivo que a ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos artigos correspondentes à litigância de má-fé.

Conforme o § 7º do art. 17 do referido diploma processual, estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. Nos termos vazados no § 8º do mesmo artigo, recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Importante frisar, mais uma vez, que os parágrafos acima citados, não constavam no teor primitivo da Lei nº 8.429/92. Tais normas ocasionaram uma alteração momentosa no procedimento de tais demandas. Demonstrou o legislador sensibilidade em estabelecer um certo anteparo jurídico ante os demandados, protegendo-os contra os usos distorcidos da demanda sancionatória.

A medida provisória 2.225/00 fixou normas processuais para a ação de improbidade, voltadas a obstaculizar ações de improbidade temerárias, como resguardo da imagem e da honra de quem é apontado como réu nessas ações. Tais direitos, também protegidos pela Constituição Federal, podem ser maculados pelo estrépito processual. Nesse sentido, consagrou-se, em sede

⁹ CPC de 1973. Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

CPC de 1973. Art. 285. Estando em termos a petição inicial, o juiz a despachará, ordenando a citação do réu, para responder; do mandado constará que, não sendo contestada a ação, se presumirão aceitos pelo réu, como verdadeiros, os fatos articulados pelo autor. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

¹⁰ CPC/2015. Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

CPC/2015. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

legislativa, a exigência de provas documentais que corporifiquem indícios suficientes da improbidade. Referido requisito de admissibilidade da petição inicial se traduz na exigência de justa causa, instituto processual já utilizado em ações criminais, como construto metodológico voltado para obviar demandas de improbidade estéreis.

A medida provisória n.º 2.225-45, de 4 de setembro de 2001, constituiu uma reedição de atos normativos de mesma natureza, com conteúdo idêntico. A disciplina surgiu, originariamente, no que concerne ao procedimento da ação de improbidade, com a medida provisória n.º 2.088-35/2000, de 27 de dezembro de 2000, quando Fernando Henrique Cardoso ocupava a Presidência da República. O Ministro de Justiça da época, José Gregori, subscreveu exposição de motivos, apontando há quase 20 anos, a pedra de toque dessa dissertação, que consiste no abuso do direito de ação no referido instituto de direito administrativo sancionador.

Quando ocorreu a expedição desta, houve grande debate na sociedade civil organizada, tendo em vista previsão, dentre outras matérias, de multa de até R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais) para o caso de propositura de ação manifestamente improcedente, conforme edição do jornal Folha de São Paulo de 30 de dezembro de 2000, na reportagem com o título “Governo cria multa para tentar inibir procuradores” (GOVERNO..., 2000, p. A4).

A ideia chave do aludido ato normativo consistia na busca de meios para evitar ações de improbidade temerárias, propostas com intenção política. O risco subjacente, que o legislador tinha como propósito evitar, consistia na inviabilização da atividade administrativa. Tal ameaça decorria da insegurança jurídica do gestor público pelo receio de responder indevidamente por ações de improbidade administrativa. A exposição de motivos da medida provisória n.º 2.088-35/2000, de 27 de dezembro de 2000, subscrita pelo então ministro da justiça José Gregori, faz alusão a ações de improbidade propostas com intenção política de ataque a determinado administrador ou gestão, constringendo os decisores públicos, chamados a responder ações infundadas. Todo esse relato está em consonância com a matéria jornalística referida acima.

Várias outras normas apontam o dever de cautela daquele que pode propor a demanda ora em foco. A discussão, que permeia o introito do iter processual, bate de chofre com a questão da responsabilização da parte autora de tal tipo de ação. É que o art. 30 da Lei nº 13.869/19, que versa sobre os crimes de abuso de autoridade, dispõe ser crime, apenado com detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente. Além dessa medida, o autor da ação de improbidade administrativa pode responder pelas sanções de litigância de má-fé, em assonância com o disposto no art. 17, § 6º, da Lei de Improbidade.

Acresça-se, ainda, no que diz respeito à advocacia privada, que o art. 32 do Estatuto da OAB, no seu parágrafo único, consagra a responsabilidade solidária do advogado, em caso de lide temerária, quando coligado com o seu cliente para lesar a parte contrária.

No percurso da vereda de exibição da normativa relacionada com o assunto sob trabalho, é importante fazer menção, ainda que breve, à lei complementar 135/10. Ao modificar a redação da lei complementar 64/90, o apontado ato legislativo instituiu significativo prazo de inelegibilidade em face de condenações por atos dolosos de improbidade que gerem lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito¹¹. Prescreveu, ainda, inelegibilidade por rejeição de contas dos agentes públicos pelos Tribunais de Contas, na hipótese de irregularidade insanável configuradora de ato doloso de improbidade administrativa¹². Avulta-se que, no caso de ato praticado com culpa, não há que se cogitar em inelegibilidade.

Ainda no bojo da análise da legislação relacionada com o tema proposto, urge fazer alusão à medida provisória n.º 966, editada em 13 de maio de 2020. Tal norma surgiu com o propósito específico de conferir segurança jurídica ao administrador público no quadro fático de incertezas relacionados com as medidas a serem tomadas em face da pandemia do covid-19.

No seu art. 1º está disposto que os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados a tal questão de saúde pública. Ainda no mesmo dispositivo, houve o cuidado de se explicitar que o simples nexos causal entre comportamento e resultado não gera responsabilidade. Gize-se que essa MP não tem aplicação no âmbito criminal.

O mencionado ato normativo opera uma clara restrição normativa do conceito de improbidade. Merece destaque o afunilamento da responsabilidade administrativa, em caso de conduta culposa, para situação configuradora da culpa grave, consoante plasmada no seu art. 2º. Como explicitado na respectiva exposição de motivos, o escopo normativo foi garantir que

¹¹ Art. 1º, I, alínea I da Lei Complementar 64/90 (com redação determinada pela Lei Complementar 135/10): Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: os que forem condenados à suspensão dos 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, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

¹² Art. 1º, I, alínea I da Lei Complementar 64/90 (com redação determinada pela Lei Complementar 135/10): Art. 1º São inelegíveis: g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

o gestor, ao tomar medidas impactantes de boa-fé, seja livre de amarras de futuros processos de responsabilização.

Interessante frisar que a norma em observação erigiu a dúvida como elemento favorável ao administrador público, na medida em que a sua configuração afasta a possibilidade de culpa grave. Conforme o seu art. 3º, na aferição do erro grosseiro, devem ser levados em consideração, dentre outros fatores, a complexidade da matéria, a incompletude de informações bem como o contexto de incerteza sobre medidas adequadas. Isso vai na contramão da prática jurisprudencial que aponta *o in dubio pro societate* como elemento autorizador de juízo positivo de admissibilidade de ação de improbidade.

Por amor à clareza da presente exposição, nada obstante ter sido descrito conteúdo das normas da medida provisória 966, a transcrição integral do seu conteúdo representa uma medida conveniente:

Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

§ 1º A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará:

I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou

II - se houver conluio entre os agentes.

§ 2º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:

I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;

II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;

III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;

IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e

V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas.

Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

A ideia de que o engano só erige responsabilidade no caso de culpa qualificada também encontra vênua nos versos do art. 28 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, sic: "O agente

público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro". Tal preceptivo foi regulamentado pelo decreto 9.830/19, cujo art. 12 repisa a limitação da responsabilidade culposa em improbidade para acontecimentos marcados por elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Perante tema tão sensível relacionado à responsabilidade do administrador público, foram ajuizadas sete ações de inconstitucionalidade (ADIs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.428 e 6.231) contra os seguintes blocos de normas: a) a medida provisória 966/2020; b) o art. 28 da LINDB; c) os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019.

No que tange ao aspecto formal, os requerentes alegaram a inconstitucionalidade formal da MP nº 966/2020, por ausência de relevância e urgência. No aspecto material, a pecha atribuída à primeira das normas referidas consiste na atribuição de indevida restrição da responsabilidade do administrador público, com o rompimento do paradigma de responsabilidade do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e infringência ao princípio republicano¹³. Os autores das ações sustentam que o texto constitucional, no referido preceptivo, não faz distinção entre culpa grave e simples. Argumentam que tal inovação normativa provocou uma blindagem do agente público, causando, de modo reflexo, prejuízo à sociedade, na medida em que o gestor se encontra desobrigado a refletir adequadamente sobre suas decisões. Segundo eles, o conceito de erro grosseiro albergado na medida provisória é impreciso e vago, erigindo obstáculo para o controle dos atos administrativos.

Realizado o julgamento da medida cautelar (relatoria do Min. Roberto Barroso), não houve a rejeição do erro grosseiro como critério para definição de culpa para caracterização da responsabilidade administrativa. A corte reconheceu o risco de administrador honesto ter receio de decidir em face da possibilidade de retaliações severas, por provimentos tomados no bojo de acontecimentos complexos. Não suprimiu o critério jurídico do erro grave para desencadeamento de consequências jurídicas gravosas ao gestor público.

O STF, ao invés de derrubar tal exigência da medida provisória, estabeleceu critérios para tanto. Erigiu a necessidade de atendimento, pelo gestor público, de standards, normas e critérios científicos adotados por entidades reconhecidas. Também foi destacada a necessidade de acatamento dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção (RELATOR..., 2020).

¹³ O teor das peças da primeira das ADIs citadas (nº 6.421) se encontra no seguinte endereço: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=5912207>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

O relator, enfrentando o aspecto formal, afirmou que não há inconstitucionalidade formal por ausência de relevância e urgência, requisitos em face dos quais a corte apresenta parcimônia na investigação. No que concerne ao mérito, fez várias considerações. Verificou que há uma deficiência no modelo de controle dos atos do administrador público no sistema brasileiro. Tal se dá pelo descompasso temporal intenso entre a atuação do órgão de persecução estatal e a realização dos fatos, quando já não se tem mais noção das peculiaridades fáticas então envolvidas. Nesse sentido, a citação de trecho de seu voto é medida conveniente:

Um dos problemas do Brasil é que o controle dos atos da Administração Pública sobrevém muitos anos depois dos fatos relevantes, quando, muitas vezes, já não se tem mais nenhum registro, na memória, da situação de insegurança, da situação de dramaticidade, da situação de urgência, das incertezas e indefinições que levaram o administrador a decidir. Porque, daqui a alguns anos, quando se vai julgar o que passou, age-se como um “comentarista de videoteipe”. E, depois que tudo aconteceu, quando se pode olhar os fatos à distância, percebem-se muitas coisas que, quando se está ali no calor do momento, não se é capaz de perceber. Portanto, a segurança viria se houvesse desde logo um monitoramento quanto à aplicação desses recursos, por via idônea, em tempo real ou pouco tempo depois dos eventos. (STF, ADI 6.421 MC, voto min. Roberto Barroso, p. 14).

Em outra passagem de sua manifestação, o relator destacou o risco de um administrador honesto, probo, ter receio de decidir em face da possibilidade de retaliações duras, tomadas por órgãos de persecução estatal, que não percebem as peculiaridades da situação, no que pertine às medidas tomada “no calor da decisão”. Além disso, considera, no outro extremo, a possibilidade de agentes públicos incorretos aproveitarem a oportunidade para conseguirem vantagem indevida na situação da calamidade da covid. Nesse sentido, segue o trecho do seu voto:

Passando, então, à aplicação de tais orientações ao caso concreto, faço uma observação que considero muito relevante e que é um tema sobre o qual nós precisamos refletir no Brasil. Há complexidades e sutilezas envolvidas na presente discussão. É que há dois extremos que são muito ruins, seja para a Administração Pública, seja para o bem comum. Num extremo, estão os agentes públicos incorretos, que não desprezam uma oportunidade sequer para levar alguma vantagem indevida diante de qualquer situação – e a imprensa já tem divulgado episódios de malversação de recursos públicos enquanto pessoas morrem aos milhares. No outro extremo, existe o risco de o administrador correto ter medo de decidir o que precisa ser decidido por temor de retaliações duras, por temor de que, ao assistirem ao videoteipe, percebam-se coisas que, no calor da decisão, no meio da fumaça e da espuma, não era possível de se ver com clareza. Qualquer um desses dois extremos é muito ruim – tanto o administrador desonesto que leva vantagem, como o administrador honesto que tem medo de decidir e tem medo de fazer o que precisa ser feito. (STF, ADI 6.421 MC, voto min. Roberto Barroso, p. 18).

O relator concluiu o seu voto deferindo parcialmente a medida cautelar, para conferir interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 2º da medida provisória 966/2020, no sentido de que fosse estabelecido que, na definição do erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades públicas:

(i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Na mesma linha, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade competente deve exigir que a opinião técnica com base na qual decidirá trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

Segundo noticiado no site do Supremo Tribunal Federal (ATOS..., 2020), o voto do relator foi seguido na íntegra pelos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Ainda de acordo com a mesma fonte, ficaram vencidos, em parte, os ministros Alexandre Moraes e Carmem Lúcia. Estes julgadores acompanharam o relator em relação à tese que este fixara. Entretanto, concediam o pedido em extensão maior, no sentido de suspender parcialmente a aplicação do artigo 1º e afastar do alcance da norma os atos de improbidade administrativa e os objetos de fiscalização dos Tribunais de Contas. Ambos também votaram pela concessão da cautelar para suspender integralmente a eficácia do inciso II, do artigo 1º, relativo às medidas de combate aos efeitos econômicos e sociais causados pela pandemia.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes afirma que os critérios previstos na medida provisória 966 não se distanciam do regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos constitucionalmente vigente mesmo em circunstâncias de normalidade. Expõe que, tendo em vista a abertura semântica do conceito de culpa no campo da responsabilidade administrativa, não é vedado ao legislador ordinário, com o objetivo de obter maior segurança jurídica ao gestor público, estabelecer elementares culposas qualificadas, trazendo especificação normativa da conduta culposa adequada à prática da gestão pública regulamentada. O Ministro defende a juridicidade da restrição do conceito de culpa em responsabilidade administrativa, conforme se verifica no trecho abaixo:

No caso em tela, a densificação do regime de responsabilidade dos agentes públicos na adoção de medidas de enfrentamento à pandemia é igualmente buscada pela MP 966 com a restrição às ações ou omissões do Poder Público por “dolo” ou “erro grosseiro”. A convalidação da modalidade de responsabilidade subjetiva, a propósito, encontra-se espelhada no art. 1º, § 2º, da MP, o qual dispõe que “o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público”.

A rigor, a norma impugnada não ilide tampouco atenua a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos, mas apenas qualifica a modalidade culposa aplicável ao prever: “considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.” (art. 2º). (STF, ADI 6.421 MC, voto min. Gilmar Mendes, p. 11).

O ministro Gilmar Mendes também sustentou que a fixação de parâmetros para a definição do erro grosseiro constitui um aspecto positivo da medida provisória. Sustenta que os órgãos de controle externo e o Judiciário deve levar em consideração as assimetrias informativas, prognoses e as peculiaridades fáticas da situação concreta:

Também bem andou a MP ao buscar fixar parâmetros de aferição do erro grosseiro. Esses parâmetros são indicativos para o próprio Judiciário e órgãos de controle externo, que deverão considerar, nessa avaliação, os fatos, prognoses e assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão. Em especial, deve-se considerar “a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência” (inciso III) e ainda “o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas” (inciso V). (STF, ADI 6.421 MC, voto min. Gilmar Mendes, p. 11).

O julgador aponta o administrador, perante as peculiaridades fáticas atuais, toma decisões complexas, não resumindo o seu papel a um mero aplicador da lei. Nesse sentido, convém citar literalmente, mais uma vez, o seu pensamento:

O pior que poderia acontecer, em um momento como o que estamos vivendo, em que - como já disse a Ministra Rosa - é necessária a ação, era a inação, era a inércia.

Na sua essência, esse fenômeno decorre de visão da Administração Pública que projeta, no gestor, o ideário de que ele deve ser mero “aplicador” da lei; como se todas as escolhas importantes para a funcionamento do Estado já tivessem sido tomadas pelo legislador, cabendo ao servidor apenas desvendá-las.

Para além de todos os desafios que essa visão de mundo implica, em termos de hermenêutica jurídica, qualquer aplicador do direito minimamente atento à realidade consegue reconhecer suas limitações.

A alusão às normas acima denota que a reconfiguração do desenho normativo do ato de improbidade é um fenômeno ainda em curso. Com a restrição do conceito de culpa de tal específica modalidade de ilícito, a medida provisória aludida afastou a possibilidade das modalidades leve ou moderada na hipótese.

Passo mais arrojado se busca com o projeto de lei 10.887/2018. Por meio deste, almeja-se maior correspondência de tal injuridicidade com a desonestidade, com a retirada da possibilidade da culpa como hipótese configura de improbidade.

Dentre as várias modificações apresentadas nessa proposição legislativa, afigura-se mais relevante a extinção da modalidade culposa de improbidade. O ato impregnado de culpa pode ser enquadrado como outro tipo de ilícito administrativo, mas deixa de ter a possibilidade de ensejar as graves penalidades da lei de improbidade. Isso proporciona maior segurança da disciplina jurídica pertinente.

Consta na justificativa de tal projeto de lei que não é dogmaticamente razoável compreender como ato de improbidade o equívoco, o erro ou a omissão ensejados por

negligência, imprudência ou imperícia¹⁴. Conforme se depreende de tal documento, a marca da improbidade deve ser reservada para atos dolosos. Com isso, é alcançada maior aderência da legislação com a ideia de ato *improbis* como última *ratio* do regime normativo sancionador.

Impõe-se asseverar que o legislador estabeleceu um rigor no recebimento da petição inicial das demandas de improbidade que não se verifica em nenhuma outra modalidade de ação cível. Isso se justifica pelas medidas jurídicas aflitivas voltadas à aplicação na esfera jurídica do demandado, o que aproxima as ações de improbidade das lides penais. Vislumbra-se conveniente refletir se o dever de circunspeção para o estabelecimento dos primeiros passos na referida ação repressiva é atendido pelos respectivos atores jurídicos, notadamente os responsáveis pela propositura e recebimento da petição inicial.

Frise-se que cabe ao próprio titular da legitimidade ativa para propositura de ação de improbidade ter redobrado cuidado em se valer de remédio jurídico que pode culminar em medidas que produzem efeitos tão severos, com destaque para a suspensão de direitos políticos.

A prudência que emerge das normas acima se relaciona com o conceito de improbidade. Esta é voltada para combater ilicitudes muito graves ocorridas no âmbito da administração pública, sendo inadequado correspondê-las com qualquer tipo de antijuridicidade no setor público. Não se configura simples meio de recomposição de legalidade administrativa.

Nesse sentido, o professor Fábio Medina Osório (2018) sustenta que a improbidade representa a última *ratio* do direito sancionador, por ser uma patologia intensa que denota grave deslealdade institucional. Assim, nem toda ilicitude no âmbito administrativo constitui improbidade, mas apenas aquelas que violam as normas que protegem os valores mais importantes do Direito Administrativo. Essa premissa é importante para que se assente a necessidade de fixação de meios que limitem a discricionariedade na propositura ou recebimento da ação de improbidade, como apanágio de segurança jurídica do administrador público, até mesmo porque a propositura de tal demanda não é o exclusivo meio jurídico disponível de tutela da ética da administração pública.

Nessa ordem de ideias, Adilson Abreu Dallari (2001) pontifica que a ação de improbidade não é a única forma de defender a moralidade eventualmente atacada, argumentando que a própria Administração, por meio da autotutela, pode corrigir eventuais condutas condenáveis. Waldo Fazzio Júnior (2016) assevera que o cidadão está autorizado a

¹⁴ Exposição de motivos disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E513F62E506EBDB69EE445521DE32481.proposicoesWebExterno1?codteor=1687121&filename=PL+10887/2018>. Acesso em: 18 set. 2020.

pleitear anulação do ato legítimo e lesivo ao patrimônio público bem como o consequente ressarcimento do prejuízo causado ao erário, sem, contudo, ter legitimidade para postular a aplicação das potentes sanções previstas na lei de improbidade.

Distinguindo imoralidade administrativa de improbidade administrativa, Aristides Junqueira Alvarenga (2001) diz que há vias distintas em busca de atos caracterizadores de uma e de outra, além da ação de improbidade. O referido jurista afirma que, quando a conduta administrativa lesiva ao patrimônio público não é marcada por forma qualificada de imoralidade administrativa, a Constituição Federal prevê a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII). Também entende que, perante ato administrativo causador de lesão ao patrimônio público, ausente o caráter de improbidade, a ação civil pública tendente à reparação do dano seria o remédio adequado.

O precató que a norma aponta para a propositura da demanda de improbidade decorre da sua peculiaridade frente aos demais remédios jurídicos que o Ministério Público ou pessoa jurídica interessada pode se valer. É próprio da ação de improbidade, em face de outros instrumentos de tutela do direito transindividual, o seu caráter repressivo. O aspecto principal de tal demanda não consiste no desfazimento de ato administrativo viciado.

O seu objetivo é mais voltado para a aplicação de sanções (respostas à violação da norma) do que para a tutela de direitos. Nesse sentido, ensina Teori Albino Zavascki (2007) que se cuida de ação de caráter eminentemente repressivo, traduzida na aplicação de consequências jurídicas decorrentes do descumprimento da norma. O referido jurista pontifica que ela não se volta a prevenir a lesão ao direito, mas se destina a aplicar sanções, tendo por pressuposto a ocorrência do ilícito.

Ainda de acordo com Zavascki, a sanção da lei de improbidade não é civil, por não serem voltadas a recompor o patrimônio material ou moral ou a desfazer atos contrários ao direito. Na verdade, trata-se de manifestação do *jus puniendi* estatal, dotada de elemento aflitivo, possuindo também força pedagógica e intimidadora da repetição da conduta ilícita. Em face disso, o estudioso defende expressamente a aplicação de princípios de direito penal e garantias individuais nas ações de improbidade.

A moderação que cabe aos órgãos de controle se relaciona com o estigma da simbologia que tal ação impinge a quem figura no polo passivo. No dizer de Mauro Roberto Gomes de Matos (2014), a atuação do postulante de tais demandas traz sérias consequências aos respectivos réus. A colocação destes em tais situações processuais, nos casos em que não há plausibilidade jurídica, produzem sequelas, com projeções negativas em seu meio de trabalho, familiar e social.

A correlação entre improbidade e corrupção já estava presente na revogada Lei 3.502, de 21.12.1958, lavrada por Bilac Pinto, voltada para os casos de enriquecimento ilícito dos funcionários públicos, no exercício das funções. O art. 1º de tal diploma estabelecia como consequência para tais ilícitos as medidas de sequestro e perda dos respectivos bens ou valores. Esta lei já representava uma resposta extrapenal para a questão da corrupção.

A tônica da busca de medidas não criminais contra a corrupção é mantida na lei de improbidade vigente. Fernando Gaspar Neisser (2019) aponta uma proximidade entre os conceitos de improbidade e corrupção, destacando que a concepção vulgar desta leva a noções como "apodrecimento, decadência moral, desvio, quebra de fidelidade, deturpação, apropriação indevida do que pertence ao público". Cuida-se de vocábulo que transparece a ideia de desonestidade, transgressão a um dever fundamental de ética dentro das instituições públicas.

O núcleo da noção de corrupção consiste na ideia de troca indevida. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1991) sustenta se tratar de uma aberração em face dos paradigmas morais consagrados pela comunidade, apontando-a como um desvio pronunciado, insuportável. O estudioso a conceitua como "conduta de autoridade que exerce o poder de modo indevido, em benefício de interesse privado, em troca de uma retribuição de ordem material".

Fábio Medina Osório (2019) define a corrupção como toda ação ou omissão do agente público que o leva a desviar-se dos deveres do cargo, com o escopo de obter benefícios privados (pecuniários, políticos, ou de posição social, assim como utilização de informação privilegiada, influências, atribuições públicas ou oportunidades). O administrativista faz alusão a tal fenômeno como manifestação de intensa podridão moral.

Ainda em conformidade com Medina Osório, a desonestidade profissional que é objeto da lei de improbidade não é somente a clássica decorrente do enriquecimento ilícito (rotulada de "corrupção"). O autor assevera que, na linguagem comum, o "desonesto" é o "corrupto". Assim, a acusação da prática de utilização de funções públicas para interesses privados denota, por si só, um grave dano contra a reputação pertinente à honestidade funcional do gestor público. Tal circunstância ensejou a edição da citada medida provisória 2.225/00, tendo em vista o propósito de ações de improbidade estéreis.

Imperioso, nessa fase, fazer a conexão dos pontos acima expostos com a questão da segurança jurídica do administrador público. Impõe-se analisar se o ordenamento jurídico confere, em relação a este, elementos que garantam previsibilidade na sua atuação. Cuida-se de perspectiva que se mostrar respeitosa aos direitos fundamentais de quem pode figurar como réu em tais ações. A busca de previsibilidade é um elemento necessário quando o direito punitivo está envolvido, por ser uma decorrência do Estado Democrático de Direito.

Gustavo Binjenbojm (2014) ensina que, para que as pessoas vivam com paz e liberdade, é fundamental estabilidade às relações jurídicas de que participam, visando à proteção de confiança e legítimas expectativas. Diz ainda que a proteção da segurança jurídica é um requisito necessário para que um ordenamento jurídico seja qualificado como justo. No seu dizer:

[...] a proteção da segurança jurídica é um requisito necessário para que um ordenamento jurídico possa qualificar-se como justo, verdadeiro princípio implícito a cláusula do Estado democrático de direito e ao sistema de direitos fundamentais. Em clássica lição de filosofia do direito, Gustavo Radbruch apontava como o fim do direito a segurança, ao lado da justiça e do bem comum. E, de modo geral a busca da justiça e do bem comum não entra em rota de colisão com a garantia da segurança jurídica, mas antes a pressupõe. Foi exatamente isto o que afirmou o Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no julgamento da medida cautelar nº 2900-3/RS, relatado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que se consignou ou que ‘a segurança jurídica, como subprincípio do estado de direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de Justiça’. (BINENBOJM, 2014, p. 187-188).

Em artigo doutrinária, Almiro do Couto e Silva (2004) assenta que segurança jurídica é um conceito ou princípio jurídico que possui duas partes: uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira corresponde à irretroatividade da lei, relacionada com a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A segunda traduz-se na proteção da confiança das pessoas pertinente aos autos, procedimentos e condutas do Estado, em todos os seus aspectos.

Conforme o estudo acima aludido, o princípio da segurança, no seu aspecto subjetivo, desemboca na ideia de proteção da confiança, estabelecendo ao Estado, em face de alterações, limites e consequências patrimoniais. Esse instituto jurídico tem sido invocado em variegados tópicos no direito público, como, por exemplo, manutenção de atos inválidos, responsabilidade do Estado por promessas firmes feitas e responsabilidade pré-negocial do Estado.

É preciso mirar outros conseqüências de tão sofisticada concepção jurídica, voltando os olhos para as repercussões desse grande mandamento na seara da responsabilidade administrativa do gestor público. Remanesce relevante, nesse aspecto, a busca de critérios, balizas, para a atuação dos órgãos de persecução, diminuindo o âmbito de discricionariedade destes.

Entretanto, vários fatores comprometem a segurança jurídica do administrador no campo da responsabilidade administrativa, notadamente no que diz respeito à improbidade. Nesse sentido, podemos citar: a) vagueza dos textos legais; b) complexidade da sociedade; c) presunção, pelos órgãos de controle, de uma espécie de administrador fictício, ignorando as peculiaridades concretas de cada caso. Impõe-se referência a cada um desses aspectos isoladamente.

Quanto ao primeiro acima citado, gize-se que o ordenamento brasileiro possui quantidade significativa de normas de conteúdo indeterminado. Assim, basta fazer alusão aos princípios contratuais da função social e da boa-fé (CC, art. 421 e 422), cujo conteúdo é desvendado pelo trabalho incessante da doutrina e da jurisprudência. Porém, a incidência de preceptivos de conteúdo incerto não tem perfeita adequação no caso de incidência do *jus puniendi* estatal, em que uma tipicidade mais restrita se torna necessária. O direito penal e o direito administrativo sancionador exigem uma configuração de que confira uma certa antevisão das consequências jurídicas de seus atos.

Não obstante isso, Pedro de Holanda Dionísio (2019) assevera que a vagueza e a amplitude dos textos legislativos é uma característica normativa do sistema de controle sobre o administrador brasileiro. Como exemplos para tanto, cita o estabelecimento da legitimidade e economicidade como princípios orientadores de *accountability* (CF, art. 70) e o art. 11 da lei nº 8.429/92, que permite que os agentes públicos sejam condenados por improbidade por atos que violem princípios jurídicos.

No que diz respeito ao citado dispositivo da lei de improbidade, está disposto no seu teor que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. Agregue-se que o rol de condutas dos artigos que apontam os atos de improbidade é considerando meramente exemplificativo, conforme precedentes do STJ¹⁵.

É preciso registrar que não faz parte do respectivo tipo de norma principiológica a descrição de comportamento do respectivo destinatário. Ana Paula de Barcellos (2005) pontua que as regras descrevem comportamentos sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar, enquanto os princípios estabelecem ideias, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem as ações que devem ser praticadas para alcance desses fins. Tal linha doutrinária fundamenta-se na distinção básica correspondente à estrutura das espécies de normas. A abertura de significado de um princípio é algo que merece atenção do jurista quando tal norma é utilizada para alavancar o exercício punitivo estatal.

Fabio Medina Osório (2018) pontifica que as condutas proibidas causam grande perplexidade, em face da enorme vagueza semântica que se mostra peculiar aos tipos, atemorizando os gestores públicos e municinando os órgãos fiscalizadores com amplos poderes. O autor fala da necessidade de que haja uma previsibilidade mínima. Destaca, ademais, que um

¹⁵ Nesse sentido, podem ser citados os julgados STJ, AgInt no AREsp 444.558/SP; STJ, REsp 1.130.318/SP.

ambiente semanticamente vago e impreciso apresenta riscos à segurança jurídica e à unidade de posicionamentos institucionalizados, sendo necessário controles adequados e democráticos sobre os operadores do direito.

Por outro lado, e ainda na esteira dos ensinamentos de Fábio Medina, as vantagens que parte da doutrina apresenta em prol desse ambiente semanticamente vago seriam: a) permitir ao intérprete mobilidade para atualizar os textos legais diante dos velozes acontecimentos sociais; b) outorgar flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, coibindo manobras formalistas que conduzem à impunidade; c) acompanhamento da dinâmica da corrupção e dos fenômenos da má gestão, que não podem ser cristalizados em textos legais.

De um modo geral, a doutrina critica a vagueza normativa da lei de improbidade. Essa técnica legislativa vai na contramão da ideia de que o respectivo ilícito é voltado para os casos de invulgar gravidade. Tomando-se o teor literal do dispositivo estudado, qualquer ilegalidade se converteria automaticamente em ato ímprobo, o que está em franco descompasso com o próprio conceito de tal ilícito, reservado para as hipóteses de violações graves no âmbito da administração pública.

A possibilidade de se ajuizar uma ação de improbidade contra alguém baseada apenas no descumprimento de princípios de direito administrativo confere alargada discricionariedade aos órgãos de persecução estatal. Tal fator compromete a segurança jurídica do gestor. Gilmar Mendes, no julgamento da medida cautelar 966/2020, faz alusão a uma pesquisa apontando um percentual de 50% (cinquenta por cento) de ações de improbidade que chegam ao Superior Tribunal de Justiça, no período de 2005 a 2018, corresponde à hipóteses de alegação de violação a princípios:

Uma pesquisa recentemente realizada por docentes do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e apresentada na Confederação Nacional dos Municípios (CNM) analisou 800 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, publicados entre 2005 e 2018, contra prefeitos. De acordo com a pesquisa, menos de 10% das ações de improbidade contra prefeitos que chegam ao STJ estão relacionadas a situações de enriquecimento ilícito, previsto no art. 10 da Lei 8.429/1992. Mais da metade dos casos no STJ envolvem tão somente a modalidade de improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública contemplada no art. 11. Além disso, há uma intensa discussão sobre a proporcionalidade das sanções aplicadas pelos atos de improbidade. (STF, ADI 4621 MC, voto min. Gilmar Mendes, p. 20)

Quanto à questão da natureza complexa da sociedade, tal tema foi abordado por Canotilho (2003) quando tratou sobre os problemas da teoria da Constituição. Como dito, esse é o segundo ponto levantado que solapa a previsibilidade do ambiente de atuação do agente público. O constitucionalista chama atenção para um fato que rotula como hipercomplexidade social, em uma sociedade pluralista, marcada por diferenciações funcionais.

Segundo esse estudioso, cada sistema diferenciado (político, econômico, científico) dispõe de um código funcional próprio (o voto no sistema político, a moeda no sistema econômico). Não há um código unitarizante dos vários fenômenos sociais. Cuida-se de ambiente marcado por crescentes graus de especialização, impessoalidade e abstração no conjunto dos sistemas sociais. Ainda seguindo o caminho do raciocínio do mencionado jurista português, a hipercomplexidade social justifica a oposição a qualquer escolha pública e, sobretudo, às deliberações políticas democráticas.

Tais circunstâncias foram objeto de atenção de Gilmar Mendes (2018), ao se manifestar no julgamento na ADI 2.797 (proposta contra a Lei 10.628/2002, que tinha estabelecido foro por prerrogativa de função em ações de improbidade). Explana que, se é um dado da nossa sociedade ser democrática e pluralista, também é certo que isso é um fator de instabilidade. Destaca que as decisões tecnocráticas ou políticas devem ser contestadas, com aferição da respectiva juridicidade. Registra que o texto constitucional proporciona os mecanismos para verificação da legitimidade dos atos do Poder Público.

No seu voto, afirma que o próprio sistema exige, em relação a certos agentes, um tratamento diferenciado, no que pertine à impugnação judicial dos atos praticados no exercício da função. Tal peculiaridade de regramento atende à perspectiva do interesse público. Isso corresponde a um ideário de estabilidade que interessa às instituições jurídicas.

Destaque-se que, com o aumento da complexidade, emerge a questão da informação no direito administrativo. Georges Abboud e Ricardo Campos (2018) fazem referência à capacidade de decisão administrativa quando a informação para a tomada de decisão não está disponível para o órgão decisor. Os autores falam em indispensabilidade de uma nova regulação administrativa quando a informação necessária para a decisão administrativa se encontrar na sociedade, em grandes empresas, em *standarts* normativos de organização internacional.

A complexidade da sociedade se manifesta nas leis, que redundam em inflação legislativa, segundo Gustavo Binimbojm (2014). De acordo com o pensamento desse professor, o excesso de leis decorre do mito positivista de completude do ordenamento jurídico conjugado com o aumento das funções do Estado. Esse jurista fala que é impossível o conhecimento pleno da legislação, o que erode as noções de segurança, certeza e estabilidade nas relações jurídicas. Averte que vivemos em um período de crise da lei, em que o administrador passa a ter um papel mais valorizado por um aplicador direto da Constituição.

Perante tal quadro normativo, o gestor público contemporâneo ainda se depara com ingentes problemas intrincados, como, por exemplo, transporte, saúde, educação marcada por limitações de recursos. Em face disso, a utilização de medidas criativas reputa-se necessária, o

que entra em descompasso com a ideia de cabe ao administrador tão somente aplicar a lei de ofício - assertiva que já recebeu críticas de Gustavo Binenbojm.

Firmadas as premissas acima, cabe colocar em foco que o órgão decisor atua com recursos limitados, para fazer escolhas em cenários que podem ser caracterizados por riscos e incertezas. Como diz Pedro de Hollanda Dionísio (2019), restrições de tempo e de custo limitam a quantidade e qualidade dos dados disponíveis. Em consonância com esse truísmo, consta relevante disposição no art. 3º da MP 966, que, como visto, trata sobre a responsabilização dos agentes públicos por atos relacionados com a covid-19. Segundo os termos do referido preceptivo, na aferição da ocorrência do erro grosseiro, serão consideradas as circunstâncias de incompletude de informação na situação de urgência ou emergência.

A atuação do decisor é marcada por lindes temporais cujas repercussões não podem ser ignoradas. O administrativista acima citado levanta interessante aspecto correspondente ao tempo ótimo das decisões institucionais. Aponta que há um significativo custo social e econômico na demora da tomada da decisão, que pode culminar, até mesmo, em perda de oportunidades. Destaca que, para atendimento da eficiência na sua atuação, é comum o gestor público encontrar-se na necessidade de aumentar a velocidade de suas decisões, tendo em vista rápidas mudanças na tecnologia e na economia. Com o incremento da velocidade do processo decisório, cresce significativamente a possibilidade de ocorrência de erros, o que compromete a segurança jurídica.

Para evidenciar como são emaranhados os desafios em face do setor público, é de bom alvitre pontuar que, com o enredamento das questões submetidas na contemporaneidade, surgiu o conceito de cisne negro (*Black Swan*) de autoria de Nassim Nicholas Taleb (2012). Segundo esse escritor, corresponde ao fenômeno caracterizado pela impossibilidade de previsão de sua ocorrência, não obstante possuir massivas consequências. A administração pública não está imune aos efeitos de eventos que, apesar de raros, possam implicar grande impacto.

Ilustra ocorrência desse tipo de situação o exponencial incremento da tecnologia nos mais recentes anos, a ponto de surgir a inteligência artificial. Tal tecnologia acabou tendo influência no âmbito do direito administrativo, na expedição de provimentos públicos. Em face disso, o enunciado 12 da Jornada de Direito Administrativo (2020) firmou a tese de que a decisão robótica deve ser suficientemente motivada, sendo a sua opacidade motivo de invalidação. O surgimento de tal inovação revela como é multifacetada a realidade do administrador público.

As peculiaridades acima expostas denotam quão intrínseca pode ser a aplicação da lei pelo administrador público, perante situações complexas, urgentes e com insuficiência de

informações. Não obstante isso, Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2020) apontam que os órgãos de controle parecem crer no mundo da aplicação da lei *ex officio*, em que bastaria ao administrador seguir os comandos normativos para não serem punidos. Os autores sustentam que os órgãos de persecução criaram uma espécie de administrador fictício, que serve como paradigma para o exercício do controle.

Cuida-se de um padrão que toma o administrador com uma mente iluminada, que age irrepreensível, cautelosa e diligentemente, em assonância com Gustavo Binenbojm e André Cyrino. Eles afirmam que mesmo que a aplicação da lei necessite algum juízo interpretativo, essa exegese seria aferível de forma exata por esse gestor ideal, correspondente a Hércules administrativo, em comparação com juiz filósofo de Dworkin.

Esse modelo abstrato recebe o nome de administrador médio, na terminologia da jurisprudência do tribunal de contas da União. Pedro de Hollanda Dionísio (2019), em dissertação dedicada ao estudo do erro do administrador público no Brasil, afirma que se cuida de uma concepção abstrata em que a culpa é aferida por meio do cotejo da conduta realizada com modelo ideal de comportamento. Ele aponta outros exemplos em que essa metodologia para aferição de responsabilidade também foi utilizada, correspondentes ao *bonus pater familias* (originário do sistema romano-germânico) e o *reasonable man* (dos países do Common Law).

No trabalho acadêmico acima mencionado consta a assertiva de que a utilização de um método puramente abstrato para aferir a culpa do administrador público viola o que está disposto no artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Impõe-se a concordância com tal raciocínio. De acordo com a letra de tal preceptivo, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Gilmar Mendes (STF, ADI 6421 MC), no já citado voto manifestado no julgamento da medida cautelar em face da MP 966/2020, afirma que essa figura utópica é utilizada como régua no controle externo, correspondente a uma idealização que não parece ser exclusividade dos órgãos de controle. Segundo o Ministro do STF, alguns casos de escolas no ano do Ministério Público e do Poder Judiciário placitam abordagem semelhantes.

O constitucionalista chama a atenção para o fato de que, cenários marcados por dificuldades de uma crise econômica, financeira ou sanitária demandam dos decisores públicos medidas urgentes e invasivas. Em face disso, o exame posterior da responsabilidade do agente público deve levar em consideração o contexto informacional contemporâneo a tomada de decisão.

Verifica-se que os aspectos acima apontam uma situação de insegurança jurídica do administrador público no que tange à responsabilidade pela atribuição de atos ímprobos. Tal fato gera graves consequências no bojo da administração pública. O desenvolvimento de uma cultura judicial que persegue, reprime e cerceia a boa gestão não é compatível com os preceitos constitucionais da eficiência, da moralidade e da impessoalidade da administração pública, conforme aponta o Min Gilmar Mendes. Tal posicionamento, resumida na ideia-chave de escassez de parâmetros de responsabilização, é exposto de forma precisa no seguinte de seu voto:

Nos últimos anos, publicistas de escola do Direito Administrativo brasileiro têm levantado sérias preocupações com a ausência de critérios para a definição da responsabilidade administrativa de gestores públicos nas três esferas da administração direta e indireta. Autores (...) têm diagnosticado, no Brasil, a ocorrência de verdadeiro “Apagão das Canetas” – expressão utilizada para designar sentimento generalizado de temor e de inação de nossos gestores públicos frente aos riscos de responsabilização pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário. O pior que poderia acontecer, em um momento como o que estamos vivendo, em que - como já disse a Ministra Rosa - é necessária a ação, era a inação, era a inércia. (STF, ADI 6421 MC, voto min. Gilmar Mendes, p. 12)

Em face disso, a doutrina aponta para a existência de uma cultura do medo no âmbito da administração pública, em que não há um estímulo para soluções criativas. Esse é o pensamento de Priscila de Souza Pestana Campana (2017), segundo a qual o modelo de controle hodierno, ao invés de inibir a corrupção, coíbe a liberdade e a eficiência da atuação administrativa. Assim, o gestor público acaba limitando a sua atuação na zona de conforto. Tomar decisões no cotidiano da administração pública, mesmo que rotineiras, passa a atrair riscos de responsabilização.

Pedro de Hollanda Dionísio (2019) faz alusão ao temor imposto pela intolerância ao erro, que causa prejuízos ao processo decisório do administrador público, comprometendo a inovação e o experimentalismo. Acentua que o receio de ser sancionado por erros escusáveis gera um ambiente de imprevisibilidade e insegurança. Nessas circunstâncias, o principal critério de escolha deixa de ser a realização do interesse público, mudando-se o foco para a maior ou menor possibilidade de responsabilização pela decisão tomada.

Na sua exposição, destaca que, normalmente, a responsabilidade do gestor público decorre de supostos erros ensejados por atividade comissiva. Isso ocorre, por exemplo, com a realização de despesa em excesso ou dispensa irregular de licitação. Em face disso, alude a uma paralisia organizacional ensejada pelo excesso de controle, chamada como “apagão das canetas” ou “ossificação administrativa”. O trecho abaixo de sua dissertação retrata o pensamento de que o comportamento omissivo acaba sendo a opção mais segura para o administrador:

É por isso que se diz que o medo representa um poderoso incentivo à omissão [...]. Na dúvida, dorme tranquilo, quem indefere.

A inércia costuma ser mais segura para o gestor, ainda que, no caso concreto, sua ação seja absolutamente racional e necessária ao interesse da Administração. O medo excessivo de punições futuras costuma ser causa de uma contumaz recusa por parte dos agentes públicos em autorizar - mediante assinatura - ações positivas da Administração Pública. (DIONÍSIO, 2019, p. 99).

Uma outra repercussão da cultura de insegurança apontada consiste, ainda seguindo as pegadas do citado autor, na falta de atratividade das atividades públicas com natureza decisória. Assumir cargo de gestão na administração pública, em um ambiente em que não há tolerância a equívocos, pode colocar em risco o patrimônio e a reputação do profissional. O desestímulo fica mais acentuado para aqueles que forem mais capacitados, que têm o potencial de conseguir boa remuneração no mercado, ainda que tenham vocação para gestão pública. Pedro de Hollanda Dionísio fala que até mesmo servidores de carreira não se sentem confortáveis em trocar os cargos burocráticos e seguros por funções de gestão, em face dos riscos envolvidos em tal escolha.

No citado voto referente ao julgamento da medida cautelar em face da medida provisória 966, o ministro Gilmar Mendes (STF, ADI 6421 MC, p. 17-18) fez interessantes considerações sobre as consequências do chamado apagão das canetas em hipótese delicadas de políticas públicas, como repasse de verbas e renegociação de dívidas públicas:

Em hipóteses delicadíssimas de adoção de políticas públicas como repasse de verbas e renegociação de dívidas públicas, por exemplo, o pior cenário possível é que ocorra o já referido aqui “Apagão das Canetas”, situação em que os gestores públicos ficam paralisados pelo medo de responsabilização.

O temor da caneta só direciona o agir para a solução formal que nada agrega à construção de políticas públicas. Nas palavras precisas do saudoso professor carioca Marcos Juruena: “Dorme tranquilo quem indefere”. (Como destacado em MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. O medo e o Ato Administrativo. Revista Colunistas – Direito do Estado, n. 289, 2016).

Em uma passagem anterior dessa dissertação, foi realizada alusão ao conceito de cisne negro, de Nassim Taleb (2012), que pode ser considerado como evento imprevisível que possui consequências imensuráveis. Expôs-se que o incremento da tecnologia na administração pública se enquadra em tal conceito. Diferentemente, a cultura de insegurança não tem pertinência com tal noção, por ser plenamente conhecida pela doutrina especializada, além de ter corolários previsíveis.

A concepção que se adéqua no caso da insegurança e imprevisibilidade do gestor público, em tal campo punitivo, não corresponde ao cisne negro, mas sim ao chamado rinoceronte cinza (*Gray Rhyno*), concepção formulada por Michelle Wucker (2016). Cuida-se de uma metáfora correspondente a um problema óbvio, com graves consequências, em face dos

quais, não são tomadas medidas para evitar ou minimizar os riscos. A ameaça de paralisação da administração pública por insegurança do órgão decisor corresponde a tal fenômeno, tendo em vista todas as considerações feitas acima. No âmbito processual, o abandono do princípio *in dubio pro societate* seria um grande passo para evitar esse perigo.

Michelle Wucker sustenta que significativa parte das grandes crises do passado começaram como intensamente óbvias ameaças, que foram ignoradas. Exemplo concreto consiste na mudança climática, que produz impactos na escala global, tendo também profundos efeitos na vida concreta das pessoas. As claras consequências desse *Gray Rhino* já estão ocorrendo como o aumento da concentração de dióxido de carbono e dos níveis do mar.

Trazendo essa concepção teórica para a realidade da administração pública brasileira, a insegurança do gestor público em ser responsabilizado perante uma ação de improbidade temerária é algo notório. Edição do jornal Folha de São Paulo de 30 de dezembro de 2000 (publicada há quase 20 anos) (GOVERNO..., 2000, p. A4) alude ao receio de inviabilização da atividade administrativa. Essa apreensão está consignada na exposição de motivos da medida provisória 2.088, assinada pelo então Min. da Justiça José Gregori.

De forma semelhante, a exposição de motivos da medida provisória 966, de 13 de março de 2020, já referida, fala da necessidade de que o agente público não tema que as suas ações, no combate à COVID, sejam confundidas com práticas ilegais de quem eventualmente se aproveitou do momento para praticar corrupção. O medo do administrador de ser responsabilizado indevidamente por improbidade existe há décadas, sendo que a ameaça de "apagão das canetas" é algo concreto. Não é à toa que se fala, atualmente, em direito administrativo do medo.

A par disso, é preciso registrar que o enquadramento dogmático da disciplina correspondente a tal matéria é um ponto relevante em seara tão sensível do direito administrativo sancionador, tendo em vista os respectivos efeitos práticos. Impõe-se, portanto, verificar se a lei de improbidade se amolda à disciplina do direito penal, do direito civil ou de um terceiro gênero híbrido. É preciso investigar se as medidas afitivas previstas no art. 37, § 4º, da Constituição Federal têm natureza penal ou civil em um sentido amplo. Essa indagação traz vários consectários de relevo, como, por exemplo, aferir a principiologia que rege tais consectários normativos, ponto este que será tratado no tópico seguinte.

2.2 Improbidade administrativa como um modelo híbrido entre o direito penal e o direito civil

No tópico anterior do presente estudo, foi detalhada a normativa relacionada à improbidade. Houve destaque para a medida provisória 966/2020, que restringiu a possibilidade de responsabilidade culposa na espécie. Mereceu enfoque, também, o conceito de improbidade, traduzido com uma hipótese qualificada de ilicitude administrativa, não podendo ser confundido com qualquer espécie de ilegalidade. Foi observado que a natureza vaga, incerta, dos tipos da lei de improbidade, a situação social complexa e a adoção, pelos órgãos de controle, de uma figura utópica chamada administrador médio compromete a segurança jurídica do decisor público no que tange a questão de responsabilidade por ato ímprobo.

Também foi dito que esse ambiente de insegurança que permeia a atuação do administrador público corresponde a um *Gray Rhino*, de acordo com formulação de Michell Wucker. Traduzido no conceito de risco óbvio com consequência de grande impacto, em face do qual não são tomadas as medidas necessárias para evitar ou minimizar esse perigo, foi dito o espectro das ações de improbidade temerárias é conhecido há décadas pelas autoridades governamentais. Cabe, no presente ponto, buscar elementos que estudem a catalogação dogmática da disciplina da improbidade, o que implicará consequências que podem aumentar ou diminuir a situação de insegurança que foi referida no tópico anterior.

Como a presente dissertação é voltada para o estudo do *in dubio pro societate* na ação de improbidade, um dos pontos que demandam estudo consiste na análise da natureza jurídica de tal demanda. Isso se justifica pelo fato de que se cuida de instrumento processual marcado por peculiaridade significativa. Nenhuma outra ação cível é caracterizada pelo duplo filtro correspondente a sua análise de admissibilidade. Como será abordado, o rito na hipótese é similar ao que rege o processo dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos.

O objetivo do presente tópico não é tecer considerações aprofundadas em face da dicotomia direito penal e direito civil no campo das medidas sancionatórias. O escopo é analisar a matéria em face da extensão das garantias que o demandado em improbidade possui, cujo alcance pode variar conforme o tipo de ação em que está envolvido. Mesmo já tendo recebido atenção de vários doutrinadores, a meditação a respeito de tal questão é pertinente, em face dos vários prismas de enfoque que pode receber.

O roteiro que será seguido na abordagem consistirá em dois aspectos. Será feita uma pesquisa em relação aos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Nessa investigação, será destacado que a improbidade foi uma grande novidade no texto constitucional, surgida no

calor das discussões relativas às emendas sobre o conhecido Projeto Afonso Arinos. Mas não é apenas por causa disso que o resgate histórico será importante. No próprio nascimento da improbidade, no exercício do poder constituinte originário, duas correntes se digladiaram quanto à natureza civil ou criminal da ação de improbidade, querela que ainda continua interessante até os dias de hoje.

Outra frente de estudo implicará a investigação sobre as diversas possibilidades de enquadramento dogmático da improbidade. Alguns questionamentos podem ser feitos para tanto. Tendo em vista que o modelo civil tem uma formatação voltada para recomposição patrimonial, será que ele tem adequado cabimento para tutela da probidade na Administração Pública? Em face da gravidade das sanções contra o ato de improbidade, seria correto enquadrá-lo como matéria penal, mesmo não tendo a Constituição Federal expressa a respeito? Mesmo não se reputando a lei de improbidade como natureza criminal, seria possível se cogitar em uma unidade de poder punitivo estatal?

Como já dito, tal tema retroage à discussão da Assembleia Nacional Constituinte sobre os atos de improbidade. Fernando Gaspar Neisser (2019) relata que esta começou os trabalhos tendo como base o chamado “Projeto Afonso Arinos”, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Informa que, em tal documento, não havia previsão do princípio da moralidade nem alusão à temática da improbidade, conforme o seguinte excerto:

A Assembleia Nacional Constituinte iniciou seus trabalhos debruçando-se sobre o anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, apelidado de “Projeto Afonso Arinos”, tornado público em 26 de setembro de 1986. Referido projeto, na linha das constituições precedentes, não tratava do tema da improbidade administrativa, tampouco trazia o princípio da moralidade ao texto constitucional. (NEISSER, 2019, p. 67).

A matéria voltada à proteção da probidade no bojo da Administração Pública foi incluída posteriormente ao início das atividades do Poder Constituinte. Durante os respectivos debates, foi proposta pelo Constituinte Hélio Costa a emenda nº 559, cujo teor segue abaixo:

Os atos de improbidade administrativa são crimes inafiançáveis, e importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento do erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal correspondente.

Verifica-se, claramente, que a proposição acima capitulava a improbidade como infração penal, que não admitia fiança. É preciso destacar a parte final da emenda referida, segundo a qual a tramitação da ação de improbidade se daria sem prejuízo da ação penal correspondente. Em face disso, surge o seguinte questionamento: como é possível afirmar-se, em conformidade com o texto proposto, sem contradição, que a improbidade seria delito cuja persecução ocorreria sem prejuízo da ação penal? Percebe-se, portanto, uma certa incoerência

na referida proposição, que já denotava a dificuldade de se identificar em qual ramo do direito a improbidade se enquadra.

Conforme consta no Diário da Assembleia Nacional Constituinte (1988), anunciava o então Presidente da Assembleia Constituinte (Ulisses Guimarães) que tal emenda era redação-proposta substitutiva que corresponderia ao que seria o § 3º do art. 44 do texto constitucional. O autor da proposição, por sua vez, afirmava que era um texto de consenso, formado com a colaboração de vários juristas, cujo propósito era acabar com a corrupção no Brasil.

O constituinte Mário Covas asseverou que tal emenda era uma tentativa de agregação com o texto de outra emenda proposta pelo Centrão. Mas destacou que havia uma peculiaridade na proposta do Constituinte Hélio Costa, que não constava no outro texto apresentado relacionada com a já referida natureza jurídica da infração. Em face da emenda nº 559 ter a singularidade de prever a improbidade como crime inafiançável, este constituinte indagou ao então relator, Bernardo Cabral, se seria possível uma fusão com a emenda do Centrão que não previa expressamente a natureza penal do ato ímprobo.

O então relator Bernardo Cabral sustentou que a emenda nº 559 buscava aumentar o repúdio à corrupção com a retirada da possibilidade de fiança. Ponderou, entretanto que "nem todo ato poderia importar num crime para se tornar inafiançável", concluindo o seu parecer pela rejeição da aludida proposição. Além disso, negou a proposta do constituinte Mário Covas pela fusão com a emenda do Centrão, afirmando não poder alterá-la.

Após ter recebido manifestação contrária da relatoria, a emenda do Constituinte Hélio Costa foi submetida à votação, tendo sido rejeitada, por não obter os 280 votos necessários para tanto. Detalhe que merece atenção consiste no fato de que tal emenda quase obteve aprovação, pois conseguiu 276 votos favoráveis. Tudo isso, consoante consignado no já mencionado Diário da Assembleia Constituinte de 1988, revela como, desde o seu nascimento constitucional, havia acesa discussão sobre a natureza cível ou criminal da improbidade.

Neisser (2019) afirma que, no dia 10 de março de 1988, acabou sendo aprovada a emenda nº 2.039 do Centrão, que se tornou a redação atual. O Diário da Assembleia Constituinte de 1988 revela a importância que foi dada à discussão sobre improbidade. A posição topológica da norma aponta essa relevância, que corresponderia ao § 2º do art. 43 (no texto definitivo consiste no art. 37, § 4º), no início da normativa, encimando os doze parágrafos seguintes.

Frise-se que tal proposta não versava exclusivamente sobre improbidade. Era um texto base de direito público, abrangendo disposições gerais sobre a administração pública, servidores públicos civis e servidores públicos militares. Destaque-se que tal emenda, além de

conter a tutela em prol da probidade da administração, previu expressamente o princípio da moralidade da administração pública.

Feito tal retrospecto histórico, vem a pelo a citação do art. 37, § 4º, tantas vezes referido neste trabalho: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. O teor do dispositivo constitucional retrata uma opção clara do legislador constituinte em retirar a natureza criminal da ação de improbidade. Isso decorre da expressão “sem prejuízo da ação penal”, o que acabou gerando muitas discussões sobre a questão da vedação do *ne bis in idem*.

Desborda dos objetivos do presente estudo a investigação sobre proibição da acumulação de várias sanções sobre o mesmo fato decorrente feito por meios diferentes. Tema tão polêmico necessita de aprofundado estudo próprio, que perpassa a discussão sobre a unidade do *jus puniendi* estatal. Seja como for, em face de ter relação com o tema agitado no tópico, será feita rápida referência ao tema.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento estabilizado no sentido da possibilidade de acumulação de penalidades relativas ao mesmo fato. De fato, consta na edição de jurisprudência em teses do STJ, na edição 40 (2015), posicionamentos daquela corte que restringem a aplicação do *ne bis in idem*. Nesse sentido, está incluso em tal publicação a tese de que os agentes políticos sujeitos a crime de responsabilidade, ressalvados os atos ímprobos cometidos pelo Presidente da República (art. 86 da CF) e pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não são imunes às sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º, da CF. Está presente também a asserção de que os agentes políticos municipais se submetem aos ditames da lei de improbidade administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei n. 201/1967.

A mesma senda foi seguida pelo Supremo Tribunal Federal, que, no Recurso Extraordinário 976.566 (2019), firmou, na ementa desse julgado, o posicionamento de que independentemente de as condutas dos prefeitos e vereadores serem tipificadas como infração penal ou infração político-administrativa, previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa tem natureza autônoma, devendo ser apurada em instância diversa.

Tal tese, que admite a possibilidade de cumulação de sanções nessa hipótese, é passível de críticas, mesmo tendo apoio de entendimento jurisprudencial. O grande ponto que merece reflexão é que essa corrente não se amolda à compreensão de que o *jus puniendi* do Estado é um só. Por isso, entende-se que a etiqueta atribuída pelo legislador sobre qual seria o tipo de

punição passa a ser irrelevante, posto que o direito punitivo estatal tem natureza una. Segue-se, como entende Gaspar Neisser (2019), que o comando proibitivo de acumulação de sanções envolve, inclusive, medidas de direito penal e direito administrativo sancionador.

É preciso deixar claro, por amor à precisão do discurso, que se está aqui fazendo referência à vertente material do *ne bis in idem*. Sirlene Nunes Arêdes (2018) ensina que o aspecto processual de tal instituto tem o objetivo de impedir a repetição de julgamento por fato judicialmente decidido. Em tal hipótese, consiste em uma proibição de que ocorra a nova propositura de uma mesma ação. Na esteira da lição da referida estudiosa, a versão material de tal princípio consiste na impossibilidade de aplicação de mais de uma punição pelo mesmo fato. A ideia, nesse ponto, consiste em evitar que ocorra um duplo sancionamento decorrente da mesma situação fática.

A lição da referida doutrinadora tem pertinência no caso de aplicação de medidas punitivas *lato sensu*, independentemente da rotulação como criminal, superando a vedação originária limitada, inicialmente, para a esfera criminal. Atualmente, o reconhecimento da impossibilidade de dupla punição pode ser, inclusive, entre uma infração penal e um ilícito administrativo. Nos termos da lição da referida jurista, o acatamento de tal princípio nessa concepção é uma medida necessária para concretização de direitos fundamentais, por força da teoria da unidade do poder punitivo.

Feita a alusão à questão do duplo sancionamento e voltando ao estudo sobre o enquadramento dogmático da improbidade, convém firmar que José Augusto Delgado (2001) apresenta os três posicionamentos que disputam sobre a natureza jurídica da lei de improbidade. A primeira linha de entendimento sustenta que os efeitos da lei de improbidade são de natureza administrativa e patrimonial - civil no sentido lato. O segundo posicionamento entende que o referido diploma encerra, fundamentalmente conteúdo de direito penal, devendo assim ser considerada. Uma terceira corrente adota posição eclética. Segundo tal proposta, dependendo da autoridade que integra o polo passivo, a natureza do ilícito será crime político, de responsabilidade ou de responsabilidade reparatória e administrativa.

Os posicionamentos que têm maior apoio são aqueles que adotam que a lei de improbidade seria cível no sentido amplo e o que aponta uma certa natureza híbrida da matéria. Optam em favor da primeira corrente aqueles que destacam a interpretação literal do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que utiliza a expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”. Como será visto, na alusão ao julgamento no Ag. Reg. na petição 3.240 do STF (2018), também é utilizado, em prol de tal forma de pensamento, uma interpretação sistemática do art. 15 do texto constitucional, que arrola, como causas autônomas de perda ou suspensão dos direitos políticos,

a condenação criminal (inc. III) e a improbidade administrativa (inc. V). A alusão a esse preceptivo foi feita pelo Min. Luís Roberto Barroso, no voto em que reconheceu que o ato ímprobo tem natureza civil.

Os estudiosos que se impressionam pela diferenciação do procedimento e gravidade das sanções buscam uma concepção eclética do fenômeno da improbidade, de forma que um certo sincretismo entre normas penais e extrapenais seria o regramento mais adequado. Não basta que o legislador tenha rotulado um ato normativo como cível para definir, de fato, a sua natureza jurídica, posto não ser impossível que normas criminais sejam disfarçadas como simples regramento privado. Esse pensamento se revela obsequioso ao direito administrativo sancionador de um Estado Democrático de Direito, enriquecido por garantias penais limitadoras do poder punitivo estatal.

Nessa zona cinzenta normativa perpassa não só a improbidade, como também outros institutos jurídicos, como, por exemplo, a multa civil, incidente em indenização por danos morais. Tratando especificamente sobre este instituto jurídico, Arthur Nogueira Feijó (2019) fala em direito civil punitivo, em face do qual há uma interseção com os valores do direito penal. Cuida-se de noção lastreada na congruência lógica do sistema repressivo, iluminada por uma unicidade de normas constitucionais.

O autor acima citado, defensor da corrente correspondente ao chamado direito civil punitivo, apresenta, de forma precisa, os argumentos contrários à sua tese. Descreve que a apontada contrariedade da função punitiva com o sistema cível brasileiro relaciona-se com a alegação relacionada à própria origem do nosso sistema. Por ser o Brasil tributário do *Civil Law* decorreria, segundo tal exposição, uma separação intensa entre Direito Público e Privado, abrangendo as respectivas sanções. Nesse ponto, cabe uma citação literal do trecho de sua dissertação:

Tal processo se deu em homenagem à ascensão da burguesia como classe dominante durante as Revoluções Burguesas do século XVIII, oportunidade em que se firmaram as bases da autonomia privada e do refreamento do poderio estatal, cuja atuação restou vinculada ao pressuposto da legalidade.

Destarte, em consolidação no novo contexto sociopolítico nascente, adveio o Código Civil francês de 1804, no qual se perpetuou uma rígida barreira entre as matérias civil e penal, em reflexo do imperativo de liberdade defendido na seara das relações particulares. Isso resultou na eliminação do teor punitivo das sanções civis, preservando-se, tão somente, a natureza estritamente reparatória, o que influenciou nas codificações posteriores, inclusive na brasileira. (FEIJÓ, 2019, p. 85).

Voltando a mirada para o campo da improbidade, a controvérsia consiste em saber se a norma magna realizou uma inovação em tal matéria para, de forma mais severa, punir o agente público em caso de corrupção. Saber se a respectiva sanção tem natureza civil, distinta das

medidas penais, exige não apenas a interpretação do respectivo dispositivo constitucional, mas também a análise da disciplina jurídica da improbidade como um todo.

É preciso deixar manifesto, mais uma vez, que não basta ao legislador apenas colocar um rótulo em uma respectiva norma para lhe atribuir a respectiva natureza jurídica, civil ou criminal. A mera forma prevista na legislação não define tal questão, conforme será exposto. Entendimento contrário poderia fazer tábula rasa das garantias do indivíduo. Não haveria segurança jurídica aos cidadãos caso o regramento da matéria dependesse da etiqueta que o legislador colocasse na norma.

Não se ocupa o presente estudo em identificar o caráter diferenciador do direito criminal, tarefa que não se adequa aos limites do presente trabalho. Para se perceber a complexidade disso, basta ter em conta que, em algumas situações concretas, uma sanção civil pode ser mais gravosa que uma multa penal. Seja como for, repisar a ideia de que a forma não representa o parâmetro de identificação do direito penal é um apanágio de segurança jurídica para todos. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangel (2006, p. 92):

O direito penal, por ser direito, participa de todas as características do direito em geral: é cultural, é normativo, é valorativo etc. Por ser “direito público” regula relações dos homens com o estado como pessoa de direito público. Mas com isso não conceituamos ainda o direito penal, porque com essas características não podemos distinguir o direito penal dos demais ramos do direito. O que é, pois, que deve distinguir o direito penal dos outros ramos do direito? Qual deve ser a sua característica diferenciadora?

Esta característica não pode ser encontrada em outra parte senão no meio em que o direito penal prover a segurança jurídica: a coerção penal. Todo direito prover a segurança jurídica, mas só o direito penal a realiza com a coerção penal. [...]

Não se pode afirmar que o direito penal se individualize pela forma que o legislador quis dar a lei, porque, se assim fosse, seria mais fácil para ele burlar todas as garantias: poderia dar forma não penal a uma lei penal e, conseqüentemente, prescindir de ater-se a todas as garantias que regem a lei penal conforme a Constituição e a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A questão da irrelevância do aspecto formal para definir a real natureza da infração também não passou despercebida por Fernando Gaspar Neisser (2019, p. 166) que consignou:

Não se pode perder de vista, na linha do quanto exposto, que foi exatamente com o intuito de limitar a aplicação de penas que se construiu, desde o Iluminismo, um extenso e sistemático conjunto de garantias em prol do indivíduo. Tais salvaguardas [...] perdem o seu valor se sanções civis, equivalentes funcionais das sanções criminais [...], podem ser usadas indistintamente por mera opção do legislador, do governo ou dos órgãos de acusação.

Reafirme-se que uma das discussões fundamentais relativa à improbidade diz respeito à sua natureza jurídica, em face dos desdobramentos práticos daí decorrentes, como a extensão das garantias do demandado e a definição do juízo competente para demandas que envolvem autoridades públicas. O debate sobre o enquadramento dogmático de tal ilícito é relevante tanto para a academia quanto para o cotidiano nos juízos e tribunais, servindo como paradigma para

aferir diversos aspectos processuais relevantes. Como será assentado, o Supremo Tribunal Federal chegou a enfrentar tal discussão, quando estava decidindo questões relativa ao foro por prerrogativa de função.

Retomando a questão da negativa do caráter criminal *stricto sensu* da ação de improbidade, dessume-se que entendimento contrário implicaria uma subversão da opção do legislador constituinte de 1988. Como relatado acima, durante os trabalhos da Assembleia Constituinte, foi rejeitada a proposta de colocação do rótulo de crime para o ato *improbis*. Não cabe ao intérprete fazer tábula rasa das opções feitas pelo detentor do poder constituinte originário relativa à norma tão relevante voltada à contenda contra à desonestidade na administração pública.

Fabrizio Rocha Bastos (2017) sustenta que as sanções previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição da República não revelam natureza penal, mas cível. Para tanto, argumenta que a tipicidade, nesse ponto, é aberta, com elementos subjetivos valorados e narrados de maneira diversa. Nesse sentido, a estrutura dos tipos tem premissas e aplicabilidade diferentes. Abordando ainda a questão da natureza jurídica da ação de improbidade, ratifica o seu posicionamento, argumentando em face dos bens jurídicos a serem tutelados. Sustenta que o patrimônio público econômico e o interesse no sentido de uma administração proba são interesses transindividuais, a serem protegidos por um número indeterminado de pessoas ligadas por relações básicas fáticas.

Registre que já é reconhecido pela doutrina especializada que tal combate à corrupção não pode ser feito apenas pelas normas criminais, tendo em vista que outros ramos podem ter uma atuação nesse setor. Ou seja, afigura-se necessário o auxílio de normativa extrapenal para exercer tarefa tão relevante, tendo em vista não ser imprescindível ameaça do mal de privação da liberdade para exercício de função dissuasória. Valter Shuenquener de Araújo (2020) ensina que o direito penal tem-se mostrado insuficiente para exercer tal mister, sustentando que o direito administrativo tem uma função voltada à produção de efeitos que se estendem no tempo, além de ter forte desestímulo contra tal ilicitude.

No dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1991), ao reagir contra a corrupção, os países em desenvolvimento não raro promulgam leis mais severas visando combatê-las. O autor afirma que isso não costuma dar resultados, sendo que, o mais das vezes, paradoxalmente, serve para multiplicar as ocasiões das medidas que procura combater. Segundo o estudioso, a prevenção em face de tal injuridicidade aponta medidas nos planos político, parlamentar, administrativo e repressivo. Neste último aspecto, o articulista chama a atenção apenas para a responsabilização administrativa *stricto sensu*, sem fazer menção às normas penais.

A respeito disso, Fernando Gaspar Neisser (2019) pondera que, se infração penal e improbidade devessem ser apurados, processados e apenados de forma idêntica, a própria existência da lei de improbidade não faria sentido. Em face da escolha do legislador, cabe à academia um posicionamento de atendimento, na busca de meios que garantam, como regra, a sua aceitabilidade com o ordenamento jurídico como um todo. No dizer do mencionado professor:

Como já dito em outra oportunidade, [...] o papel do cientista do Direito não pode ser assumir a função de censor das escolhas políticas do Parlamento [...], cabendo-lhe [...] lutar para encontrar caminhos que sustentem a legitimidade da norma posta, pugnando por seu afastamento somente na situação-limite [...], razão pela qual [...] a análise deve ser com grande dose de boa vontade em relação à lei positiva [...]. (NEISSER, 2019, p. 163).

Por outro lado, não se pode também admitir a mera aplicação do modelo típico de direito civil no campo das improbidades, sem distinção das demais ações que envolvem direito privado em geral. A explicação para tanto consiste no fato de que se cuida de meio processual de implementação de função pública que envolve o poder punitivo estatal, que, por seu turno, atrai a disciplina dos direitos fundamentais. A teoria da unidade do poder punitivo estatal mostra-se obsequiosa ao entendimento de que a repressão estatal tem um aspecto global, que deve ser devidamente limitada, conforme Sirlene Arêdes (2018).

Fernando Gaspar Neisser (2019, p. 162) apoia tal entendimento, sustentado que o modelo típico do direito civil é inadequado para identificação do elemento subjetivo da improbidade:

Ao analisar a imputação subjetiva no Direito Civil, contudo, percebeu-se que o foco dado primordialmente ao dano causado e à vítima que busca reparação distancia o modelo daqueles em que se busca sancionar alguém, em que a atenção sempre será voltada ao sujeito a quem se imputa. Sem uma distinção mais elaborada entre dolo e culpa, vez que é desnecessária para fins de apuração da mera existência do dever de indenizar, não se pode promover o encaixe do paradigma civilista ao campo das improbidades administrativas.

A tese que defende a aplicação de garantias punitivas em outros campos do direito aponta que o mais relevante é o respeito às normas constitucionais. A ideia que está por trás disso consiste, no dizer de Arthur Nogueira Feijó (2019), em um piso mínimo de direitos fundamentais observado em matéria de aplicação de punições. Em dissertação dedicada ao estudo do chamado direito civil punitivo, esse estudioso afirma que se deve observar um rol mínimo de princípios necessários em seara punitiva do direito civil: legalidade, taxatividade, lesividade, culpabilidade e presunção de inocência, vedação à dupla punição pelo mesmo fato, pessoalidade e individualização da pena, anterioridade e retroatividade da lei penal mais benéfica. Nas palavras do autor:

Aprofundando a interseção entre Direito Civil e Direito Penal, afirmou-se que, sobre a regência constitucional, deve prevalecer, independente da formal setorização da sanção em um ramo jurídico, um piso mínimo de regulação do viés punitivo. Nessa toada, compilando as ideias até agora apresentadas, há de se apresentar em destaque dois enfoques primordiais ao modelo de direito punitivo de planície, aplicável a causa geral de multa civil: a um, a cautela em preservar a causa da sanção punitiva com base na ideia de prevenção (proteção contra ameaça de direito); a dois, o imperativo de assegurar os direitos fundamentais do acusado. (FEIJÓ, 2019, p. 177).

A aplicação de um modelo híbrido parece ser o melhor critério de solução. Com isso, reconhece-se a natureza cível da improbidade e, por outro lado, admite-se a incidência das regras de salvaguarda da posição jurídica do demandado típicas do direito penal. Esse posicionamento representa respeito à vontade do constituinte originário formatada no art. 37, § 4º, da Constituição Federal – norma indicativa de que a ação de improbidade se processa independentemente da ação penal. Por outro lado, mostra-se obsequiosa aos direitos fundamentais de quem figura no polo passivo de tais demandas, eis que a própria legislação lhe atribuiu um rito similar aos do feito penal. Essa qualificação conduz ao julgador o precatório típico das ações criminais para as ações de improbidade, critério que serve para erodir a aplicação do *in dubio pro societate* em tais demandas.

É necessário ter em conta que a lei trouxe modelos do Código de Processo Penal para o rito da ação de improbidade, circunstância que tem um significado que não pode ser ignorado. Teori Albino Zavascki (2007) ilustra a questão, destacando que o procedimento da ação de improbidade é semelhante ao que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, descrita nos arts. 513 a 518 do CPP. Daí que essa importação de mecanismos traz para o processo civil situações inéditas, cujo enfrentamento exigirá a devida adequação sob o enfoque e pelo sistema do direito importador.

Fábio Medina Osório (2018) sustenta que as garantias do direito administrativo sancionador são uma decorrência do devido processo legal, que atribui uma proteção especial aos acusados, qualquer que seja a cobertura normativa envolvida. Considera a cláusula do *due process of law* como uma espécie de princípio constitucional, que perpassa a vedação de arbitrariedade dos poderes públicos. Essa afirmação merece atenção, posto que no direito administrativo não há a previsão de garantias expressas.

Ele reconhece que há uma aproximação no campo teórico entre as esferas penal e não penal de cunho punitivo, tendo em vista, dentre outros critérios, a grande similitude de sanções envolvidas. Defende a aplicação de institutos de natureza criminal na seara do direito punitivo, considerando-os a melhor referência histórica para balizar e limitar o poder punitivo estatal. Reconhecendo a superioridade dogmática do direito penal, defende a utilização de institutos

típicos deste ramo jurídico (como os excludentes da ilicitude, da culpabilidade ou da imputação) no campo da improbidade.

O estudioso afirma que não pretende reduzir as fontes do direito administrativo sancionador ao direito penal, como se houvesse alguma superioridade normativa. A sua proposta, em face do reconhecimento da superioridade teórica dogmática do direito penal, consiste em utilizar essa matéria como meio de contenção do poder punitivo estatal. De acordo com o seu pensamento, essa ideia conduz a uma perspectiva de equilíbrio entre os direitos fundamentais que podem estar em conflito.

Caso não se reconheça a aplicabilidade das garantias do devido processo legal no direito administrativo sancionador, sob argumento de ausência de previsão expressa a respeito, chega-se ao entendimento insólito de que seria mais gravoso responder por uma ação de improbidade do que ser réu em ação penal. Esta é marcada por normas que protegem a situação jurídica do demandado, fruto de longa evolução do Estado do Direito. Como o sistema jurídico não se compadece com soluções ilógicas, segue-se que as salvaguardas do sistema penal se aplicam no direito administrativo sancionador.

A importação, para o âmbito da improbidade, das categorias do direito penal, conjugada com o princípio do devido processo legal, constitui um importante meio de salvaguarda do demandado. O reconhecimento de que o regime jurídico da improbidade implica manejo do poder punitivo estatal que pode combinar em medidas aflitivas na esfera jurídica de outrem é critério importante para interpretação e aplicação das normas da lei n.º 8.429/92. Reconhecer que o *jus puniendi* mencionado não tem distinção ontológica em face da punição criminal tem decorrências práticas significativas na salvaguarda da posição jurídica do réu em ações de improbidade.

A não qualificação da improbidade como crime pela Constituição Federal não é óbice para a incidência das normas protetivas penais em tal matéria. Essa tese conduz a posicionamentos que ainda não recebem sufrágio da jurisprudência como o reconhecimento de *bin in idem* em direito administrativo punitivo e direito penal. Em face da coerência dogmática que lhe é subjacente, parece ser uma semente que poderá produzir muitos frutos, com realce para o recrudescimento do dever de cuidado no juízo de admissibilidade das ações de improbidade.

Apontados os principais posicionamentos doutrinários com relação à natureza jurídica da improbidade, é necessário proceder ao estudo do posicionamento jurisprudencial a respeito dessa querela. A escolha do posicionamento do STF a respeito desta questão parece ser a melhor opção, porque suas decisões são reproduzidas por todos os demais órgãos do Poder Judiciário

do país. Além disso, cuida-se de matéria eminentemente constitucional, que é da competência da mais alta corte do país.

Em face da sua relevância para a matéria, será analisado o Ag. Reg. na petição 3.240, cujo início do julgamento pelo pleno do Supremo Tribunal Federal ocorreu em 19.11.2014. A hipótese de origem correspondia a uma ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal, no juízo da 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, contra Eliseu Lemos Padilha, por atos praticados no exercício do cargo de Ministro de Estado dos Transportes. No curso de tramitação de agravo de instrumento, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região declinou de sua competência para o Supremo Tribunal Federal. O então relator, Min. Ayres Brito, determinou a suspensão do processo até a conclusão do julgamento da ADI 2.797, sendo que, após o julgamento desta, este julgador declinou a competência do STF.

Em face de tal decisão, Eliseu Lemos Padilha interpôs agravo regimental sustentando, dentre outros argumentos, que os agentes políticos respondem apenas por crime de responsabilidade, mas não pelos atos de improbidade administrativa.

No seu voto, tendo em vista o debate relacionado à situação jurídica dos agentes políticos em face da lei de improbidade, o Min. Teori Zavascki evidenciou dois pontos: a) a submissão, ou não, desses agentes ao duplo regime sancionatório (o da Lei nº 8.429/90 e o da Lei nº 1.079/50, que trata sobre os crimes de responsabilidade) e b) a existência, ou não, de prerrogativa de foro nas ações que visam aplicar aquelas penalidades. Afirmou que tais questões, embora distintas, são relacionadas entre si, sendo que ambas não tinham sido resolvidas inteiramente pela jurisprudência do STF.

No que se relaciona ao duplo regime sancionatório, destacou que não é lícito ao legislador ordinário, sob o argumento de tipificar crimes de responsabilidade, excluir os respectivos agentes das sanções decorrentes do art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Entendeu o Min. Teori Zavascki, no que pertine à prerrogativa de foro, que esta deve ser preservada em ações de improbidade. Verificou que há uma perplexidade na submissão de agentes políticos detentores dos mais importantes cargos da organização estatal à possibilidade de sofrerem as sanções previstas na lei de improbidade em processo de competência de juiz de primeiro grau.

Em coerência com a sua posição doutrinária acima referida, externou considerações que apontam os laços de identidade entre a matéria da improbidade e a disciplina penal. O Ministro destacou a semelhança entre as matérias, apontando que a inovação da ação de improbidade consiste na fase procedimental relacionada com a admissibilidade da demanda. Com isso,

chamou a atenção para o fato de que a preocupação do legislador com a adequação do processo civil para imposição de penalidades semelhantes às infrações penais.

No aludido voto, prosseguiu o seu raciocínio sustentando que existe uma unidade essencial do poder punitivo estatal, que autoriza a aplicação de garantias típicas do direito criminal do âmbito da improbidade. Tal posicionamento resguarda a situação jurídica do demandado, por decorrência de coerência do ordenamento jurídico. De acordo com o seu pensamento, aplica-se no direito administrativo sancionador as garantias da legalidade, da tipicidade, da responsabilidade subjetiva, do *no bis in idem*, da presunção de inocência e da individualização da pena. No dizer do saudoso ministro:

É justamente essa identidade substancial das penas que dá suporte a doutrina da unidade da pretensão punitiva (*ius puniendi*) do Estado, cuja principal consequência é a aplicação de princípios comuns ao direito penal e ao direito administrativo sancionador, reforçando-se, nesse passo, as garantias individuais. (STF, Pet 3240 AgR, p. 20).

Um outro ponto que chamou a atenção do referido julgador diz respeito à natureza das sanções da lei de improbidade. Estas são essencialmente punitivas, muito semelhantes às medidas penais, quais sejam suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Argumentou que apenas a pena privativa de liberdade possui natureza genuinamente criminal, tendo em vista ser cabível somente nos casos de infração penal.

Em face do aspecto peculiar procedimental das ações de improbidade, bem como do caráter afetivo das respectivas sanções, o posicionamento acima enquadrava a improbidade no campo de uma matéria ampla, relativa ao direito punitivo do Estado. Por outro lado, apontou no sentido de que as sanções não têm natureza penal, existindo pontos de identidade no que tange ao conteúdo e à função. Esta é punitiva, além de ter escopo pedagógico e intimidatório, visando inibir novas infrações.

O referido julgador concluiu o seu voto no sentido de reconhecer a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a ação de improbidade contra o então requerido Eliseu Lemos Padilha, então Deputado Federal.

Caso a tese defendida pelo Ministro Teori fosse acatada pelo plenário, o resultado prático teria sido o reconhecimento de foro por prerrogativa de função em ações de improbidade. O julgador reconheceu que, com isso, ações de improbidade que estavam em curso no primeiro grau iriam subir para o tribunal, que passariam a ter o que exercer atividade instrutória. Afirmou, por outro lado, ser um problema delicado o desenvolvimento, no primeiro grau, desses feitos em que figura como réu altas autoridades.

O impacto das consequências da adoção da tese do Ministro Teori Zavascki chamou a atenção do ministro Ricardo Lewandowski, no que tange à alteração da competência das ações de improbidade. Ele ponderou no sentido de que, caso a tese levantada pelo relator vingasse, os processos de improbidade se transmudariam em ação por crime de responsabilidade, em que todas as autoridades, *per saltum*, imediatamente seriam transportadas para outra instância jurisdicional. Destacou o risco de prescrição dessas ações e prejuízo para o erário público, afirmando cuidar-se de uma decisão da mais alta responsabilidade.

A partir dessa manifestação surgiu discussão entre os julgadores sobre o impacto da competência em ação de improbidade. Nessa oportunidade, Gilmar Mendes levantou ponderações importantes sobre o abuso do direito de ação em matéria de improbidade, entendimento que é a espinha dorsal da presente dissertação. O Ministro destacou que isso tem grande impacto em matéria eleitoral, quando se maneja ação de improbidade em casos correspondentes a simples eventuais reparações cíveis. São suas palavras:

Como também nós sabemos que há muitas ações de improbidade, percebe-se hoje pelo impacto que isso tem no âmbito eleitoral, acostumou-se a manejar a ação civil sempre como uma ação de improbidade, quando, na verdade, temos muitas discussões que, às vezes, estariam no campo meramente do ressarcimento. Mas o que dá charme à ação é a ação de improbidade, o que dá a nódoa de que se está fazendo uma ação política é a ação de improbidade, e hoje, eventual inclusive, com o consectário da inelegibilidade, que tem sido objeto de tanto debate, a partir da Lei da Ficha Limpa. (STF, Pet 3240 AgR, p. 36).

O Ministro Gilmar Mendes, ainda desenvolvendo a ideia de abuso do direito de ação na hipótese, apresenta crítica à noção de improbidade culposa. Diz se tratar de uma contradição nos termos. Também aponta que há casos de improbidade por simples ilegalidade, ponderando que, caso isso fosse levado às últimas consequências, toda autoridade que tivesse contra si concedido um mandado de segurança teria que também responder por ação de improbidade.

Após o voto do Min. Teori Zavascki e a realização de debates entre os julgadores, pediu voto o Min. Roberto Barroso. Este, no dia 10.05.2018, apresentou voto-vista divergindo do posicionamento do relator. Tal manifestação tornou-se vencedora, sendo adequado perquirir seus argumentos.

O voto condutor, da lavra do Min. Luís Roberto Barroso, destacou dados impressionantes relacionados à improbidade. Com base em informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça, por sua Seção de Gestão de Atendimento ao Usuário – Sistemas Nacionais – SEGAU, em 13.10.2015, apresenta elementos sobre o combate à corrupção. Relatou que mais de 14 mil pessoas já foram condenadas por improbidade administrativa no país, com cerca de R\$ 115 bilhões arrecadados aos cofres públicos, a título de ressarcimento do dano, perda de bens e valores e pagamento de multas.

No que tange à semelhança entre as sanções criminais e as punições de improbidade, arazou que a natureza do regime sancionatório não é determinada pelo tipo de sanções que ela enseja. Argumentou que a suspensão dos direitos políticos – sanção de natureza política - é um dos efeitos secundários da condenação criminal, mas não confere caráter político ao processo penal. Na mesma toada, salientou que a presença de sanções coincidentes dos crimes de responsabilidade e ilícitos de improbidade administrativa não interfere na natureza dessas instâncias de responsabilização.

O referido julgador desenvolveu argumentação que afasta a incidência do *ne bis in idem* no que tange às penas de improbidade com outras medidas punitivas. A sua tese foi no sentido de que não há óbice para que um comportamento seja sancionado por meios diferentes de regimes de responsabilização, mesmo que haja identidade de tipologia, fundando-se na premissa de que a Constituição Federal admite a possibilidade de coexistência de instâncias de responsabilização distintas. Nesse sentido, cita o art. 37, § 4º, (que utiliza a expressão “sem prejuízo da ação penal”) e o art. 52, p. ún. (norma que dispõe sobre o julgamento dos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal, que estabelece que a condenação em tal hipótese ocorre “sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”). Conclui que não há violação ao aludido princípio:

Considerando-se, então, que as instâncias punitivas são entre independentes entre si, a possibilidade de dupla penalização das condutas não representa qualquer violação ao princípio do *non bis in idem*. Por consequência, não há superposição entre os regimes de responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa e de responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Tratam-se, em verdade, de regimes autônomos e não excludentes. (STF, Pet 3240 AgR, p. 60).

O Ministro Luís Roberto Barroso defendeu, expressamente, que a própria Constituição Federal fixa a natureza civil da ação de improbidade, tendo em vista o disposto no art. 37, § 4º da Constituição Federal. Fundamentou o seu raciocínio na expressão “sem prejuízo da ação penal cabível”, presente no referido dispositivo constitucional. Frisou que, em face da redação da norma citada, a ação de improbidade desenvolve-se independentemente da ação penal cabível, o que lhe retira natureza criminal.

Reforçando a tese de que a improbidade possui natureza civil, o citado julgador procedeu a uma interpretação sistemática do art. 15 da Constituição Federal. Tal dispositivo aponta que a perda ou suspensão dos direitos políticos pode ocorrer em duas hipóteses diferenciadas. O inciso III faz alusão à condenação criminal transitada em julgado, enquanto o inciso V prevê a hipótese de improbidade administrativa. Assim, conforme a sua tese, a previsão do inciso V seria redundante e desnecessária se a condenação por improbidade tivesse índole penal.

A divergência, levantada no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, obteve o voto dos demais membros do colegiado. Com isso, a natureza civil da ação de improbidade foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo apontando se tratar de uma demanda de natureza extrapenal, a posição da corte seria mais harmônica com a literatura especializada de direito administrativo sancionador se admitisse a utilização das salvaguardas penais em tal procedimento, como, por exemplo, o *ne bis in idem* entre ação de improbidade e crime de responsabilidade.

O voto do Min. Luís Roberto Barroso concluiu pela incompetência do Supremo Tribunal Federal para a condução e julgamento da ação de improbidade contra Ministro de Estado. Em face disso, determinou o retorno dos autos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que tinha declinado da competência.

Ao término desse julgamento, o plenário da mencionada Corte, por 10 x 1, estabeleceu o entendimento de que "o foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil" (STF, Pet 3240 AgR, p. 1). O voto vencido, como dito, foi do Ministro Teori Zavascki que era o relator. O Ministro Luís Roberto Barroso se tornou o relator para o acórdão.

Em face do mencionado posicionamento do Supremo Tribunal Federal, impõe-se estudar as consequências da tese vencedora. Tratar a demanda de improbidade como se fosse uma ação cível indiferenciada das outras implica fazer tábula rasa do posicionamento do próprio legislador que lhe deu rito de processamento equivalente ao dos delitos de responsabilidade dos servidores públicos, previsto nos arts. 513 a 518 do CP, como ponderou o voto vencido do Min. Teori Zavascki. O objetivo dessa ação não é recomposição patrimonial, mas sim aplicação de penalidades graves, como a suspensão de direitos políticos.

Com o devido respeito à decisão da corte, um posicionamento mais alinhado com a dogmática seria o reconhecimento da aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. A improbidade tem uma natureza jurídica híbrida, sendo incogitável afirmar-se que ela não tem significativos pontos de contato com institutos criminais. Caso o STF reconhecesse a semelhança dogmática entre os referidos ramos do direito, com aplicação de institutos criminais no regime jurídico, o ordenamento jurídico teria um implemento da sua segurança, em face da limitação do poder estatal que isso implicaria.

O próprio Ministro Luís Roberto Barroso, não obstante ter-se manifestado no sentido de que a improbidade tem natureza cível, reconheceu a ocorrência de abuso do direito de ação envolvendo ação de improbidade, *sic*:

[...] não deixo de reconhecer que o manejo da ação de improbidade administrativa tem se prestado, em alguns casos, a usos políticos e abusos. Às vezes, o instrumento é usado para constringer administradores sérios e probos, que são submetidos a um processo – que não deixa de ser, ele mesmo, uma sanção. Porém, não faz sentido jogar fora o bebê junto com a água do banho. Eventuais desconformidades cometidas pelas instâncias inferiores podem ocorrer. Isso, contudo, não é motivo suficiente para se pretender criar, à margem de previsão constitucional, novas hipóteses de foro por prerrogativa de função, em violação aos princípios republicano e da isonomia. (STF, Pet 3240 AgR, p. 80).

A concepção de que, por força da natureza híbrida da improbidade, um núcleo mínimo de garantias incide no campo da improbidade, afasta a possibilidade de que o poder público exerça punição sem observância das devidas cautelas. Tais salvaguardas possuem grande destaque justamente no início da ação de improbidade, de maneira que ações temerárias não se desenvolvam. Como dito, responder a uma demanda dessa natureza, por si só, já é uma sanção. Daí que o estudo sobre o juízo de admissibilidade atinente a tal matéria possui grande utilidade, o que será feito no capítulo subsequente.

3 IN DUBIO PRO SOCIETATE EM AÇÕES NA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL EM AÇÕES DE IMPROBIDADE

3.1 Medida provisória 2.088-35, de 27 de dezembro de 2.000

A redação originária da lei de improbidade não previa juízo de admissibilidade diferenciado para a respectiva ação, de forma que a disciplina acerca do recebimento da respectiva inicial era similar às demais ações cíveis. O órgão judicial exercia juízo de admissibilidade em uma única oportunidade, sem realização de contraditório prévio. Após a decisão sobre o destino da petição inicial, tal matéria já estava coberta pela preclusão.

Por não existir, nesse momento, disposição específica na lei de improbidade sobre a disciplina acerca do recebimento da petição inicial, o regramento ocorria pelo então vigente CPC de 1973. O art. 282 dessa lei estabelecia os requisitos da petição inicial, enquanto o art. 283 de tal diploma dispunha que esta também deveria ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação. Além disso, em face da letra do art. 284 do apontado código, se o juiz verificasse que a exordial não preenchia os requisitos previstos nos artigos 282 e 283, ou que apresentava defeitos capazes de dificultar o julgamento de mérito, devia determinar que o autor a emendasse, ou completasse, no prazo de 10 dias, sob pena de indeferimento da petição inicial.

Tal situação foi alterada com a edição da medida provisória 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000, que tornou o rito da referida demanda especializado. Como consignado no primeiro capítulo da presente dissertação, mencionado ato normativo estabeleceu, dentre outras relevantes alterações no regime jurídico da tutela da probidade, um duplo filtro judicial no início da respectiva demanda. Para uma melhor compreensão dos detalhes da apontada modificação, convém fazer citação dos §§ 6º a 10º do art. 17 da lei de improbidade, que foram acrescentados pela referida medida provisória:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

[...]

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

Segundo Teori Albino Zavascki (2007), o legislador civil se inspirou no Código de Processo Penal para formatar o procedimento da ação de improbidade, assemelhando-o ao processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (CPP, arts. 513 a 518).

O processualista aponta vários aspectos em comum entre os dois ritos: a) exigência que a peça inicial venha instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas; b) estando a peça inicial na devida forma, o juiz ordenará a notificação do requerido para oferecer manifestação escrita, no prazo de 15 dias, que poderá vir acompanhada de documentos e justificações; c) recebida a manifestação do requerido, o juiz, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita; d) tanto na ação de improbidade quanto no referido procedimento penal, recebida a petição inicial, o réu será citado para promover sua defesa, assumindo processo, daí em diante, o rito comum.

Verifica-se que, após a edição da referida medida provisória, ocorreu uma modificação relacionada com o enquadramento dogmático da matéria, tendo em vista o aumento de contatos com a processualística penal. Tal assertiva não significa que, antes disso, o respectivo regramento não tivesse nenhuma relação com o processo criminal. Um ponto de intersecção, oriunda da redação originária da norma, pode ser encontrado no seu art. 22, segundo o qual o Ministério Público poderá requisitar a instauração de inquérito policial de ofício ou a requerimento de autoridade ou mediante representação, para apuração de ilícitos.

Ao se proceder a um resgate histórico acerca de medida provisória referida, percebe-se a intenso debate que surgia à época de sua edição, relacionado com valores caros ao

ordenamento jurídico. Tal querela remanesce até os dias de hoje mediante contraponto entre o exercício processual para a tutela da probidade e o combate a ações de improbidade estéreis, carecedoras de viabilidade. Esse segundo polo (pugna às demandas estéreis) passou a ser atendido com a edição do referido ato normativo, como anteparo à honra e à imagem, de modo que sejam evitados danos processuais.

Subjacente a isso encontra-se a discussão sobre o ajuizamento de ações de improbidade desprovidas de base probatória, que geram uma sensação de insegurança do decisor público. Este, obrigado a atuar em um ambiente marcado por complexidades, resta imerso em uma cultura do medo de ser demandado de forma abusiva, com a imputação da pecha da corrupção. Foi consignado no primeiro capítulo do presente trabalho acadêmico que tal situação gera o risco de paralisação da máquina pública (o chamado “Apagão das Canetas”), posto ser muito mais arriscado ser responsabilização administrativa por ações do que por omissões.

Fernando Henrique Cardoso (2015), no livro *Diários da Presidência*, que trata sobre aspectos do Brasil na época em que o autor ocupava a Presidência da República, faz referência à problemática das acusações sem base ao gestor público. São estas as palavras do autor:

Os procuradores da República estão fazendo agitação, reclamando por causa de uma medida provisória que permite aos juízes até multarem os procuradores se eles acusarem alguém sem base. Para eles é possível acusar sem base e não acontecer nada; se houver base, um indício pelo menos, vá lá, mas não tendo... Os procuradores dizem que multá-los seria cerceamento da liberdade. Liberdade para quê? Para caluniar? Não obstante, a imprensa sempre apoia esse tipo de reivindicação. (CARDOSO, 2015, posição Kindle 617-621).

O jornal Folha de São Paulo, na sua edição de 30 de dezembro, contém reportagem com o título “Governo cria multa para tentar inibir procuradores” (GOVERNO..., 2000, p. A4). Cuida-se de matéria de destaque, localizada no primeiro caderno, sobre a edição da medida provisória objeto de referência desse tópico, o que evidencia a repercussão de tal ato normativo na mídia.

Em tal matéria, além do juízo prévio de admissibilidade em improbidade, outras alterações realizadas pelo referido ato normativo também foram destacadas: a) multa de até R\$ 151.000,00 para o caso de propositura de ação manifestamente improcedente; b) necessidade de prova documental para a propositura da ação de improbidade ou, na sua falta, de indícios suficientes da apontada ilicitude. Conforme essa notícia, surgiu o questionamento de que ela seria inconstitucional, por ferir a razoabilidade e inibir o trabalho do Ministério Público.

Além disso, a reportagem cita trechos da exposição de motivos da referida medida provisória, subscrita pelo então Ministro da Justiça José Gregori. Esta autoridade pública

manifesta expressamente a preocupação com a utilização da ação de improbidade com fins políticos, como o comprometimento da atividade administrativa:

[...] não raro as ações de improbidade são propostas com denotada intenção política de ataque a determinado administrador ou gestão [...]. As ações de improbidade têm sido propostas de forma indiscriminada, acarretando a quase inviabilização da atividade administrativa em razão do desnecessário constrangimento dos administradores, constantemente chamados a responder ações infundadas. (GOVERNO..., 2000, p. A4).

A alteração efetuada pela medida provisória 2.088/2000 implicou um notório aumento do rigor para recebimento da petição inaugural de improbidade. Como se fosse uma espécie de reação a essa remodelagem do sistema de controle na propositura de ações de improbidade, surgiu na jurisprudência a aplicação do aforisma *in dubio pro societate* na fase de recebimento da inicial. Impõe-se aferir se tal forma de decidir encontra beneplácito no ordenamento jurídico, bem como apontar os critérios para a sua aplicação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme será visto no tópico que segue.

3.2 *In dubio pro societate* como parâmetro inadequado para o recebimento da petição inicial da ação de improbidade

Despósito entre a filtragem processual em ações de improbidade e o respeito à honra e à imagem das pessoas, o juízo de admissibilidade, em tais demandas, tem sido vilipendiado pelo *in dubio pro societate*. É intuitivo que é muito mais gravoso ao patrimônio ético de uma pessoa figurar no polo passivo de uma ação de direito punitivo do que ser citado para responder ordinárias demandas de cobranças privadas, comuns no comércio jurídico. O direito de ação em demandas particulares tem causado sérios danos às suas vítimas, prejuízo este que alcança um escalão maior quando o descomedimento processual movimentava o braço punitivo estatal.

Tal motivo conduz à aplicação das regras penais e processuais no direito administrativo sancionador, além de dar fôlego à corrente que concebe na lei de improbidade uma natureza híbrida entre direito civil e direito penal. O ponto comum entre esses dois ramos é tão grande que não é raro varas judiciárias de competência criminal acumularem a jurisdição de às ações de improbidade, com aproveitamento no aumento da eficácia no exercício da prestação jurisdicional. Assim também ocorre nos tribunais de segundo grau, em que um mesmo órgão (turma ou sessão) atua nas duas matérias apontadas.

Tirante a ação de improbidade, nenhuma outra demanda regida pelo direito processual civil é dotada do duplo filtro para recebimento do respectivo instrumento processual, o que evidencia a importância do controle de admissibilidade da petição inicial da ação de

improbidade. Esta idiossincrasia não pode ser ignorada pelo julgador e rebaixada a mero processamento formal de atos processuais, denotando desprezo do julgador à vontade constitucional. Em outras palavras, a peculiaridade de admissibilidade na hipótese não poder ser convertida em desimportante prolongamento do rito, divorciado da pedra de toque de sua disciplina, que é o combate à temeridade processual.

Não obstante, o exercício de tal crivo judicial, pela filtragem duplicada para aceitação da referida demanda, é erodido, corroído, pela aplicação do adágio *in dubio pro societate* em tal fase processual, discussão esta que tangencia à problemática da inafastabilidade do controle jurisdicional. Mesmo sendo o direito de ação potestativo e abstrato, como diz parcela significa da doutrina processual, não basta a mera asserção do órgão de persecução para que a demanda seja viável, tendo em vista a peculiaridade do seu regime jurídico.

A definição sobre a incidência do *in dubio pro societate* nas ações de improbidade pressupõe o estudo aturado sobre algumas premissas teóricas de direito processual, dentre as quais cumpre destacar a questão da problemática do abuso do direito de ação. Outro ponto que tal método decisório compromete corresponde à valoração das provas, por retirar toda a racionalidade de tal atividade judicial, por força de sua intrínseca subjetividade.

Focando a questão do direito de demandar em juízo, sobreleva notar que, mesmo fora dos quadrantes do direito punitivo, precedentes judiciais recentes tangenciam tal questão, ao fazer alusão a institutos limitadores ao abuso de tal instituto jurídico, desvelando um novo repertório para os operadores do direito como abuso processual, *sham litigation* e assédio processual.

A par dessas nóveis categorias jurídicas, a legislação já estabelecia outras medidas que visam combater o exercício enviesado do direito de demandar em juízo como a litigância de má-fé (CPC, art. 79 a 81) bem como a exigência de justa causa para a admissibilidade de ações de improbidade.

Vislumbra-se a particular relevância desta exigência, prevista no art. 17, §§ 6º a 8º, da Lei 8.429/92, ao prever a necessidade de filtragem de ações quando está envolvido o direito sancionador do Estado, por ter um aspecto preventivo de deletérios efeitos sobre a honra e a dignidade de quem figura no polo passivo de tais relações processuais.

No que tange à relação com o direito de ação, dispõe o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, norma cujo conteúdo semelhante é encontrado no caput art. 3º do CPC. Referido preceptivo constitucional consagra o ideário da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Não se contesta que o direito constitucional de ação é uma garantia a todos aqueles que, perante uma pretensão frustrada, buscam a tutela do Poder Judiciário, posto que impossibilitados do exercício da autotutela. Corresponde a um instrumento fundamental para o exercício da cidadania, por ser meio de implementação dos outros direitos fundamentais, dentre os quais convém destacar o direito fundamental de terceira geração correspondente a uma administração pública honesta e eficiente, escopo subjacente das ações de improbidade.

De acordo com Nelson Nery Júnior (2016), a norma constitucional acima citada – ao garantir o acesso à justiça na busca da tutela preventiva ou reparatória concernente a um direito – contempla não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos, que tem uma titularidade aberta. Não obstante isso, tal direito deve ser exercido com a observância de lindes, sob pena de caracterização da sua abusividade.

Tendo em vista as categorias da teoria geral do direito, sustenta Antônio Menezes de Cordeiro (2014) que o direito de ação judicial tem natureza potestativa, em que, mercê de uma atuação do próprio titular, desencadeia efeitos de direito. Em outras palavras, com apoio na doutrina de Fredie Didier Júnior (2008), é lícito asseverar que corresponde ao direito de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas em face de outro sujeito, que se encontra num estado de sujeição, dispensando, até mesmo, o comportamento deste (que não pode ser opor).

Esse construto teórico que visualiza a ação como direito potestativo deve ser temperado na hipótese em que o exercício de demandar em juízo constitua, também, uma competência de direito administrativo, como ocorre com os órgãos de persecução pública. O figurino jurídico, em tal hipótese, é diferente daquele em que o interessado está perseguindo meros interesses privados e disponíveis, corporificado, por exemplo, em prosaicas ações de cobrança. Quando o atuar em juízo constitui uma função pública, este se encontra manietado por normas jurídicas rigorosas, que restringem a atuação do agente público ao que for previamente autorizado por lei.

Conquanto reconhecida a importância do instituto jurídico do direito de ação na tessitura do Estado Democrático de Direito, é inquestionável a possibilidade de ocorrência do seu exercício abusivo e atentatório às liberdades fundamentais, afastado da boa-fé objetiva. Não se pode ignorar a possibilidade de o processo se subverter num instrumento para atendimentos de finalidades em descompasso com o ordenamento jurídico, mormente quando envolvem sanções administrativas.

O fenômeno do exercício abusivo do direito de ação apresenta efeitos deletérios na esfera jurídica de quem se encontra no polo passivo de demandas judiciais bem como em relação ao próprio funcionamento da administração da justiça. O Poder Judiciário não pode

quedar-se insensível à possibilidade de manejo disfuncional do direito de ação, sendo seu dever-poder o estabelecimento de critérios adequados logo no frontispício do desenvolvimento da relação processual.

Mesmo tendo a configuração de um direito potestativo, é intuitivo que o direito de ação possui limitações, como a boa-fé e o atendimento da função social, tendo em vista as relevantes consequências que o seu exercício produz. Ensina o já citado Antônio Menezes Cordeiro (2014) que a propositura de uma ação conduz o demandado, com recurso às suas próprias forças, a defender-se, constituindo defensor, suportando despesas, arcando com ônus de impugnação e de prova.

Segundo o referido estudioso, em face da demanda, a parte requerida sofre riscos de erros judiciais, podendo, ainda, existirem importantes aspectos não patrimoniais envolvidos. Convém fazer citação de trecho do mencionado jurista que apresenta aspectos a justificarem a necessidade de limites intrínsecos e extrínsecos ao direito de ação (2014, posição Kindle 480): “[...] uma ação judicial pode ser intentada com fundamentos consabidamente falsos, que demorem anos a esclarecer; durante todo esse tempo, a pessoa demandada irá suportar despesas, incômodos e, eventualmente, danos morais da maior gravidade.”

O jurisconsulto pondera, ainda, que a sentença final, por mais justa que seja, não altera o passado nem suprime o sofrimento que já tenha sido infligido. Diz que uma pessoa, com a simples malquerença, pode provocar danos incomensuráveis à outra, invocando o seu direito de ação, sendo, portanto, necessário limites. Se isso é verdade em relação a meras ações de cobrança, é de se concluir, com dobradas razões, a existência da aflição de se responder por uma ação de improbidade temerária. Tal dano não é medíocre, o que deve convidar à reflexão a academia e a literatura especializada sobre a matéria.

Acresça-se que Antônio Menezes Cordeiro faz menção ao que corresponde o conceito de abuso do direito, que pode se corporificar, inclusive, no acesso ao Poder Judiciário (2014, posição Kindle 6312):

O abuso do direito constitui uma fórmula tradicional para exprimir a ideia do exercício disfuncional de posições jurídicas, isto é: de um concreto exercício de posições jurídicas que, embora correto em si, seja ilegítimo por contundir com o sistema jurídico na sua globalidade.

Como qualquer situação jurídica de vantagem, o direito de ação pode ser manejado de forma abusiva, sendo suscetível a ser voltado para a obtenção de valores alheios ao direito material a ele subjacente. Partindo da premissa de que o abuso de direito deve ser repellido pelo ordenamento jurídico, devem ser utilizadas as medidas de repúdio às ações de improbidade

movidas por interesses políticos (como, v. g., o juízo negativo de admissibilidade), sob pena de configuração de comportamento judicial omissivo.

Ações de improbidade movidas sem um lastro probatório mínimo representam uma manifestação de tal exercício abusivo de demandar em juízo em seara tão sensível à honra de quem figurar no respectivo polo passivo. Representam uma injuridicidade, posto que dispõe o art. 187 do Código Civil que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Insista-se, a despeito de ser inquestionável que a ação de improbidade corporifica um relevante meio de tutela da honestidade na administração pública, é certo que, em algumas hipóteses, tal instrumento jurídico pode ser manejado para o alcance de objetivos alheios à imposição de sanções. Como já dito, exemplos disso correspondem ao uso político de ações de improbidade, movidas contra adversários políticos, bem como o manejo destas para fins financeiros, para retirada de cadastro do Municípios de inadimplentes, em caso de sucessão de gestão em prefeituras municipais, como já observado.

Em face do motivo acima, consubstancia-se questionável a utilização do *in dubio pro societate* como critério de decisão para o recebimento da ação judicial contra a probidade administrativa, tendo em vista vários argumentos desenvolvidos neste tópico. Além de não ter qualquer tipo de previsão nesse sentido no ordenamento jurídico, incumbe reconhecer que corresponde a modo decisório extremamente subjetivo, que profliga controle recursal adequado. A dúvida, por ser um fenômeno intrinsecamente íntimo, não é aferível de controle, haja vista que uma mesma situação fática pode gerar incerteza num julgador e conduzir outro decisor a uma concepção mental oposta.

A ideia de que, na dúvida, a petição inicial da ação de improbidade deve ser acolhida para dar seguimento à persecução estatal faz tábula rasa das modificações feitas, pelo legislador, para franquear segurança jurídica e previsibilidade ao administrador público. Cuida-se de alterações normativas encimadas pela Lei 13.655/2018 (que alterou a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro) e a medida provisória 966/2020 (voltada a conferir segurança ao administrador público que deve tomar medidas em face da covid), ambas já referidas nessa dissertação. Ignorar tais modificações, além de revelar desprezo à vontade do Poder Legislativo, traz o ranço de uma concepção autoritária de direito administrativo sancionador, insensível ao sofrimento que consiste em responder judicialmente por uma ação de improbidade desprovidas de âncoras probatórias mínimas.

É importante ter em mente que o processo punitivo tem custos e riscos, motivo pelo qual é plenamente justificável cautela judicial antes de que alguém seja colocado nos labirintos de uma ação de improbidade judicial, que, em face da conhecida lentidão do Poder Judiciários, pode demorar vários anos.

Por força do princípio *in dubio pro societate*, caso o juiz, por qualquer motivo, queira receber a petição inicial, não há argumento defensivo que possa demovê-lo a tanto, tendo em vista que ele pode se fundamentar na própria dúvida, o que é algo extremamente volátil.

A parêmia *in dubio pro societate* se transforma numa reposta fácil, ou quiçá simplória, a um problema complexo, o que é tão inadequado quanto colocar remendo novo em vestes antigas. Imagine-se uma ação de improbidade ajuizada contra um gestor público envolvendo matérias extremamente complexas, como as citadas por Gilmar Mendes no voto do julgamento da medida cautelar em face da medida provisória 966/2020 (ADIs 6.421, 6.422, 6.424, 6.425, 6.427, 6.428 e 6.231).

Este julgador chamou atenção para hipóteses delicadas de políticas públicas complexas como repasse de verbas e renegociação de dívidas públicas, em que os aspectos envolvidos são multifários e naturalmente intrincados. Como utilizar a dúvida judicial para autorizar a abertura de um processo voltado para a responsabilidade administrativa do gestor em tais situações?

Em hipóteses como essas o *in dubio pro societate* se apresenta como um ídolo com os pés de barro, para se utilizar de uma expressão conhecida. Ainda que tenha a cabeça feita de ouro e o seu peito e braços sejam de prata, tendo em vista o discurso de combate à corrupção, o seu fundamento dogmático frágil não o recomenda como critério dotado de valoração judicial adequada de provas.

Debalde argumentar-se-ia a emergência ou incompletude de informações (como autoriza o art. 3º, III, da medida provisória 966/2020), se o julgador se sente autorizado a receber a petição inicial, usando, com menor esforço argumentativo, o mero estado de dubiez. Em vão o réu alegaria os obstáculos e as dificuldades reais na situação complexa envolvida (permitido expressamente pelo art. 3º, I, do mesmo ato normativo citado) se o juiz pode sacar o fácil e singelo argumento do *in dubio pro societate* para logo mandar o processo para a próxima fase. E assim por diante em relação às demais alegações defensivas extremamente importantes, como complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público e contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para o caso (previstas nos incisos II e II do art. 3º referida medida provisória).

Em face de uma decisão que recebe uma petição inicial de improbidade com lastro tão intangível e abstrato como a dúvida (dissociada de juízo de preponderância de provas), o réu

queda-se impossibilitado de levantar parâmetros que possam atacar tal *decisum*, normalmente agasalhado no chamado princípio do livre convencimento judicial. Não obstante isso, como será exposto, há vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça adotando a tese do *in dubio pro societate* no acolhimento da petição inicial em improbidade. Isso não impede o pensamento crítico, questionando a invocação de situação duvidosa no espírito do julgador como cumprimento do dever de fundamentação adequada das decisões judiciais, plasmado no art. 93, IX, da Constituição Federal.

A invocação do estado de dúvida, a princípio, tem um aspecto arbitrário, caprichoso, em si, porque o que é duvidoso para alguém pode não ter a mesma característica perante outrem. A própria denotação do termo "dúvida" relaciona-se com as noções de ambiguidade, insegurança, hesitação, dubiez e indefinição, não se sintonizando como critério racional para iluminar um sistema decisório que respeita a noção de limitação de poder punitivo estatal, tão cara ao rol dos direitos e garantias fundamentais.

Mesmo em demandas que envolvam outros bens jurídicos mais relevantes do que o poder punitivo estatal (como, v. g., pedido de tratamento médico ou de fornecimento de medicamentos), não há a presunção pelo recebimento da petição inicial. É notório que o Poder Judiciário, em face da limitação de suas forças, deve apenas atuar em face de demandas viáveis, com um lastro probatório mínimo. Por isso, em qualquer demanda, a petição deve ser acompanhada com os documentos essenciais para tanto, nos termos do art. 320 do Código de Processo Civil.

Frise-se, mais uma vez, não há orientação jurisprudencial ou doutrinária pela preferência de despacho judicial inicial positivo mesmo em situações dramáticas, em ações em que o pedido subjacente corresponde ao direito fundamental à saúde da parte demandante (dever fundamental do Estado). Por coerência do ordenamento jurídico, não há senso em apontar uma preferência do poder punitivo estatal para processamento de ações de improbidade, nomeadamente em um ambiente jurídico marcado por tanta insegurança, conforme desenhado detalhadamente nos tópicos anteriores, em que o direito à honra e à imagem também são tutelados constitucionalmente.

Nessa senda, no recurso extraordinário com agravo n.º 1.067.392 (2020), o Min. Gilmar Mendes faz considerações (relacionadas ao Tribunal do Júri, mas também válidas às ações de improbidade) no sentido de que o adágio *in dubio pro societate* não atende a um critério racional de valoração da prova, conforme será exposto. Além disso, esse brocardo representa uma antítese, um contraponto, à ideia de bloqueio de demandas judiciais estéreis no campo punitivo, tributária dos direitos fundamentais, que se enquadram no grande ideário do interesse público.

Cuida-se de aforismo que não homenageia critérios de valoração racional da prova, o que se exige, até mesmo, em decisões de menor cognição judiciária, como se dá no início do processo. Não parece ser o melhor critério de deliberação judicial, em relação ao acolhimento da petição inicial, invocar o estado de dúvida, independentemente de perquirição sobre preponderância de elementos probatórios. É que, tendo em vista o caráter estigmatizante da pecha da corrupção, responder a um processo de improbidade, por si só, já é uma pena.

No primeiro tópico da presente dissertação, falou-se em insegurança jurídica do administrador público em face das regras de direito material, como a vagueza das normas da lei de improbidade, que permite que alguém seja chamado para responder judicialmente por uma imputação deste ilícito por mera alegação de descumprimento de princípios de direito administrativo. Essa insegurança passa a assumir um patamar maior ainda no campo processual do respectivo ramo jurídico punitivo, sabendo-se que o estado de incerteza poderá ser invocado como base para abrir as portas do processo judicial de direito administrativo sancionador.

A finalidade da medida provisória nº 2.088/2000, editada há quase duas décadas, em assonância com o que foi apontado no primeiro tópico deste capítulo, foi estabelecer um filtro logo no início do processamento das ações de improbidade, com objetivo de evitar temeridade na propositura de tais demandas. Como dito naquela passagem do presente estudo, a premissa de que o legislador teve em mira realizar um crivo processual na hipótese se evidencia no teor da sua própria exposição de motivos, que faz alusão a ações de improbidade propostas de forma indiscriminada e a risco de inviabilização da atividade administrativa. Ora, com esteio neste axioma, parece claro que facilitar a acolhida da ação de improbidade, quando o julgador esteja duvidoso sobre elementos que autorizam a tanto, remanesce como uma violação ao diploma normativo citado.

Não bastasse ser contrário à finalidade da medida provisória 2.088/2000 (estabelecimento de filtragem nas demandas de improbidade), a incoerência dessa parêmia com o ordenamento jurídico se intensificou com a edição da medida provisória 966/2020 (relacionada com medidas de combate à covid). A partir do surgimento dessa espécie normativa, o estado de incerteza é algo valorado pelo ordenamento jurídico como favorável ao administrador, obstando responsabilização deste por conduta culposa que não seja marcado pelo erro grosseiro.

Nos casos contemplados em tal ato normativo, como já estudado, a responsabilização administrativa por comportamento culposos só acontece no caso da chamada culpa grave. Tal conceito corresponde à noção de erro grosseiro, que é afastado justamente nas hipóteses de

incerteza acerca das medidas mais adequadas ou de incompletude de informações, em face de critérios de aferição dos incisos III e IV do art. 3º da medida provisória acima citada.

Sublinhe-se que, no julgamento da medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade contra tal ato normativo (ADIs 6.421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6231), o Ministro Gilmar Mendes (STF, ADI 6421 MC) manifestou no seu voto, como já consignado, que os parâmetros previstos no aludido ato normativo não se distanciam do regime de responsabilidade administrativa dos agentes públicos em circunstâncias de normalidade.

A partir dessa inovação legislativa, como utilizar a dúvida (do julgador) de maneira contrária ao gestor público, para permitir que ele responda a uma ação de improbidade, sem análise da preponderância de elementos probatórios?

O segundo tópico do primeiro capítulo desse estudo sustentou que a lei de improbidade é um modelo híbrido, que recebe influxos de institutos e garantias dos ramos jurídicos penal e processual penal, sendo inadequado considerá-la uma norma puramente civil. Há pontos em que a persecução judicial contra o ato *improbis* se rege por esse segundo ramo do direito de forma expressa, como, por exemplo, no que diz respeito ao regramento sobre depoimentos e inquirição de testemunhas, tendo em vista o disposto no parágrafo 12 do artigo 17 da lei nº 8.429/92. Mesmo sem referência expressa, insista-se, é possível a aplicação de institutos, categorias e noções hauridas do direito processual penal no regime da improbidade, que é voltado para um injusto de invulgar gravidade, correspondente a uma imputação de imoralidade administrativa qualificada, para se usar uma expressão de Fábio Medina Osório (2018).

Assim, a falta de alusão explícita não impede a aplicação das normas processuais penais nas ações de improbidade, que se justifica por critérios relevantes, como a invulgar relevância das sanções de improbidade. O que está por trás disso é a ideia chave de unidade do poder punitivo estatal, cuja aplicação e desenvolvimento conferem garantias no campo do direito administrativo sancionador, tendo em vista as exigências de um Estado Democrático de Direito.

Com esteio em tal premissa, é possível concluir que a crítica que a doutrina processual penal aplica ao *in dubio pro societate* no procedimento especial do Tribunal do Júri também tem plena aplicabilidade no regime das ações de improbidade. Tanto a fase da pronúncia quanto a do duplo juízo de admissibilidade da petição inicial da improbidade são dotadas da mesma função de filtro para uma fase posterior. Mesmo não existindo uma correspondência exata entre o teor do artigo 17, § 6º, da lei nº 8.429/92 (que trata sobre o juízo de admissibilidade da ação de improbidade) e o art. 413 do CPP (que versa sobre a pronúncia do Tribunal do Júri), entende-se que os argumentos que os penalistas utilizam para combater tal adágio também têm valia no campo do direito administrativo sancionador.

O sincretismo entre direito processual penal e direito administrativo sancionador na hipótese correspondente ao recebimento da petição inicial, justifica-se por força de dois argumentos fundamentais. A uma, porque o direito punitivo estatal é um só, que não se compadece com critérios decisivos díspares em situações similares nem com rótulos que o legislador coloca sobre os atos normativos voltados para aplicação de sanção. A duas, haja vista que os referidos preceptivos têm pontos de semelhança importantes, com destaque para a alusão aos chamados “indícios suficientes”. A citação do teor literal dos dois preceptivos permite apontar, além da semelhança parcial na redação, insista-se, a finalidade subjacente de filtro entre etapas processuais, como meio de refrear abusos processuais. Nesse sentido, segue abaixo a citação literal dos textos legais respectivos:

Lei 8.429, Art. 17. (omissis).

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001).

CPP. Art. 413. Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

Feita tal observação, um aspecto que chama atenção consiste na ausência de previsão legal do modelo decisório do *in dubio pro societate*, não obstante à sua aplicação na jurisprudência. Mesmo sem fundamento normativo legal ou constitucional que lhe dê sustentáculo, o próprio Superior Tribunal de Justiça aplica tal brocardo nos recursos que envolvem recebimento de ação de improbidade, aspecto que será analisado no presente tópico. A inexistência de amparo jurídico para a aplicação da referida parêmia foi gizada por Gilmar Mendes no julgamento, correspondente ao recurso extraordinário com agravo n.º 1.067.392 (2020), em que destaca a lógica confusa e equivocada do apontado brocardo.

A literatura aponta para o silêncio legislativo a respeito do princípio *in dubio pro societate* não só no ordenamento brasileiro, com também nos demais sistemas jurídicos estrangeiros. Segundo Rafael Fecury Nogueira (2012), no que tange ao aspecto legislativo, não há notícia de previsão de tal brocardo em qualquer diploma de país em qualquer época. Tendo em vista que a aplicação desse modelo decisório é capaz de comprometer a esfera jurídica do

demandado, a sua utilização pelos julgadores, à míngua de previsão legal, é algo que merece estudo pela literatura especializada.

O referido autor aponta que tal modelo decisório surgiu como reação ao *in dubio pro reo*, relacionando o seu surgimento a regimes políticos totalitários do século XX e à Escola positiva italiana do final do século XIX. Nunca é demais registrar que, diferentemente do brocardo objeto de estudo dessa dissertação, o princípio da presunção da inocência tem dignidade constitucional, tendo em vista que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória por força do disposto no art. 5º, LVII, da CF. Voltando à questão da relação do *in dubio pro societate*, este possui origem relacionada com sistemas antidemocráticos, em alinhamento com trecho da dissertação de Rafael Fecury Nogueira (2012, p. 207):

Na doutrina, o pioneirismo da afirmação expressa do *in dubio pro societate* como critério de decisão a prevalecer em caso de dúvida é incerto. Sabe-se que o *in dubio pro societate* surge, inicialmente, como corolário de uma reação ao *in dubio pro reo*.

Dessa maneira, regimes políticos totalitários do início do século XX, como o fascista e o comunista, reagem à aplicação individualista do *in dubio pro reo*. Porém, originalmente, a tentativa de afastamento do *in dubio pro reo* como resultado de uma corrente político-ideológica se deve à Escola positiva italiana do final do século XIX.

Ainda da esteira da exposição do mesmo autor, a aplicação do *in dubio pro societate* na jurisprudência nacional, como critério de decisão, começou no Supremo Tribunal Federal na década de 1950 nos seguintes julgados: a) HC nº 32.685-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Orosimbo Nonato, julgado em 19.08.1953; b) RHC nº 32.769-SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Hungria. Julgado em 30/09/1953.

Segundo o estudioso, ambos os processos eram relacionados com direito processual penal. No primeiro julgamento, a discussão relacionava-se com a legalidade de uma prisão decorrente de cassação de fiança anteriormente concedida, tendo em vista que o paciente seria reincidente por ter sido condenado em outro processo pela prática do mesmo crime, circunstância esta que inviabiliza tal benefício processual. No que tange ao segundo julgado, a questão limita-se a eventual falta de prova suficiente de autoria para fundamentar a prisão preventiva em face do imputado. O autor credita à jurisprudência dessa corte o ingresso e a utilização desse brocardo no país.

No que tange especificamente à aplicação do *in dubio pro societate* em ações de improbidade pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, contribuição importante foi realizada por Pedro Paulo Alves Correia dos Passos (2019), em trabalho acadêmico intitulado “*In dubio pro societate* à luz da justa causa nas ações de improbidade administrativa segundo a

jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, realizado na Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público - EDAP/IDP.

Nesse estudo, o autor prestou duas contribuições importantes em relação ao estudo da referida temática. Em primeiro lugar, procedeu a um relato sobre os julgamentos que originaram a discussão relativa a tal modelo decisório na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (ambos da Segunda Turma, da relatoria do Ministro Herman Benjamin). Fez interessante informe de que o surgimento do *in dubio pro societate* em ações de improbidade foi relacionado com mera discussão sobre pagamento de custas e honorários advocatícios em tais demandas, enunciando que tal se deu sem nenhuma relação com a discussão sobre a admissibilidade de petições iniciais.

Além disso, realizou interessante pesquisa, valendo-se de inteligência artificial, em que aponta como é aplicada a jurisprudência de tal adágio neste órgão jurisdicional. Com base nos resultados alcançados, explanou que a quantidade de recursos providos para acolhida da exordial da improbidade é muito superior aos meios de impugnação exitosos no sentido da extinção do processo, o que revela uma clara tendência do Superior Tribunal de Justiça pelo juízo positivo de admissibilidade na hipótese.

Pedro Passos (2019) relata que a aplicação mais antiga do *in dubio pro societate* nas ações de improbidade administrativa foi realizada, em 02.08.2007, pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do agravo regimental no agravo de instrumento nº 842.768/PR, cuja relatoria coube ao Min. Herman Benjamin.

Na análise de tal julgamento (agravo regimental no agravo de instrumento nº 842.768/PR) (2007), verifica-se que o mérito recursal não teve relação com juízo de admissibilidade em ação contra atos ímprobos. O recorrente não pugnava pela inépcia da petição inicial, mas empenhava-se no sentido de que o Ministério Público arcasse com os consectários financeiros decorrentes de ter saído vencido no processo. No caso concreto subjacente, o Tribunal de Justiça do Paraná, em sede de embargos de declaração, excluiu o Ministério Público na condenação dos ônus de sucumbência. Foi interposto recurso especial, em que a outra parte pedia a condenação do Parquet em tal encargo processual na ação civil pública por improbidade.

Como dito, o aresto acima citado era relacionado exclusivamente com a discussão sobre a possibilidade de condenação do Ministério Público no pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios. Assim, o julgamento mencionado, insista-se, só tinha relação essa responsabilidade processual referida (relacionado a aspectos financeiros do processo), não

tratando sobre recebimento da petição inicial da ação de improbidade. Nesse sentido, também é o posicionamento de Pedro Passos (2019).

Frise-se ainda que a fundamentação do voto pelo Ministro Relator é, basicamente, voltada para as atribuições constitucionais do Ministério Público, sem considerações ao regime jurídico da tutela da probidade na administração. A única exceção corresponde a apenas um parágrafo em que é feita referência ao aspecto diferenciado da ação de improbidade, com alusão ao art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Na manifestação do relator, no julgamento acima referido, não há alusão expressa ao princípio do *in dubio pro societate*, mas sim, como já exposto, a considerações sobre o perfil diferenciado da ação de improbidade, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Além disso, o julgador sustentou ser de interesse público o estímulo à propositura de ações de improbidade, com o objetivo de combate à corrupção, conforme trecho abaixo:

Considerando-se, ademais, que o Ministério Público, no campo da improbidade administrativa, goza do monopólio para a propositura da Ação Civil Pública, submetê-lo às verbas da condenação seria cercear não só sua liberdade de atuação e indispensável função jurisdicional, como também dificultar a proteção da moralidade administrativa e do patrimônio público

No Brasil, como em outros países em que grassa a corrupção, é de grande interesse social incentivar tais ações, evitando-se a todo custo qualquer providência, material ou processual, que, mesmo indiretamente, venha a dificultá-las ou embaraçá-las, como seria o caso da condenação do Estado em verbas a título de honorários, custas e despesas processuais. (STJ, AgRg no Ag 842768, p. 6)

A tese exposta na argumentação acima limita-se a gizar que o ajuizamento de ações de improbidade deve ser incentivado, sob o argumento de que grassa a corrupção no Brasil. A linha argumentativa exposta não fez sequer referência ao contraponto da necessidade de obstar ações estéreis, o que revela uma dessintonia com a medida provisória 2.088/00, editada com o propósito explícito de conferir um filtro processual nas ações de improbidade.

É notório que o combate à corrupção e às fraudes deve ser realizado. Mas também é indubitoso que a respectiva persecução judicial deve ser feita por um poder punitivo devidamente limitado. Tal balizamento confere legitimidade a este - signo do Estado Democrático de Direito, que marca a sociedade brasileira.

Frisando, mais uma vez, para marcar: a corrente de pensamento expressa do voto acima referido contraria a finalidade subjacente à medida provisória 2.088/2000, que efetuou mudanças importantes no rito da lei de improbidade para estabelecer um maior rigor no processamento dessas ações.

Além disso, na fundamentação de tal julgado, não houve alusão ao adágio em estudo, sendo que a referência expressa surgiu apenas no teor da respectiva ementa. Nos termos desta,

na seara da ação civil pública, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, cabendo ao juiz ampliar, revigorar ou facilitar o acesso coletivo à Justiça. Tal acórdão foi aprovado por unanimidade, culminando com a denegação do agravo regimental que pugnava pela condenação do Ministério Público nos encargos de sucumbência.

Assim, o *in dubio pro societate* surgiu na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em aresto cujo voto do relator não fez referência expressa a tal modelo decisório, tendo este recebido menção apenas na respectiva ementa. Além disso, a atinente fundamentação do voto não fez alusão à normativa da tutela da probidade. A referida fundamentação teve relação somente com atribuições do Ministério Público, para concluir ser este desobrigado a pagar custas e honorários advocatícios quando ficar vencido em ações de improbidade.

Ainda de acordo com o trabalho acadêmico de Pedro Passos (2019), a primeira oportunidade em que o Superior Tribunal de Justiça tratou sobre o *in dubio pro societate* em admissibilidade de ações de improbidade ocorreu em 21 de agosto de 2009. Tratava-se de julgamento realizado pela Segunda Turma desse órgão jurisdicional, cuja relatoria coube também ao Min. Herman Benjamin (recurso especial nº 1.108.010/SC)

Cuidava-se de impugnação (2009) voltada contra acórdão em que o tribunal de origem manteve decisão que recebera a inicial, determinando o processamento da ação com a citação dos réus. Os supostos fatos ímprobos atribuídos foram ausência de licitação, gratuidade falsamente divulgada para a sociedade e indevido pagamento de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) oriundo de empresa pública federal. Os autores do recurso pugnavam pela inépcia da inicial, sendo que o recorrido era o Ministério Público Federal

Por unanimidade, foi negado provimento ao recurso, mantido o prosseguimento da relação processual. Conforme os termos da ementa deste provimento judicial, a indicação na lei nº 8.429/92 de que mera prova indiciária bastaria para a propositura da ação aponta a preocupação do legislador com a repressão aos atos de improbidade. Nesse sentido, segue respectivo teor literal, na parte que interessa ao presente estudo:

9. Tão grande foi a preocupação do legislador com a efetiva repressão aos atos de improbidade e com a valorização da instrução judicial que até mesmo esta prova indiciária é dispensada quando o autor, na petição inicial, trazer "razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas" (art. 17, § 6º).

10. O objetivo da decisão judicial prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 é tão-só evitar o trâmite de ações clara e inequivocamente temerárias, não se prestando para, em definitivo, resolver – no preâmbulo do processo e sem observância do princípio *in dubio pro societate* aplicável na rejeição da ação de improbidade administrativa – tudo o que, sob a autoridade, poder de requisição de informações protegidas (como as bancárias e tributárias) e imparcialidade do juiz, haveria de ser apurado na instrução. (STJ, REsp 1.108.010, p. 5).

A partir desses precedentes, o Superior Tribunal de Justiça passou a aplicar, de rota batida, o entendimento corporificado no *in dubio pro societate* quando a questão que lhe era submetida correspondia a juízo de admissibilidade em ação de improbidade.

Tal asserção encontra referência no mencionado trabalho de Pedro Passos, que apresenta detalhada pesquisa jurisprudencial sobre como tal corte decide acerca dos recursos em que se debate sobre a viabilidade da peça inaugural das ações de improbidade. O autor relata a realização de sofisticado processo de coleta de informações, por meio da técnica chamada *scraping* (raspagem de dados), com utilização de um software para captura de informações de banco de dados públicos e posterior organização. Seguem, abaixo, os passos realizados pelo pesquisador na preparação para obtenção dos dados, que revela criativa forma de utilização da inteligência artificial (por meios de robô) para fins de pesquisa jurisprudencial:

Para a elaboração deste trabalho, empregou-se a linguagem de programação Python, tendo sido desenvolvido o código para a raspagem em colaboração com outros usuários da linguagem, em especial por meio dos fóruns colaborativos Reddit e Stack Exchange.

Antes de executar as primeiras versões do código para a coleta de dados, fez-se necessário elaborar o roteiro a ser seguido pelo robô. (PASSOS, 2019, p. 19).

Em face dos resultados apresentados pelo pesquisador, merece atenção a conclusão relativa aos dados de recursos que foram providos. Tal produto mostra uma clara tendência da Superior Tribunal de Justiça pelo processamento das ações de improbidade, com a rejeição da possibilidade de extinção do processo no seu nascedouro.

Os resultados, segundo Pedro Passos, foram obtidos sobre o trabalho em face da amostra, que correspondia a 149 acórdãos, obtidos no site do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa utilizou os termos “societate e improbidade e administrativa”, obtendo julgados da Primeira Turma, da Segunda Turma e da Corte Especial do referido órgão jurisdicional.

A partir da resposta obtida na pesquisa como um todo, impõe-se colocar em destaque apenas os recursos que obtiveram êxito, relacionados com a questão da admissibilidade da inicial da ação de improbidade. Não serão objeto de enfoque, em face da pesquisa de Pedro Passos, as hipóteses em que os recursos não tiveram sucesso, pois os motivos relacionados a tanto podem ter fundamentos díspares (meros questões processuais ou julgamento do mérito recursal).

Assim, em face do resultado correspondente aos recursos providos, houve uma quantidade significativamente superior de julgados pela acolhida da ação de improbidade em cotejo com decisões que rejeitavam tal peça processual. Assim, 30 (trinta) acórdãos foram no sentido prosseguimento da ação de improbidade (afastando decisões recorridas que rejeitaram

a exordial). Por outro lado, perante a mesma amostragem, apenas 2 (dois) processos concluíram pela extinção da demanda.

Evidencia-se, nos dados relativos a recursos exitosos, uma quantidade de decisões do Superior Tribunal de Justiça em favor da acolhida da petição inicial quinze vezes superior aos acórdãos que rejeitaram a peça inaugural. A significativa superioridade de julgados em prol do prosseguimento da ação indica um claro posicionamento da corte no referido aspecto, confirmando a acolhida do *in dubio pro societate* em tal hipótese.

Convém fazer citação expressa das palavras do autor do trabalho:

Em uma primeira análise, inseriu-se no campo de pesquisa livre os termos “societate e improbidade e administrativa”, obtendo-se 155 resultados. Excluídas as ações penais e as decisões que não tratavam do recebimento da petição inicial, resultaram 149 acórdãos, valor que se traduz no universo de ações que tratam do recebimento de petições iniciais e que aplicam o *in dubio pro societate*, concomitantemente. Dessas ações, 109 (73,15%) são oriundas da Segunda Turma, 38 (25,50%) da Primeira Turma, 1 (0,67%) da 1ª Seção e 1 (0,67%) da Corte Especial.

O Superior Tribunal de Justiça reformou 30 acórdãos (20,13%) que rejeitavam a petição inicial para determinar o seu recebimento, ao passo que reformou apenas 2 acórdãos (1,35%) para determinar a extinção da ação de improbidade administrativa. Ademais, em 13 casos (8,72%) o STJ manteve o acórdão que rejeitou a petição inicial. (PASSOS, 2019, p. 19-20).

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de aplicação do princípio *in dubio pro societate* tem repercussões significativas, tendo em vista a sua função constitucional de intérprete da legislação federal. O entendimento da corte sobre tal assunto é replicado pelos demais órgãos e tribunais do Poder Judiciário, em face da estrutura do nosso sistema de justiça.

Tal circunstância não leva ao esmorecimento do interesse pelo estudo sobre tal assunto, posto caber à academia o relevante papel de reflexão e pensamento crítico sobre as nossas instituições jurídicas.

Além disso, não se pode ignorar a possibilidade de mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do *in dubio pro societate* no recebimento da petição inicial da ação de improbidade. É ilustrativo asseverar que já houve, nessa corte, alteração sobre outro ponto sensível no regime jurídico da improbidade.

Conforme Fernando Gaspar Neisser (2019), em março e abril de 2006, tal corte passou a entender ser necessário elemento subjetivo para configuração da improbidade administrativa, abandonando entendimento anterior que reputava suficiente o mero nexos causal entre a conduta do agente e o resultado lesivo. Assim, não é impossível que alteração similar ocorra nessa corte posteriormente no que tange ao *in dubio pro societate*. O mencionado órgão jurisdicional poderia superar a utilização de tal critério na busca de um parâmetro mais racional de

preponderância de elementos probatórios para decisão sobre acolhimento da exordial na hipótese

Além disso, precedente de 2020 do Supremo Tribunal Federal no sentido da inidoneidade do *in dubio pro societate* como critério decisório, é fator suficiente para influenciar os demais órgãos jurisdicionais. Tendo em vista tal *decisum*, o papel dessa corte de guardião da Constituição e a autoridade dos seus precedentes, reputa-se aberto o caminho para a evolução dos estudos sobre a filtragem de ações de improbidade.

Conforme já assentado em considerações já realizadas, a alusão à incidência da mesma concepção do princípio *in dubio pro societate* nos institutos jurídicos do Tribunal do Júri e do juízo de admissibilidade de ações de improbidade é uma premissa importante para o desenvolvimento da linha de raciocínio que ora se enceta. É que o Supremo Tribunal Federal, através da Segunda Turma, no recurso extraordinário com agravo 1.067.392, realizou julgamento, em 26.03.2019, no sentido da inidoneidade de tal modelo decisório no Tribunal do Júri. Nesse aresto, a corte se valeu de argumentos que são perfeitamente aplicáveis para o processamento das ações de improbidade, em face da própria coerência que o sistema jurídico como um todo deve ter.

Tendo em vista a relevância desse julgado para o presente trabalho, impõe-se a citação de parte do teor de sua ementa:

Penal e Processual Penal. 2. Júri. 3. Pronúncia e standard probatório: a decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória, nos termos do art. 414, CPP. 4. Inadmissibilidade *in dubio pro societate*: além de não possuir amparo normativo, tal preceito ocasiona equívocos e desfoca o critério sobre o standard probatório necessário para a pronúncia.

5. Valoração racional da prova: embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deve ser orientado por critérios de lógica e racionalidade, pois a valoração racional da prova é imposta pelo direito à prova (art. 5º, LV, CF) e pelo dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). 6. Critérios de valoração utilizados no caso concreto: em lugar de testemunhas presenciais que foram ouvidas em juízo, deu-se maior valor a relato obtido somente na fase preliminar e a testemunha não presencial, que, não submetidos ao contraditório em juízo, não podem ser considerados elementos com força probatória suficiente para atestar a preponderância de provas incriminatórias.

7. Dúvida e impronúncia: diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados, o que não impede a reabertura do processo em caso de provas novas (art. 414, parágrafo único, CPP). Primazia da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF e art. 8.2, CADH).

8. Função da pronúncia: a primeira fase do procedimento do Júri consolida um filtro processual, que busca impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais.

9. Inexistência de violação à soberania dos veredictos: ainda que a Carta Magna preveja a existência do Tribunal do Júri e busque assegurar a efetividade de suas

decisões, por exemplo ao limitar a sua possibilidade de alteração em recurso, a lógica do sistema bifásico é inerente à estruturação de um procedimento de júri compatível com o respeito aos direitos fundamentais e a um processo penal adequado às premissas do Estado democrático de Direito. (STF, ARE 1067392, p. 1-2).

O aresto acima referido era referente a um agravo contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugnou acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Em primeiro grau de jurisdição, os recorrentes foram impronunciados, conforme o art. 411 do CPP. O Ministério Público interpôs apelação criminal junto ao Tribunal de Justiça, obtendo a pronúncia dos acusados. Em recurso extraordinário, foi alegada a fragilidade das provas colhidas na instrução bem como a inconstitucionalidade do princípio *in dubio pro societate*. Nessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal concedeu o habeas corpus de ofício, restabelecendo a decisão de impronúncia proferida pelo juízo de primeiro grau, nos termos do voto do relator.

Conforme o acompanhamento processual de tal processo¹⁶, constante em informação no site do Portal do STF no dia 23.09.2020, após tal decisão, houve interposição de embargos de divergência, que foram inadmitidos. Em face disso, ocorreu o aviamento de agravo regimental, que se encontra pendente de julgamento na data de conclusão da presente dissertação.

Feito o relato acima, é mister descer aos detalhes da argumentação do voto do Min. Relator Gilmar Mendes, no sentido da desvalia dogmática do princípio *in dubio pro societate*. O relator argumenta que tal critério decisório implica o uso degenerativo do modelo do princípio do livre convencimento judicial, não atendendo à necessidade de uma valoração racional da prova.

O Min. Gilmar Mendes, em sua manifestação, tece considerações sobre a imprescindibilidade de que a valoração da prova seja feita por critérios que obedeçam a *standards* de controle intersubjetivo, pautado em parâmetros racionais. Reconhece que tal labor judicial, por força do princípio do livre convencimento motivado, é feito por meio de parâmetros flexíveis. Não obstante isso, acentua que tal tarefa deve ser assentada em parâmetros lógicos, mercê de adequados critérios e pressupostos.

Nesse sentido, destaca a necessidade de uma teoria racionalista da prova, em que a valoração desta se assente em critérios lógicos e racionais, controlável em âmbito recursal. Afirma que a valoração racional da prova é exigida constitucionalmente, tendo em vista o direito à prova (CF, art. 5º, LV) e o dever de motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX). Nesse sentido, convém fazer citação de suas palavras:

¹⁶ Informação constante no portal do site do Supremo Tribunal Federal no endereço: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5242573>>. Acesso em 23 set. 2020.

A “reconstrução dos fatos” passados é um ponto fundamental do processo penal, considerando-se a sua função de verificar a acusação imputada a partir do lastro probatório produzido nos autos. Contudo, o momento da valoração na formação da decisão judicial carece de maior atenção da doutrina e da jurisprudência. (KNIJNIK, Danilo. A prova nos juízos cível, penal e tributário. Forense, 2007. p. 6)

Superada a primazia da teoria da prova tarifada, em que o julgador ficava vinculado a critérios de valoração abstratamente fixados na lei, houve a consolidação do sistema de “livre convencimento motivado”, determinando que “a eficácia de cada prova para a determinação dos fatos seja estabelecida caso a caso, seguindo critérios não predeterminados, discricionários e flexíveis, baseados essencialmente em pressupostos racionais”. (TARUFFO, Michele. La prueba de los hechos. Trotta, 2011. p. 387, tradução livre)

Contudo, saindo de um sistema em que os critérios eram totalmente vinculados, passou-se para um modelo de “livre convencimento”, em que uma pretensa liberdade do julgador ocasionou total abertura à discricionariedade no juízo de fatos. Segundo Michele Taruffo, “o uso degenerativo que às vezes se faz desse princípio abre caminho para a legitimação da arbitrariedade subjetiva do juiz ou, no melhor dos casos, a uma discricionariedade que não se submete a critérios e pressupostos” (Ibidem, p. 398, tradução livre).

Diante disso, fortalece-se a necessidade de uma teoria racionalista da prova, em que, embora inexistam critérios de valoração rigidamente definidos na lei, o juízo sobre fatos deva ser orientado por critérios de lógica e racionalidade, podendo ser controlado em âmbito recursal ordinário. (FERRER BELTRÁN, Jordi. La valoración racional de la prueba. Marcial Pons, 2007. p. 64) Para tanto, a valoração racional da prova impõe-se constitucionalmente, a partir do direito à prova (art. 5º, LV, CF) e do dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF). (STF, ARE 1067392, P. 10-11).

Fincada essa premissa, é importante ter em mente a validade das considerações acima no domínio do direito administrativo sancionador, tendo em vista o sincretismo normativo tantas vezes apontado no presente trabalho. Isso confere harmonia e coerência na aplicação das normas de direito punitivo, além de sofisticar o estudo da normativa de combate à improbidade.

Como dito, o *in dubio pro societate* infringe o princípio da fundamentação das decisões judiciais previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal. Paulo Gustavo Gonet Branco (2009) aduz considerações sobre a importância de motivação das sentenças, expondo argumentos que são aplicáveis em relação ao cumprimento de tal dever em outras decisões no processo. O constitucionalista diz que corresponde a encargo judicial que visa não apenas viabilizar a argumentação contrária em uma instância superior, mas também atender relevante função extraprocessual. Esta corresponde a viabilizar a fiscalização das decisões pela comunidade, tendo em vista que vivemos em uma ordem democrática.

Fincadas tais balizas, o *in dubio pro societate* não cumpre as funções processual (possibilidade de recursos) e extraprocessual (fiscalização pela sociedade das decisões judiciais) da fundamentação. Ainda de acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, a motivação exige que o juiz exponha o seu raciocínio, sendo mecanismo assecuratório de racionalidade. Por limitar o subjetivismo, o dever de fundamentação é um critério de racionalidade nas decisões judiciais, o que não se adequa com decisões lastreadas em dúvida.

Com esteio em tal asserto, o entendimento de que a invocação *tout court* do *in dubio pro societate* para recebimento da petição inicial da ação de improbidade não atende a um parâmetro racional de valoração da prova. O recurso à dúvida, pelo magistrado, sem cuidado com a preponderância dos elementos de convicção, implica desatendimento da obrigação de fundamentação das decisões judiciais, exigida pela Constituição. O uso de tal método de decisão judicial impede o exercício dos recursos judiciais, em face da inexistência de parâmetros de aferição para tanto. Não é à toa que, conforme visto, são raros os casos, no Superior Tribunal de Justiça, de provimento de recursos para rejeição da petição inicial da ação de improbidade.

4 CONCLUSÃO

Os decisores públicos, atualmente, encontram-se imersos em um ambiente de insegurança jurídica no que concerne à imputação de improbidade. A ausência de previsibilidade para sua atuação decorre de vários fatores, com destaque para a indeterminação do conteúdo dos tipos da lei de improbidade, a hipercomplexidade da sociedade brasileira e o estabelecimento de uma presunção, pelos órgãos de persecução estatal, de uma espécie de figura fictícia correspondente ao chamado “administrador médio” (fator impeditivo a impedir as peculiaridades do caso concreto).

Quanto ao primeiro aspecto destacado, a lei n.º 8.429/92 permite a condenação por improbidade por descumprimento de meros princípios de direito administrativo, que têm conteúdo indeterminado. Quanto ao segundo fator de instabilidade, acentue-se que a hipercomplexidade social justifica a oposição às escolhas públicas e deliberações políticas democráticas. O terceiro aspecto de insegurança corresponde à utilização de critérios abstratos para aferição de culpa do administrador público, violando o que está disposto no artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (norma que busca aferir as dificuldades específicas da hipótese fática).

No que tange à sua concepção dogmática, conquanto o Supremo Tribunal Federal considere a lei de improbidade uma norma civil, a presente dissertação defende uma concepção híbrida de tal diploma normativo. Assim, a disciplina jurídica do ato *improbis* também recebe influxo de normas e garantias do direito penal, que é mais sofisticado do que o direito administrativo sancionador. Isso tem guarida na concepção de que o direito punitivo é um só, independentemente do rótulo colocado pelo legislador, o que se amolda à noção de Estado Democrático de Direito. A aplicação de institutos de direito criminal, na hipótese, justifica-se em face de vários fatores, dentre eles a gravidade das sanções de improbidade e a peculiaridade procedimental de se valer de várias regras do CPP, posicionamento que aumenta a segurança jurídica, com a respectiva limitação de poder estatal.

A medida provisória 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000, foi criada para estabelecer um filtro no processamento das ações de improbidade, o que foi ensejado, conforme exposição de motivos respectiva, pelo abuso na propositura de tais demandas. O risco de inviabilização da atividade administrativa pelo uso político de tal instituto jurídico já era evidenciado na época, elemento que não pode ser ignorado por ocasião do juízo de admissibilidade das ações de improbidade.

Respondendo especificamente às questões levantadas na parte introdutória da presente dissertação, registra-se que o Superior Tribunal de Justiça aplica o princípio *in dubio pro societate* nas decisões relativa a recebimento de petição inicial em ações de improbidade. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, em precedente recente, afirmou a inidoneidade de tal critério decisório no Tribunal do Júri, com fundamentos aplicáveis ao regime jurídico do direito administrativo sancionar. Tal novel entendimento judicial, da mais alta corte do país, representa lume para que os demais órgãos do Poder Judiciário revisem a aplicação do entendimento de que, no caso de dúvida, a petição inicial de ação de improbidade deve ser recebida.

Não há autorização normativa para utilização do *in dubio pro societate* na decisão de recebimento da exordial da improbidade, em que pese a aplicação de tal adágio pela jurisprudência. Vários motivos apontam para tal resposta negativa: a) ausência de supedâneo constitucional ou legal, sendo que tal parêmia também não é prevista em nenhum ordenamento estrangeiro; b) o aumento da insegurança jurídica que a aplicação desse princípio enseja ao gestor, ensejando o risco do fenômeno já apontado como apagão das canetas; c) a medida provisória 2.088-35/2000 (reeditada várias vezes) aponta a necessidade de combater ações temerárias, em virtude da possibilidade de uso político da ação de improbidade; d) com a medida provisória 966/2020, o estado de incerteza recebe valoração pelo ordenamento jurídico favorável ao decisor público, levantado óbice à responsabilização deste por conduta culposa que não seja marcado pelo erro grosseiro; e) tal parêmia estimula o abuso do direito de ação, ignorando a aflição, custos e riscos de se responder por uma ação sem âncora probatória; f) não se trata de um modelo decisório racional, que permita o necessário controle recursal.

Destaca-se esse último aspecto, por ser relacionado com pergunta lançada na introdução sobre os critérios de aplicação do *in dubio pro societate*. Nesse sentido, por ser algo extremamente subjetivo, na verdade, não possui parâmetros racionais para sua utilização, correspondendo a um uso degenerativo do princípio do livre convencimento judicial. O recurso à dúvida para fundamentar o recebimento de ação de improbidade não permite um controle intersubjetivo, sendo um critério inidôneo, por não atender o direito à prova e o dever de fundamentação judicial.

O uso indiscriminado das ações de improbidade, conjugado com a adoção do *in dubio pro societate* no seu juízo de admissibilidade, constitui pedra de tropeço no que tange à proteção dos direitos fundamentais do gestor público, representando um modo de decisão autoritário e de índole íntima, que não atende a um critério racional de valoração da prova. Que o órgão judicial não use a dúvida para decidir sobre quem vai responder judicialmente em face de

imputação de um ato ímprobo, mas sim que tal decisor seja iluminado, em tal passo, por um diapasão coerente de preponderância de elementos probatórios.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAMPOS, Ricardo. A autorregulação regulada como modelos do direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. In: ABBUOD, Georges; NERY JR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (Coords.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade brasileira no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). **Improbidade Administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O direito administrativo e sua contribuição no enfrentamento à corrupção. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 135-160, abr. 2020. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v279.2020.81387>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ARÊDES, Silene Nunes. Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 52, p. 204-240, jan./jun. 2018. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/818>>. Acesso em: 24 set. 2020.

ATOS de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Notícias STF, Brasília, 21 maio 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>>. Acesso em: 18 set. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BASTOS, Fabrício Rocha. Da aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes públicos e a inexistência de foro por prerrogativa de função. **Revista Síntese Direito Administrativo**, p. 210-227, set. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77655>>. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP). Edição do Kindle.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. **Diário da Assembléia Nacional Constituinte**. Brasília, a. 2, n. 203, 11 mar. 1988. Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/prepara.asp?selDataIni=02/02/1987&selDataFim=05/10/1988&opcao=1&selCodColecaoCsv=R>>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 10.887, de 2018. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 10.887, de 2018. Exposição de motivos. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E513F62E506EBDB69EE445521DE32481.proposicoesWebExterno1?codteor=1687121&filename=PL+10887/2018>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Metas do judiciário. **Portal do Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/609-gestao-planejamento-e-pesquisa/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/metas-do-judiciario/24415-meta-18>>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Portal da Legislação**, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Portal da Legislação**, Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Portal da Legislação**, Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Portal da Legislação**, Brasília, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. **Portal da Legislação**, Brasília, 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1079.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Portal da Legislação**, Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Portal da Legislação**, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. **Portal da Legislação**, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Portal da Legislação**, Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Medida provisória nº 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000. Altera as Leis nos 6.368, de 21 de outubro de 1976, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.525, de 3 de dezembro de 1997, e dá outras providências. **Portal da Legislação**, Brasília, 2020. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/2088-35.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Medida provisória nº 966, de 13 de maio de 2020. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. **Portal da Legislação**, Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv966.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Recurso especial nº 1.366.721/BA. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, 26 de fevereiro de 2014. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 19 set. 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300295483&dt_publicacao=19/09/2014>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo interno no agravo em recurso especial nº 444.558/SP. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 21 de junho de 2018. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 20 ago. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303987207&dt_publicacao=30/08/2018>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso especial nº 1.504.744/MG. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 16 de abril de 2015. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 24 abr. 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402469331&dt_publicacao=24/04/2015>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 842.768/PR, Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 2 de agosto de 2007. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 11 nov. 2009. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=\("842768"..PART.\)+E+@CDOC="974614"&thesaurus=JURIDICO](https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=()>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 691.459/SC. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 22 de setembro de 2015. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 3 fev. 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500820172&dt_publicacao=03/02/2016>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Agravo regimental no agravo em recurso especial nº 604.949/RS. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 5 de maio de 2015. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 21 maio 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402799825&dt_publicacao=21/05/2015>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso especial nº 1.108.010/SC. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 21 de maio de 2009. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 21 ago. 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061673/recurso-especial-resp-1108010-sc-2008-0276511-4-stj/relatorio-e-voto-12194333?ref=amp>>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso especial nº 1.130.318/SP. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 27 de abril de 2010. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, 27 abr. 2011. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901461676&dt_publicacao=27/04/2011>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.421/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Inteiro teor das peças processuais. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, 2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5912207>>. Acesso em 27.08.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.421. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Voto: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 21 de maio de 2020. Disponibilizado pelo gabinete do Min. Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.421. Relator e voto: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 21 de maio de 2020. **Migalhas**, 2020. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/C8CE49A83E45F6_lrb.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo nº 1.067.392/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 26 de março de 2019. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2 jul. 2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753158094>>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário com agravo nº 1.067.392/CE. Acompanhamento processual. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5242573>>. Acesso em 23 set 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo regimental na petição nº 3.240/DF. Relator: Min. Teori Zavascki. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso. Brasília, 10 de maio de 2018. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 22 ago. 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748003291>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário nº 976.566/PA. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, 13 de setembro de 2019. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 26 set. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750963616>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso extraordinário nº 852.475/SP. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Brasília, 8 de agosto de 2018. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 25 mar. 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749427786>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Sexta Turma. Apelação cível nº 0044843-16.2013.4.01.3400/DF. Relator: Des. Kassio Nunes Marques. Brasília, 13 de novembro de 2017. **Portal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, 24 nov. 2017. Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00448431620134013400>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Sexta Turma. Apelação cível nº 0004150-25.2016.4.01.3807/MG. Relator: Des. Kassio Nunes Marques. Brasília, 9 de outubro 2017. **Portal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, 23 out. 2017. Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00041502520164013807>>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Terceira Turma. Agravo de instrumento nº 1018288-47.2019.4.01.0000. Relatora: Des. Mônica Jacqueline Sifuentes. Brasília, 12 de novembro de 2019. **Portal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, 12 nov. 2019. Disponível em:

<<https://pje2g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=017e8ed07ffe7f5e565c26c45828bdc799009654a1964999>>. Acesso em: 24 set. 2020.

CAMPANA, Priscila de Sousa Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de Direito**, Viçosa, v. 9, n. 1, p. 189-216, 2017. Disponível em:

<<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090107>>. Acesso em: 24 set. 2020.

CAMPOS, Walfredo Cunha. A falácia do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia.

Boletim IBCCrim, São Paulo, v. 14, n. 164, jul. 2006. Disponível em:

<https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/194-164-Julho-2006>. Acesso em: 19 mar. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique . **Diários da presidência: 2001-2002**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. v. 4. Edição do Kindle.

COLLUCCI, Ricardo. **Juízo de admissibilidade da “ação de improbidade administrativa”**. 2011. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. Edição do Kindle.

DADOS gerais sobre as condenações. **Portal do Instituto Não Aceito Corrupção**, 2017. Disponível em: <<http://naoaceitocorruptao.org.br/2017/radiografia/radiografia/destaques/>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

DALLARI, Adilson Abreu. Limitações à atuação do Ministério Público na ação civil pública. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.).

Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

DELGADO, José Augusto. Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a lei de improbidade administrativa. BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sentença constitutiva e execução forçada. **Revista de Processo**, v. 159, p. 65-76, maio 2008. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 20 fev. 20.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: doutrina, legislação e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FEIJÓ, Arthur Nogueira Feijó. **Direito civil punitivo**: do dano moral punitivo à causa geral da multa civil. Curitiba: Juruá, 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 185, p. 1-18, jul. 1991. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44482/47693>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio da fraternidade**: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FORTINI, Cristina; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 91-112, ago. 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.5380/rinc.v5i2.57614>>. Acesso em: 15 set. 2020.

GOVERNO cria multa para tentar inibir procuradores. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 dez. 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JORNADA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 1., 2020. **Enunciados aprovados na...** 2020. Disponibilizado em: <<https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-administrativo-divulga.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2020.

KIM, Richard Pae; PORTO, Valéria do Vale. O conteúdo da moralidade na lei de improbidade administrativa: obrigação à conduta do homem público e direito fundamental difuso do cidadão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 266, p. 125-166, maio 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v266.2014.32143>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

MARQUES, Mauro Campbel; TESOLIN, Fabiano da Rosa. Aspectos processuais relacionados à competência e ao recebimento da petição inicial de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbel et al. **Improbidade administrativa**: temas atuais e controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP). Edição do Kindle.

NAVAS, Amanda R. E. A teoria econômica da regulação como fundamento da sham litigation. **Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 22, p. 163-180, jul.-dez. 2012. Disponível em: <<https://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

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

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade administrativa**: direito material e processual. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Edição do Kindle.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. **Pronúncia**: valoração da prova e limites à motivação. 2012. 250 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-20032013-143351/pt-br.php>>. Acesso em: 24 set. 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PASSOS, Pedro Paulo Alves Corrêa dos. **In dubio pro societate à luz da justa causa nas ações de improbidade administrativa segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Escola de Direito e Administração Pública, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2019.

RELATOR propõe que atos de agentes políticos durante a pandemia sigam critérios científicos. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Notícias STF, Brasília, 20 maio 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443788>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v237.2004.44376>>. Acesso em: 13 set. 2020.

TALEB, Nicholas Nassim. **Antifragile**: things that gain from disorder. New Yourk: Ramdom House, 2012. Edição do Kindle.

WUCKER, Michelle. **The gray rhino**: how to recognize and act on the obvious dangers we ignore. New York: St. Martin's Press, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Distribuição do ônus da prova no processo de improbidade administrativa e o CPC 2015. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, v. 28, n. 241, p. 511-523, jan./mar. 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.