

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Rodrigo Ribeiro Pereira

**A ANULAÇÃO E A CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E DOS  
PROCESSOS DECISÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS EFEITOS  
NA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**

Belo Horizonte  
2018

Rodrigo Ribeiro Pereira

**A ANULAÇÃO E A CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E DOS  
PROCESSOS DECISÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS EFEITOS  
NA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Estado, Constituição e Sociedade no Paradigma do Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria

Belo Horizonte  
2018

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

P436a Pereira, Rodrigo Ribeiro  
Anulação e a convalidação do ato administrativo e dos processos decisórios da administração pública e seus efeitos na probidade administrativa / Rodrigo Ribeiro Pereira. Belo Horizonte, 2018.  
151 f.

Orientador: Edimur Ferreira de Faria  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Improbidade administrativa. 2. Leis - Constitucionalidade. 3. Corrupção administrativa. 4. Prova (Direito). 5. Transparência na administração pública. 6. Servidores públicos. I. Faria, Edimur Ferreira de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.35

Rodrigo Ribeiro Pereira

**A ANULAÇÃO E A CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E DOS  
PROCESSOS DECISÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS EFEITOS  
NA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria - PUC Minas (Orientador)

---

Prof. Dr. Aroldo Plínio Gonçalves - UFMG (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior - PUC Minas (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior - PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2018.

Á Tatiana, minha inspiração, a quem tudo dedico.  
Sem você tudo se resumiria a nada! Seu olhar, seus  
abraços e seu sorriso estiveram sempre comigo, em  
cada página desse trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

*Aos meus pais, Brenno e Nilcéia, pelo exemplo, pela casa cheia de livros e pelo gosto de conhecer o mundo, sua história e tudo que nele existe.*

*Aos meus filhos, Pedro e Miguel, que me ensinam a cada dia, o que é realmente amar.*

*Ao meu amigo Arnaldo, pelo incentivo, pela parceria de vida e estudos... pela amizade verdadeira.*

*Ao professor Edimur Ferreira de Faria, pelas orientações, sempre presentes, desde a concepção de minha pesquisa.*

*A todos que, de uma forma ou de outra, me ajudaram, me apoiaram, ou mesmo somente torceram para dar certo.*

Para que uma obra intelectual de algum valor consiga produzir de imediato efeitos amplos e profundos, carece existir uma afinidade secreta, e mesmo uma harmonia íntima, entre o destino individual de seu criador e o destino coletivo de seus contemporâneos. (MANN, 1970).

## RESUMO

A responsabilização de agentes políticos, por atos de má gestão ou ilícitos na Administração Pública, ganhou importância e novos contornos com a edição da Lei Federal 8.429/92 (BRASIL, 1992), denominada Lei de Improbidade Administrativa. A inovação legislativa inseriu no contexto de responsabilização, a previsão de consequências patrimoniais, imposição de sanções econômicas e severas limitações no que concerne ao exercício de direitos fundamentais dos administradores públicos. Desde então, a aplicação da Lei de Improbidade pelos Tribunais brasileiros sofreu as mais variadas interpretações. Para melhor compreensão desse fenômeno, esse trabalho tem por objetivo investigar se a Administração Pública, no atual contexto constitucional, deve atuar não só vinculada ao princípio da legalidade, mas também em respeito à economicidade, à eficiência, à moralidade e a outros princípios igualmente previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) (BRASIL, 1988). Além disso, tem como principal objetivo investigar como é hoje tratada a responsabilização dos agentes públicos que, apesar de corrigirem – através da anulação ou convalidação – a atividade administrativa, ainda assim são responsabilizados pelo ato ou decisão administrativos originalmente ilegais, com fundamento unicamente na subsunção de sua conduta àquelas infrações previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Palavras-chave: Improbidade. Anulação. Convalidação. Efeitos jurídicos. Ato administrativo. Agentes Públicos.

## **ABSTRACT**

The responsibility of political agents, for acts of mismanagement or illicit in the Public Administration, gained importance and new contours with the edition of Federal Law 8.429 / 92 (BRAZIL, 1992), denominated Administrative Improbability Law. Legislative innovation has inserted in the context of accountability, prediction of property consequences, imposition of economic sanctions and severe limitations regarding the exercise of fundamental rights of public administrators. Since then, the application of the Law of Improbability by the Brazilian Courts has suffered the most varied interpretations. In order to better understand this phenomenon, this study aims to investigate whether Public Administration, in the current constitutional context, should act not only in relation to the principle of legality, but also in respect of economics, efficiency, morality and other principles equally foreseen in article 37, caput, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CRFB / 1988) (BRAZIL, 1988). In addition, its main objective is to investigate how it is now treated the responsibility of public agents who, despite correcting - through annulment or convalidation - administrative activity, are still responsible for the administrative act or decision originally illegal, based solely on the subsumption of their conduct to those infractions provided for in the Administrative Improbability Act.

Keywords: Improbability. Annulment. Convalidation. Legal effects. Administrative act Public Agents.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLA

CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>19</b>
<b>2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>25</b>
2.1 A improbidade administrativa como consequência do modelo político: aspectos econômicos, históricos e culturais .....	27
<b>3 O PODER PÚBLICO E OS ATOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>41</b>
3.1 O ato administrativo e a teoria das nulidades .....	41
3.2 Atos administrativos convalidáveis ou não convalidáveis .....	46
3.3 Do dever de convalidar atos administrativos convalidáveis .....	52
<b>4 A ANULAÇÃO E CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E DOS PROCESSOS DECISÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>57</b>
4.1 A anulação e a convalidação no direito brasileiro .....	60
4.2 A Súmula 473 do STF .....	66
<b>5 DA CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA ÍMPROBA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>71</b>
5.1 O dolo e a culpa como requisito essencial da atuação ímproba .....	77
5.2 O dolo sob a perspectiva dos Tribunais Superiores no Brasil .....	84
5.3 A atuação culposa e seus reflexos na configuração da improbidade administrativa: o artigo 10 da LIA.....	89
5.4 A tomada de decisões de alta complexidade técnica e jurídica .....	95
5.5 O problema da violação de princípios enquanto tipos sancionadores da improbidade administrativa.....	101
<b>6 O PROCESSO DE REVISÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>105</b>
6.1 Processo administrativo .....	112
6.2 Inquérito civil e criminal .....	113
6.3 Ação civil pública .....	114
6.4 Ação popular .....	118
<b>7 OS EFEITOS DA REVISÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA SOBRE A CONFIGURAÇÃO DA IMPROBIDADE .....</b>	<b>123</b>
7.1 A interpretação judicial dos atos posteriores ao cometimento da improbidade: a restauração da legalidade como forma de afastar a imputação por ato de improbidade .....	123
<b>8 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>135</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>139</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A busca pela punição aos maus administradores da chamada 'res publica' tem ganhado cada vez mais relevância, tanto no campo do debate legislativo, quanto no corpo do Poder Judiciário. Em poucos anos, o Brasil produziu normas jurídicas que incrementaram a investigação, o processamento e a punição de agentes públicos que - em tese - teriam praticado atos ilícitos no exercício de suas funções administrativas. A passos largos, se definiu como "fragilização das imunidades" (OSÓRIO, 2010), através de métodos de controle previstos no contemporâneo constitucionalismo brasileiro. Nesse sentido, para aprimoramento do controle do Poder Público pode-se citar a Lei Federal 12.850/2013 (BRASIL, 2013b), que regulamentou a colaboração premiada e a Lei Federal 12.846/2013 (BRASIL, 2013a), denominada lei "anticorrupção" ou de leniência. Somam-se a essas novas experiências legislativas, a crescente exigência da sociedade em relação ao Poder Público, no atendimento de suas demandas por serviços públicos universais e de qualidade. Neste contexto, a exigência de uma administração pública eficaz ganhou, no Brasil, status de princípio constitucional através da Emenda Constitucional n.19. (BRASIL, 1998).

No entanto, a inovação legislativa que realmente mais impactou a administração pública e que mudou o modo com que o Poder Judiciário enfrenta o controle do ato administrativo e da própria gestão pública, é a Lei Federal 8.429/92 (BRASIL, 1992), denominada Lei de Improbidade Administrativa, que trouxe uma nova concepção de responsabilização ao agente público, prevendo condutas ímprobas e graves consequências, tanto sob os aspectos patrimoniais, quanto sobre aspectos de limitações de exercícios de direitos fundamentais dos administradores públicos.

Como toda norma, a aplicação da Lei de Improbidade pelos Tribunais brasileiros enfrentou - nesses poucos anos de vigência - as mais variadas interpretações que, em um determinado momento, indicavam uma aplicação mais comedida da norma, chegando a momentos opostos de exacerbação na utilização da improbidade pelo Ministério Público (MP), com aplicação indevida da Lei de Improbidade a atos meramente ilegais.

Esse trabalho tem por objetivo estudar, em primeiro lugar, como se insere a Administração Pública no atual contexto constitucional, onde deve atuar não só

vinculada ao princípio da legalidade, mas também em respeito à economicidade, à eficiência, à moralidade e a outros princípios igualmente previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) (BRASIL, 1988). Além disso, propõe investigar como é hoje tratada a responsabilização dos agentes públicos que, apesar de corrigirem – através da anulação ou convalidação – a atividade administrativa, ainda assim são responsabilizados pelo ato ou decisão administrativos originalmente ilegais, com fundamento unicamente na subsunção de sua conduta àquelas infrações previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Nesse contexto, para melhor compreensão da presente pesquisa, o estudo em questão, está dividido em 8 capítulos. Na introdução, capítulo 1, tem-se os objetivos e a escolha do tema.

No capítulo 2, analisou-se o quadro atual sobre probidade administrativa, assim delineado como consequência do modelo político brasileiro, envolvendo os aspectos econômicos, históricos e sociais de como esse modelo político foi implementado e se desenvolveu em nosso País.

No capítulo 3, dedicou-se gerais sobre o ato administrativo e a teoria das nulidades, abordando a diferenciação entre atos convalidáveis e não convalidáveis e tratou-se sobre o dever de convalidar os atos administrativos convalidáveis e que tivessem produzido efeitos para terceiros de boa-fé.

No capítulo 4, abordou-se as teorias jurídicas sobre anulação e convalidação dos atos administrativos e dos processos decisórios da administração pública, especialmente sob a perspectiva da doutrina brasileira e ante a abordagem que o Supremo Tribunal Federal (STF) deu ao tema através da Súmula 473.

No capítulo 5, enfrentou-se a questão tormentosa sobre os requisitos de configuração da improbidade administrativa, especialmente no que trata sobre a presença do dolo e da culpa na conduta do agente público, a abordagem do tema pelos Tribunais Superiores, abordando aspectos mais recentes sobre a compreensão jurídica dos pressupostos jurídicos de validade e aplicação da Lei de Improbidade, inclusive quando o ato inquinado de improbidade envolve decisões de alta complexidade técnica e jurídica.

No capítulo 6, tratou-se sobre os processos onde se pode exercer o poder/dever de revisão dos atos administrativos, compreendendo análise sobre os efeitos da prescrição desse processo revisional, abordando o tema sob a

perspectiva do processo revisional no âmbito do processo administrativo, do inquérito civil, da ação civil pública e da ação popular.

No capítulo 7, dedicou-se à análise dos efeitos da revisão da atividade administrativa sobre a configuração da improbidade administrativa, especialmente no que concerne à correta interpretação judicial dos atos posteriores ao cometimento do suposto ato de improbidade, como forma de afastar a imputação por ato de improbidade administrativa.

O último capítulo, de numero 8, dedicou-se as considerações finais da dissertação.

Toda a compreensão do trabalho deve ter por perspectiva que a Administração Pública faz editar - para a consecução de seus fins - uma enorme variedade de atos administrativos e seus agentes tomam várias decisões administrativas, com variados graus de complexidade e diferentes motivações. Assim, a atividade administrativa é complexa e se desenvolve através de seguidos atos administrativos, praticados pelas mais diversas categorias de servidores públicos. Esses atos e processos decisórios na Administração Pública constantemente tem sua legitimidade questionada administrativa e judicialmente, inclusive sob o aspecto da improbidade dos agentes públicos envolvidos. Este trabalho tem por objetivo apresentar conclusões no sentido de que a anulação ou convalidação desses atos e decisões administrativos tem repercussão jurídica na configuração da improbidade administrativa.

No âmbito da Administração Pública, são corriqueiros os atos administrativos que padeçam de vícios de forma, conteúdo, motivação, finalidade e, em última análise, de legalidade. Estes atos administrativos podem (ou não) ser revistos pelo próprio gestor público, através de sua anulação ou convalidação, como forma de restauração da legalidade, promovendo um novo ato administrativo, com finalidade de suprir os defeitos do ato administrativo anterior, resguardando (ou não) os efeitos jurídicos por ele produzidos. Assim, o que se pretende através desse trabalho é demonstrar que o reestabelecimento da legitimidade da prática administrativa terá – sempre e necessariamente – efeitos na responsabilização por atos supostamente ímprobos.

Atualmente, a jurisprudência tem caminhado no sentido de limitar a verificação da ocorrência do ato de improbidade apenas com base em dois elementos, o dolo e a subsunção do fato à hipótese normativa prevista na Lei de

Improbidade. Pretende-se demonstrar que o processo decisório acerca da existência ou não da improbidade não dispensa (ao contrário, exige) a análise de todo o contexto dos atos praticados pelo agente público, inclusive os posteriores à consumação (em tese) do ato de improbidade, praticados com fins de restauração da legitimidade do ato ou decisão administrativa. Com isso, pretende-se comprovar que os efeitos da anulação e convalidação do ato administrativo terão repercussão na esfera de responsabilidade do agente público.

Para efeito de responsabilização e configuração da improbidade, atualmente tanto a doutrina e jurisprudência sobre o tema tem se revelado muito vinculada à subsunção dos fatos às condutas previstas na norma como infratoras da probidade administrativa, desprezando por completo as circunstâncias que levaram ao agente público a tomar determinada decisão ou a praticar determinado ato administrativo.

Mais grave ainda é o fato da jurisprudência desprezar qual o comportamento do agente público após a ocorrência da conduta tida por ilegal ou ímproba. Ao sugerir como tema que a anulação e convalidação do ato ou decisão administrativa têm repercussão na configuração da improbidade, este trabalho buscará comprovar que estes instrumentos jurídicos de restabelecimento da legalidade não configuram apenas circunstâncias favoráveis para fixação das penas de improbidade, mas conduta que deve ser sopesada para própria configuração do ato de improbidade.

Importante esclarecer que o autor desse trabalho se dedica profissionalmente à defesa de agentes públicos em ações civis públicas que visam responsabilização por atos de improbidade administrativa, sendo certo que essa circunstância ficará evidente no decorrer da exposição das ideias.

Importante ressaltar que, sobre o tema, após anos de debates sobre a correta aplicação da Lei de Improbidade, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou aspectos importantes de interpretação da Lei de Improbidade:

- a) a improbidade não depende de existência de dano ao erário;
- b) a improbidade exige dolo do agente público em praticar o ato ímprobo;
- c) a ilegalidade do ato ou da decisão administrativa não acarreta, por consequência, a improbidade;
- d) a Lei de Improbidade visa punir o agente público desonesto e não o incapaz ou inexperiente.

A existência do dolo - para configuração da improbidade - restringe-se, atualmente, à valoração da conduta do agente antes ou no momento da prática do ato ou decisão administrativa considerados ilegais. A verdade é que a jurisprudência e a doutrina sempre trilharam o caminho extremamente positivista: de adequação do fato às circunstâncias previstas na norma como ímproba.

A análise dos fatos tidos como ímprobos, sob essa perspectiva, sugere que essa interpretação - nos moldes dos tipos penais - consistiria em mais um mecanismo de segurança jurídica aos jurisdicionados, mas mostrou-se, na prática, um mecanismo de aplicação indevida das penas de improbidade, dado ao fato de que as dezenas de condutas descritas como ímprobas pela Lei Federal 8.429/92 revelam-se extremamente abertas, como a que considera improbidade “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência (inciso I, do artigo 11) ou a que também imputa como improbidade retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício” (inciso II, artigo 11) e, por fim, como exemplo máximo dessa “norma punitiva em aberto”, a que define como ímprobo qualquer ato que atente “contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições” (artigo 11, caput). (BRASIL, 1992).

Assim, é necessário ultrapassar essa interpretação positivista, para adequar principalmente a atividade jurisdicional à racionalização da aplicação do Direito. O tema é atualíssimo, pois apesar de relativamente nova, a Lei de Improbidade já produziu efeitos concretos no cotidiano da administração pública. Mais atual se faz esse debate porque é recente (e paradigmático) o precedente do STJ que afastou - corretamente - a simples subsunção do fato à norma em tipificação de condutas ímprobas. Trata-se do Recurso Especial n. 1.253.368/MG, em que atuou como advogado o autor do presente trabalho.

No caso, o STJ, reformando sentença de 1º grau e Acórdão unânime do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), sopesou e valorou - para configuração da improbidade - os atos do agente público praticados após a conduta tida por ímproba, reconhecendo os efeitos do poder revisional administrativo do agente como forma de comprovação do desinteresse em praticar o ato de improbidade. O caso mereceria, se aplicada visão puramente positivista, a confirmação da condenação por improbidade, já que havia clara subsunção dos fatos à norma caracterizadora da

improbidade. A solução do STJ, ao reverso, foi pela não ocorrência da improbidade, ao considerar os atos posteriores praticados pelo agente público, praticados com objetivo de restaurar a legalidade.

De fato, esta valoração, efetivada no precedente, superando a simples interpretação positivista do caso, para justificar a decisão em fatos posteriores à suposta conduta típica deverá trazer novas luzes à Súmula 473<sup>1</sup> do STF, no que se refere à autotutela dos atos ilegais.

Também no que se refere à convalidação dos atos administrativos ilegais, as consequências deverão ser as mesmas, pois constatada a ilegalidade do ato administrativo, o Administrador Público poderá restabelecer a legalidade, promovendo um novo ato administrativo, com finalidade de suprir os defeitos do ato administrativo anterior, resguardando os efeitos jurídicos por ele produzidos.

Realmente, a **convalidação** do ato administrativo atende, de uma só vez, dois princípios que devem ser preservados pela administração pública: o da legalidade (que se vê restaurada) e o da segurança jurídica, para que haja estabilidade nas relações jurídicas advindas do ato administrativo ilegal. Assim, faz-se necessário buscar, ao máximo, prestigiar o instituto da convalidação, consagrando - no processo decisório da improbidade - a compreensão de fatos e valores que não seriam valorados pela simples subsunção dos fatos à norma.

O que se propõe, sobre a compreensão da improbidade e sobre os efeitos dos atos de anulação e convalidação do ato administrativo, é a superação dos paradigmas sobre a improbidade e a penalização de agentes públicos.

---

<sup>1</sup> A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (BRASIL, 1969a)

## 2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O sistema constitucional brasileiro delineado na CRFB/1988 atribuiu ao Estado Brasileiro o desempenho de diversas funções de extrema relevância social, como, por exemplo, o acesso à saúde e à educação. Nos moldes atuais, portanto, a atuação do Estado está diretamente ligada ao interesse público de toda a sociedade brasileira.

A atividade estatal, por sua vez, é exercida pela Administração Pública, assim entendida a organização direta ou indireta dos entes públicos (como os órgãos que prestam serviços públicos ou que sejam custeados pelo Estado, por exemplo) através de atos administrativos (normativos ou específicos) que

- a) devem ser direcionados à sua organização institucional e/ou, por óbvio, à consecução do interesse público; e
- b) devem sempre observar os princípios aplicados à Administração Pública, nos termos do art. 37<sup>2</sup> da CRFB/1988 – em que se destacam legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse contexto, a gestão e a articulação direta dos meios necessários ao funcionamento da máquina pública se dão pela atuação dos agentes públicos, enquanto integrantes da Administração Pública que devem exercer suas competências funcionais objetivando o correto funcionamento do Estado, por meio da efetivação de suas funções constitucionalmente definidas.

Em outras palavras, não obstante o conceito doutrinariamente disseminado de uma Administração Pública enquanto entidade quase que autônoma e dotada de personalidade, é de se lembrar que toda a organização do Estado é executada, embora em conjunto, por agentes públicos individualizados, por cidadãos temporários ou estavelmente investidos em cargos públicos.

O que significa dizer que, para que se alcance uma atuação efetiva por parte do Estado, é imprescindível que alcance a atuação eficiente dos agentes públicos, inclusive por meio de pesquisas em variados ramos das ciências humanas – no

---

<sup>2</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (BRASIL, 1988).

Direito, principalmente no que tange à regulação de suas práticas e à punibilidade desses agentes em casos de irregularidades ou prejuízo à coletividade.

Mais do que isso: em momentos como o presente, em que as denúncias de corrupção e má-gestão estatal têm sido recorrentes em todos os meios de comunicação, a análise de tais questões assume importância ainda maior, especialmente para que se possibilite uma resposta adequada ao anseio popular generalizado por maior honestidade, transparência e competência por parte dos agentes públicos – um dos cerne da crise democrática atual.

Em razão de sua relevância, é de se esperar que esta atuação se submeta a mecanismos de controle da função administrativa, posto que os agentes públicos deveriam se portar de forma ímproba, correta, leal e legal, sob o controle da própria moralidade administrativa.

Não obstante, por se reconhecer a existência de possíveis e recorrentes desvios a estes parâmetros, foram instituídas as sanções previstas na Lei Federal n. 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa (LIA), como forma de se coibir a prática de atos ímprobos.

Atualmente, devido ao complexo funcionamento do Poder Estatal e em razão da grande publicidade conferida aos atos administrativos em geral, qualquer atividade decisória do Poder Público submete-se a controle, numa tendência de oposição e responsabilização amplas do agente público. Nesse sentido, a doutrina de Edimur Ferreira de Faria (2011), a destacar esse novo paradigma de controle da Administração Pública:

No fenômeno evolutivo do Estado, verificam-se, já se viu, duas fases distintas: a do Estado absolutista e a do estado de Direito. Na primeira fase, absolutista, não havia sistema ou mecanismo de controle constitucionalizado, destinado ao controle da Administração. Isso se justificava pelo fato de que, naquela época, o chefe de governo detinha todas as funções do Estado: executiva, legislativa e judiciária. Assim, a mesma autoridade editava as normas de Direito, nem sempre escritas, aplicava-as e dirimia os conflitos entre o Estado (autoridade soberana) e os súditos. [...]. Com o advento do Estado de Direito, surgiu a especialização das funções básicas e primordiais do Estado, materializadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Como consequência, o Estado passou a submeter-se a controle. A norma jurídica passou a ser o ponto de referência e de obediência pelo Estado e pelos administrados. (FARIA, 2011, p. 195-196).

Outra consequência dessa tendência é a busca pela responsabilização judicial dos agentes públicos que pratiquem atos ilegais, o que tem gerado expressivo aumento das ações judiciais por ato de improbidade administrativa – o que muitas vezes resulta em um controle indiscriminado por parte do Poder Judiciário.

Neste sentido, é preciso lembrar que a Administração Pública é dinâmica, formada e organizada por atos administrativos provenientes de diversos órgãos e agentes públicos. É a partir deste emaranhado de normas e atos administrativos que a máquina pública se estrutura, atos e normas que não estão isentos de questionamentos administrativos e/ou judiciais.

Havendo qualquer irregularidade, ilicitude ou vício, a correção do ato administrativo pode se dar de duas formas distintas: por intervenção do Judiciário ou por ato revisional da própria Administração Pública.

Mas antes de adentrar nos aspectos relacionados à configuração da improbidade administrativa, na restauração da legalidade dos atos administrativos e suas consequências sobre a improbidade, importante abordar como o sistema político implementado no Brasil, somado aos aspectos econômicos, históricos e culturais, moldaram e contribuíram para o estágio atual de nossa sociedade.

## **2.1 A improbidade administrativa como consequência do modelo político: aspectos econômicos, históricos e culturais**

Com o advento CRFB/1988, as sanções por improbidade administrativa passaram a ser expressamente previstas no artigo 37, §4º, aplicáveis a gestores e servidores públicos. Evidentemente, a própria Lei de Improbidade, sancionada no ano de 1992, foi fortemente inspirada nesse modelo de conduta constitucionalmente estabelecido, a revelar que a não observância do dever de probidade teria efeitos sancionadores inclusive sobre direitos fundamentais dos servidores públicos ímprobos e terceiros beneficiários desses atos.

Mas apesar da aversão constitucional à improbidade constar expressamente do texto CRFB/1988, a má gestão de recursos públicos há muito ganhou importância nos textos legislativos, com previsão de reprimenda aos maus gestores ou à prática de ilícitos. Desde 1941, o Decreto Lei 3.240 (BRASIL, 1941), já previa o sequestro de bens de pessoas cujas condutas provocassem prejuízos ao erário.

A CRFB de 1946 foi expressa ao prever o "sequestro ou perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso do cargo ou função pública, ou emprego em entidade autárquica" (art 141, §3º, 2ª parte) (BRASIL, 1946).

Em 1957, a Lei n. 3.164/57 (BRASIL, 1957), reproduziu - em parte - dispositivo constitucional já mencionado, explicitando que as condutas ilícitas seriam também apuradas sob a perspectiva de responsabilidade criminal.

No ano de 1958, a Lei n. 3.502/58, conhecida como "Bilac Pinto" (BRASIL, 1958) também previu a responsabilização cível ao agente público que, por influência ou abuso do cargo ou função, trouxesse prejuízo à Fazenda Pública.

É certo que o modelo gerencial da Administração Pública até a CRFB/1988 deveria encontrar, naquela manifestação do Poder Constituinte, novo marco civilizatório ao clientelismo, a malversação de recursos públicos e à corrupção, pois além da responsabilização cível, compreendido o ressarcimento de danos e o perdimento de bens ilicitamente adquiridos, incorporou severas penas de caráter político, como a suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público, além da proibição de receber benefícios creditórios, conforme dicção do art. 37, §4º da CRFB/1988.

No entanto, passados quase 30 anos da promulgação da CRFB/1988 e 25 anos do advento da Lei de Improbidade 8.429/1992, lamentavelmente não são encorajadores os efeitos da aplicação da norma, apesar dos evidentes avanços institucionais.

Ainda que a busca pela probidade administrativa seja um objetivo a ser perseguido por qualquer ente estatal, a história tem mostrado que o regime punitivo não se mostra ideal como meio de "combate" à corrupção ou à improbidade, justamente por seu efeito "remediador" e não instrutivo.

Há intensa correlação entre a improbidade administrativa e o regime de representatividade política, que atravessa grave momento de legitimidade, com a mais severa crise institucional e política desde a promulgação da CRFB/1988. Essa conjuntura é narrada por Karla Manfredini (2008) nos seguintes termos:

o que tem se vivenciado no Brasil é a crise desse modelo. Os representantes já não representam o povo; este, por sua vez, já não se interessa pelos assuntos políticos. O número de partidos cresce, mas as ideologias continuam as mesmas, e, o poder legislativo ainda não logrou sua independência, continua a operar com preponderância do executivo.

(MANFREDINI, 2008, p. 25).

A representatividade política, no entanto, decorre da maneira como se exerce a democracia que, por opção do Poder Constituinte de 1988, se manifesta de forma indireta, conforme consta no art. 1º, parágrafo único, da Carta da República.

Para um estudo sobre a crise de representatividade democrática e suas evidentes consequências na prática de atos de improbidade administrativa, é preciso compreender como a democracia foi implementada e exercida em um país de dimensões continentais, de grande diversidade cultural e econômica. Essa compreensão é necessária em um trabalho que busca investigar os atos de improbidade e sua real natureza.

Nesse contexto, a análise do quadro atual sobre crise de representatividade, sobre o exercício de poder político e a sobre os atos ímprobos praticados por agentes públicos não deve estar desassociada de análise história da formação da cultura democrática, política e social do Brasil, reconhecendo que não há solução eficaz que seja alheia ao processo democrático e político, cujos caminhos o Brasil terá que enfrentar nos próximos anos.

Aliás, o problema é da democracia em todo o mundo contemporâneo, como adverte Luigi Ferrajoli (2015):

Acrescente-se que a representatividade política das instituições eletivas sofre, hoje, com a profunda crise que será ilustrada no quarto capítulo deste livro: em razão do desaparecimento do embasamento social dos partidos, pelo descredito destes junto à opinião pública, pela crescente personalização e verticalização dos sistemas políticos, pela tendência destes a se sujeitarem aos poderes econômicos e financeiros, pelo desenvolvimento e sucesso eleitoral, como ocorreu na Itália, de movimentos populistas, antiparlamentares e desprovidos de democracia interna. (FERRAJOLI, 2015, p. 45)

Assim, a crítica atual ao sistema político e de representatividade é resumida da seguinte forma: a política seria sinônimo de poder e a busca pela manutenção ou perpetuação desse poder se tornou vital para parte expressiva dos atores políticos, exercentes ou não de cargos eletivos, se vislumbrando o exercício do cargo público como instrumento de obtenção de vantagens pessoais e ilegais.

E ainda mais: desenhou-se uma chamada cultura da improbidade, pois os atos de desonestidade na gestão pública passam a se multiplicar e generalizar em nome do poder político e da garantia de sua manutenção e exercício. Esse é, em

resumo, o quadro de crise política e institucional que atravessa o País, que há 25 anos possui legislação infraconstitucional que prevê sérias consequências ao gestor público ímprobo.

Ocorre que tal estado de coisas não é recente. Ao contrário, decorre das bases da formação da cultura política e social brasileira, sendo a principal explicação válida para os fenômenos atuais.

Na verdade, o exercício irregular do poder político, que caminha para os atos conhecidos hoje como sendo de improbidade, não se dá por decorrência da delegação do poder democrático aos representantes eleitos, mas como desdobramento de históricas imposições diretas e, por vezes circunstanciais, do exercício do poder.

O regime de representatividade popular no Brasil tem início ainda no Século XVI, sendo que - com o passar dos anos - há considerável aumento no corpo eleitoral, cuja evolução pôde ocorrer com o advento da República, com a permissão de votos dos homens acima de 21 anos, independentemente da renda; com a reforma de 1932, que permitiu o voto das mulheres e; por último, com a CRFB/1988, que permitiu o voto dos analfabetos e dos maiores de 16 anos.

Marco histórico e legislativo no que se refere às Eleições, o Código Eleitoral - que tem a pretensão de regulamentar todo o processo preparatório, de execução e de encerramento do processo de eleição - teve por principal função a ampliação do colégio eleitoral, mesmo porque - ainda no Império e até mesmo na República - as eleições indiretas foram usuais (1891, 1933, 1964, 1966, quando o Colégio Eleitoral foi o Congresso Nacional e 1966 a 1978, eleições indiretas para Governador e 1985, para Presidente da República).

O importante é que, com a ampliação dos habilitados ao voto houve - em um país de baixa alfabetização, pouca industrialização e eminentemente rural - a incorporação de expressivo número de eleitores que, obrigados ao exercício do voto, não tinham qualquer interesse pelo processo político, e não se identificavam com o processo eleitoral:

Os novos códigos, ampliando o corpo eleitoral e reclamando a presença efetiva dos votantes, aumentam os gastos. É perfeitamente compreensível que o eleitor da roça obedeça a orientação de quem tudo lhe paga, e com insistência, para praticar um ato que lhe é completamente indiferente. (LEAL, 2012, p. 46)

Não se pode perder de vistas que era característica desse novo eleitor sua baixa escolaridade, sua ligação de subsistência com o proprietário de terra e sua submissão social e econômica na sociedade da época: “A massa humana que tira subsistência das suas terras que vive no mais lamentável estado de pobreza, ignorância e abandono”. (LEAL, 2012, p. 46).

É nesse quadro social que se encontrava grande parte do eleitorado, ampliado abruptamente e cuja dependência econômica fortaleceu, politicamente, a elite rural:

Completamente analfabeto, ou quase, sem assistência médica, não lendo jornais nem revistas, nas quais se limita a ler figuras, o trabalhador rural, a não ser em casos esporádicos, tem o patrão na conta de benfeitor. E é dele, na verdade, que recebe os únicos favores que sua obscura existência conhece. (LEAL, 2012, p. 46).

Assim, a elite rural que detinha influência econômica sobre esse eleitor, passa a usufruir, também, poder político, pois a vinculação econômica de dependência é característica dessa relação no campo: “É, pois, para o próprio ‘coronel’ que o roceiro apela nos momentos de abertura, comprando fiado em seu armazém para pagar com a colheita, ou pedindo dinheiro, nas mesmas condições, para outras necessidades.” (LEAL, 2012, p. 46)

Desse quadro social e econômico decorre que o processo político passa a depender cada vez mais da elite rural, surgindo dessas circunstâncias o que se denominou “coronelismo”: “Documentos, transporte, alojamento, refeições, dias de trabalho perdidos e até roupa, calçado, chapéu para o dia da eleição, tudo é pago pelos mentores políticos empenhados na sua qualificação e comparecimento.” (LEAL, 2012, p. 57)

O estudo apurado das circunstâncias sociais e econômicas do período revela que o problema da representatividade política não é novo, pois historicamente nunca houve efetiva identidade entre eleito e eleitor, na medida que o processo democrático é distorcido pelos fatores históricos e sociais mencionados. Daí Sérgio Buarque de Holanda (1936, p. 122) afirmar que: “A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido [...]”

A ciência política já investigou esse problema a fundo, revelando que a democracia, nesses casos, é meramente formal e não material:

O método de formação das decisões políticas baseado na representação popular por intermédio do sufrágio universal designa e garante apenas a forma democrática de escolha dos governantes, mas não implica que as decisões tomadas pela maioria tenham substância democrática. (FERRAJOLI, 2015, p. 45)

Assim, essa vinculação (de dependência econômica) do eleitor à elite rural e a falta de instrumentos de maior participação política esvaziou todo o conteúdo do sistema representativo, pois não havia qualquer identidade ideológica, partidária, política ou até mesmo emocional entre eleito e eleitor.

Não é preciso ser cientista político para constatar que esse quadro ainda é uma realidade, pois o processo democrático representativo pressupõe, para sua higidez, exercício de livre poder de decisão do eleitor

[...] um sistema eletivo não cria uma identidade entre os que governam e os que são governados. Isso não significa que os cidadãos comuns têm apenas uma posição subordinada no governo representativo. Embora o povo não governe, ele não está confinado ao papel de designar e autorizar os que governam. Como o governo representativo se fundamenta em eleições repetidas, o povo tem condições de exercer uma certa influência sobre as decisões do governo: pode, por exemplo, destituir os representantes cuja orientação não lhe agrada. Por outro lado, o governo representativo pode ser um governo de elites, mas cabe aos cidadãos comuns decidir que elite vai exercer o poder [...] (MANIN, 1995, p. 20).

Como se observa, o contexto social e econômico em que se instaurou eleições diretas, com amplo direito ao voto, propiciou o desenvolvimento de uma democracia formal, sendo válida (e atual) a constatação de Vitor Nunes Leal (2012) no sentido de que o voto, naquelas circunstâncias para o eleitor, era “um ato que lhe é completamente indiferente.”

Assim, a falta de identidade entre o eleitor e representação política decorre do contexto social e político em que foi instaurado o voto obrigatório, que possibilitou aos eleitores com baixa escolaridade e instrução, e economicamente subservientes à classe rural, tivessem pouca ou nenhuma liberdade de voto, procedimento que se denominou “voto de cabresto”.

O voto obrigatório, foi decisivo para o lamentável quadro atual vivido no País, pois:

[...] o voto tem, primordialmente, o caráter de uma função pública. Como componente do órgão eleitoral, o eleitor concorre para compor outros órgãos do Estado também criados pela constituição. Em geral, porém, as constituições têm deixado o exercício da função de votar a critério do eleitor,

não estabelecendo sanções para os que se omitem. Nessa hipótese, as normas jurídicas sobre o voto pertenceriam à categoria das normas imperfeitas, o que redundaria em fazer do sufrágio simples dever cívico ou moral. Somente quando se torna obrigatório, o voto assumiria verdadeiro caráter de dever jurídico. Tal obrigatoriedade foi estabelecida por alguns países, menos pelos argumentos sobre a natureza do voto do que pelo fato da abstenção de muitos eleitores, – fato prenhe de conseqüências políticas, inclusive no sentido de desvirtuar o sistema democrático. Nos pleitos eleitorais com alta percentagem de abstenção, a minoria do eleitorado poderia formar os órgãos dirigentes do Estado, ou seja, Governo e Parlamento. (SAMPAIO, 1983, p. 6).

Assim, ainda que o Brasil não possua experiência democrática com o voto facultativo, é possível constatar que o voto obrigatório foi decisivo para a implantação do quadro atual de crise democrática e de falta de legitimidade representativa, que teve sua gênese com a ampliação do corpo eleitoral e a obrigatoriedade de voto em uma sociedade desigual, rural, com clara dependência do eleitor sertanejo à elite rural do Brasil.

Na atualidade, ainda que sejam óbvias as conquistas sociais e de desenvolvimento econômico das classes economicamente mais frágeis, essa dependência migrou do poder econômico rural para o poder estatal, sendo ainda danosos os efeitos do voto obrigatório em um estado paternalista e provedor de cargos, empregos públicos e benefícios sociais.

E é essa mutação, essa migração do poder rural para o estatal, que faz com que atos ímprobos se tornem cada vez mais presentes na Administração Pública.

Segundo aponta Norberto Bobbio (2006), as motivações do Estado Democrático são promessas de uma: democracia indireta, orientada pelo sistema representativo, com representantes políticos que buscassem tão somente o bem comum.

Ainda que empiricamente, é notório que no Brasil esse é um ideal nunca alcançado, com sérias conseqüências para a probidade administrativa.

Em verdade, a implementação do voto obrigatório e a ampliação do eleitorado, no contexto social e econômico do Brasil, permitiu a dominação das oligarquias políticas, com espaço de participação popular limitado (ou inexistente), sendo de regra a apatia política do cidadão, que permanece na ilusão de representatividade, como um “não ser” na vida política social. (BOBBIO, 2006).

A manutenção do poder político pelo próprio poder, traz consigo todas as maneiras de imposição de vontades e manipulação, figurando a imposição, o emprego da força física ou da coação por meio das circunstâncias. Benjamin

Constant (2007, p. 44), na obra marcada por impulsionar a Revolução Francesa de 1789, já reconhecia que “Em suma, o mundo só conhece dois tipos de poder. Existe a força, o tipo ilegítimo; e há o tipo legítimo, a vontade geral.”

Nessa quadra histórica, o desenvolvimento da economia nos setores industrial e de serviços, com crescimentos dos centros urbanos e enfraquecimento da economia rural gerou um fenômeno inexistente até o momento: começaram as traições ao regime coronelista e a manutenção do Poder Político passou a depender de outros fatores que não apenas o poder econômico da classe rural.

Esse processo também é explicado pelo avanço tecnológico das ondas de rádio, que levaram informação ao eleitor rural.

Com isso, o Poder Público passou a ser utilizado para manutenção do poder político, resultando disso as distorções na forma de administrar a coisa pública:

É nesse capítulo que se manifesta o paternalismo, com sua recíproca: negar pão e água ao adversário. Para favorecer aos amigos, o chefe local resvala muitas vezes para a zona confusa que medeia entre o legal e o ilícito, ou penetra em cheio no domínio da delinquência, mas a solidariedade partidária passa sobre todos os pecados uma esponja regeneradora. (LEAL, 2012, p. 32).

Aqui se verifica a gênese da improbidade administrativa, reveladora da atuação estatal, não em busca do interesse público, mas em busca da manutenção do poder pelo poder, como forma de perpetuação de uma determinada ala política, com prejuízo aos seus adversários.

Além das práticas ilegais motivadas pelo exercício do poder, esse período também experimentou o início da prática de distribuição de cargos como forma de obtenção de apoio político.

O poder público passa a atuar com finalidade de influenciar as eleições e, para isso, comete-se uma série de ilícitos. Essa prática não passou despercebida a quem se dedicou ao estudo do fenômeno político e social:

Mas, como é notório, são os cofres públicos que costumam socorrer os candidatos e os chefes locais governistas nessa angustiada urgência. Os auxílios são dados, algumas vezes, em dinheiro de contado, ou pelo pagamento direto de serviços e utilidades. Outras vezes, o auxílio é indireto, através de contratos, que deixem boa margem de lucros, ou pela cessão de edifícios, transporte, oficinas gráficas, material de propaganda etc. Dos recursos, tradicionalmente ínfimos, de nossas municipalidades, uma boa parte, em época de eleição, destina-se a essa finalidade. (LEAL, 2012, p. 65).

O nepotismo – cujo combate se deu mais recentemente com atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e depois pelo STF ao editar a Súmula Vinculante n. 13 (BRASIL, 2008d) - é prática antiga na administração pública, que depõe contra a moralidade e a eficiência dos serviços públicos, nos casos em que não há correlação entre exercício do cargo e preparo técnico para função.

No entanto, a prática de distribuição de cargos a aliados políticos e como forma de angariar apoio político é ainda pulsante nas práticas políticas. O resultado dessas práticas já era constatável à época:

falta de métodos racionais, desorientação administrativa, gestão financeira perdulária, dividas crescentes; balbúrdia na escrituração, quando havia, exação tributária deficiente e tolhida por critérios partidários, estes e outros defeitos foram encontrados fartamente em nossa administração municipal. (LEAL, 2012, p. 94).

Evidentemente, a distribuição indiscriminada de cargos estimula, além da própria ineficiência do Estado, a prática de atos ilegais, já que – no caso – as pessoas comprometidas com os grupos políticos que lhe oportunizaram o cargo público estão comprometidas, em tese, com o grupo político que esteja no Poder e não com a legalidade e eficiência da máquina pública.

No Brasil, segundo o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, ainda no ano de 1995 aponta as fases que passou a administração Pública no Brasil:

[...] partindo-se de uma perspectiva histórica verificamos que a administração pública - cujos princípios e características não devem ser confundidos com os da administração das empresas privadas - evoluiu através de três modelos básicos: a administração pública patrimonialista, a burocrática e a gerencial. Estas três formas se sucedem no tempo, sem que, no entanto, qualquer uma delas seja inteiramente abandonada. (BRASIL, 1995).

No entanto, a prática ainda revela que o Poder Público trabalha na perspectiva da perpetuação dos seus agentes no poder, como bem pode se observar das palavras da Presidente da República nas Eleições de 2014: “Nós podemos disputar eleição, nós podemos brigar na eleição, nós podemos fazer o diabo quando é a hora da eleição. [...]”. (DILMA apud BARROS NETO, 2013).

A partir da constatação de algumas consequências para a máquina administrativa do Estado, advindas do exercício do "poder pelo poder", desde o início da formação política brasileira, há que se compreender também fenômeno outro, qual seja, a reeleição, como fator de relevo no contexto já delineado.

A reeleição é instituto constitucional que possibilita o titular de mandato eletivo renovar o respectivo mandato por meio da disputa eleitoral, pleiteando sua própria eleição para mais um mandato sucessivo, sem interrupção, permanecendo por mais tempo no exercício de suas funções. (GUERRA, 2015).

Essa inovação constitucional inaugurou novo tempo no campo político. E mais: diante do silêncio constitucional, sequer necessitariam os candidatos à reeleição, a partir da emenda, que de desincompatibilizem do cargo já exercido.

Daí ser pertinente a afirmação de que: "além de lhe permitir reeleição, haja introduzido, implicitamente, outra inovação: a de abolir o princípio de que candidatos devem disputar eleições em igualdade de condições." (BERNARDES NETO, 2007).

Tão importante quanto a institucionalização de eleições desiguais, o que aqui se mostra mais relevante, em verdade, é a maneira como a referida Emenda da Reeleição reverbera seus efeitos na sistemática do exercício do poder e na probidade administrativa.

Já se viu que o exercício do poder pelo poder é o que leva a cultura de improbidade, bem como a consequências outras, negativas para a democracia e para a política.

Assim, a reeleição representa a institucionalização da perpetuação do exercício do poder: o que antes se via como imposição do coronelismo e da submissão da massa ao mandonismo, passa agora a ser institucionalizado. (LEAL, 2012, p. 46-47).

A CRFB/1988, ao ser emendada para permitir a reeleição dos Chefes do Poder Executivo, ainda que por apenas um mandato, acaba por afrontar a democracia, diante da desigualdade de condições que as circunstâncias apontam e do incontido poder que agrega à função do agente político: a possibilidade de se utilizar da estrutura do Estado para promover-se a si mesmo e a sua reeleição. (GUERRA, 2015).

É verdade que o instituto da reeleição, em outros países de cultura democrática, como nos Estados Unidos da América, tem efeitos menos deletérios na democracia, justamente por haver evidentes diferenças entre as realidades

econômicas, sociais e educacionais entre as sociedades brasileira e norte-americana, só para ficar nesse exemplo de democracia estrangeira onde se permite a reeleição no sistema presidencialista.

É fato notório e a experiência brasileira aponta que a Emenda n.º 16 rompe com a impessoalidade no exercício administrativo, a isonomia no pleito eleitoral e, para alguns, afrontaria cláusula pétrea, já que seria a reeleição, nos moldes atuais, contrária ao republicanismo. (PEDREIRA NETO, 2007).<sup>3</sup> Ademais, constituiria afronta ao Poder Constituinte Originário que, atendendo à coerência científico-política, estabeleceu a impossibilidade de reeleição de maneira expressa, assim como recomendaria a forma de governo republicana. (GUERRA, 2015).

De pouco adiantam as normas infraconstitucionais que tentam cercear o uso do Poder Político dos mandatários candidatos à reeleição. Apesar da Lei Federal 9.504/97 estabelecer uma série de proibições, o que se tem constatado é o uso abusivo do poder político como forma de desequilíbrio, como bem apontou o Ministro Herman Bejamin, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE):

Com advento do instituto da reeleição, é corriqueiro que chefes do Poder Executivo a níveis federal, estadual e municipal, a pretexto de divulgar obras, serviços e outras atividades governamentais, realizem promoção em benefício próprio ou de terceiros visando futura candidatura. Essa conduta, além de absolutamente reprovável pelo uso da Administração Pública como verdadeiro veículo de divulgação pessoal, inserindo o administrador em clara vantagem perante seus adversários com recursos do erário, afronta os principais valores que norteiam a publicidade institucional, a qual deve possuir cunho exclusivamente informativo, educativo ou de orientação social. (BRASIL, Recurso Ordinário nº 378375, 2016b).

A reeleição da chefia do Poder Executivo, no contexto cultural brasileiro, revelou tornar mais desigual o processo político, pois tornou ainda mais comum o exercício do poder pelo poder, manifestado pelo constante desvio de finalidade da atividade pública, como forma de manter e perpetuar o exercício do poder político, tudo em prejuízo à probidade administrativa.

A gênese da improbidade administrativa remonta, portanto, ao nascimento da democracia brasileira, marcada pela ampliação do eleitorado e do voto direto, como consequência do uso do poder público em benefício eleitoral de determinado grupo político, com vistas à manutenção do poder.

---

<sup>3</sup> Também se pode ter uma compreensão mais clara acerca do republicanismo no Brasil e seu vínculo com a história do país, desde a queda da monarquia em 1891, em: (LEWANDOWSKI, 2005, p. 189).

Não se pode negar que a realidade institucional sofreu os efeitos da constitucionalização da improbidade administrativa, como destacou Fábio Medina Osório (1999), em trabalho destinado ao curso de doutoramento junto à Universidad Complutense de Madrid, na Espanha:

A idéia de "moralidade administrativa" está presente nas disposições constitucionais do sistema jurídico brasileiro e tem uma moral objetiva, institucional, pública e jurídica. A Constituição Brasileira de 1988 (CF / 88) previu a proibição de probidade administrativa e as conseqüências de sua violação, uma vez que a "improbidade administrativa" é a fonte de sanções por perda de função pública, suspensão de direitos políticos, indisponibilidade do público como previsto pelo legislador, independentemente da ação criminal (artigo 37, parágrafo 4, CF / 88). Historicamente, a falta de probidade administrativa não tinha previsão expressa no texto constitucional antes de 1988. (OSÓRIO, 1999, p. 487, tradução nossa).<sup>4</sup>

Como aponta Fábio Medina Osório (1999), até a promulgação da Constituição da República, não havia tratamento adequado à improbidade administrativa. Decorrente dessa inovação do legislador constituinte, o Congresso Nacional editou a Lei 8.429/1992, que regulamentou as hipóteses de atos de improbidade, fixou as respectivas penas e alcance dos agentes públicos a ela submetidos.

Assim, no campo da ciência política, a improbidade administrativa deve ser discutida sob a perspectiva dos fatores que levam o agente público a violar o dever de honestidade e probidade.

Evidentemente, à exceção de questões subjetivas de caráter, o desvio de finalidade no Poder Público, a má utilização de recursos e serviços públicos, a nomeação de cargos públicos em troca de apoio político e a utilização de recursos públicos em campanhas eleitorais – condutas que existem desde a origem do Estado Brasileiro – são motivados pela manutenção de certo grupo no poder político, potencializados pela instituição, no Brasil, na possibilidade de reeleição para cargos executivos.

Portanto, é por conta dessas mazelas que de pouco adiantou, sob perspectiva cultural, a constitucionalização da probidade administrativa, ainda que lance – sobre

---

<sup>4</sup> La idea de «moral administrativa» está presente en preceptos constitucionales del sistema jurídico brasileño y tiene una naturaleza objetiva, de moral institucional, pública, jurídica. La Constitución brasileña de 1988 (CF/88) prevé el deber de probidad administrativa y las consecuencias de su violación, puesto que la «improbidad administrativa» es fuente de las sanciones de pérdida de la función pública, suspensión de derechos políticos, indisponibilidad de los bienes, en la forma prevista por el legislador, independientemente de la acción penal (art. 37, párrafo 4.º, CF/88). Históricamente, la falta de probidad administrativa no tenía previsión expresa e nel texto constitucional antes de 1988.

todos aqueles que exercem funções públicas – o dever de probidade.

A partir desse dever constitucional de probidade, a ser exercido e estimulado em um contexto histórico e cultural desfavorável, é que se passa a investigar as consequências da revisão dos atos administrativos e do processo decisório na Administração Pública para efeitos da configuração da improbidade administrativa.



### **3 O PODER PÚBLICO E OS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Como dito anteriormente, a atuação dos atores públicos deve ser sempre orientada pela lei e pelos princípios gerais da Administração Pública esculpidos na CRFB/1988, de forma a se adequar o ato administrativo à realidade e à melhor consequência para o poder público e para os administrados.

No âmbito administrativo, em geral a declaração de nulidade de determinado ato parte de vício de forma, defeitos de conteúdo, finalidade, legalidade ou motivação, ou, ainda, pela sua imoralidade. A referida revisão pode ser feita até mesmo pelo agente do qual foi emanado o ato, seja para corrigi-lo (convalidação), anulá-lo (como se nunca tivesse existido) ou revogá-lo.

Aborda-se, nesse capítulo, aspectos gerais sobre o ato administrativo e a teoria das nulidades, especialmente quanto a diferença entre atos convalidáveis e não convalidáveis, o dever de convalidar os atos administrativos convalidáveis e que tenham produzido efeitos para terceiros de boa-fé.

#### **3.1 O ato administrativo e a teoria das nulidades**

Toda a concepção deste trabalho parte da constatação de que toda atuação estatal está submetida a uma estrutura juspositivista, porque de seus atos emanam normas jurídicas. A princípio, são atos legítimos, independente de seu conteúdo e, portanto, de sua eventual injustiça, desde que sejam produzidos por quem tenha competência para editar atos administrativos.

Outra importante premissa deste trabalho é a de que, apesar dessa premissa de legitimidade dos atos administrativos, a atuação estatal está submetida ao denominado “paradigma constitucional”, que constitui modelo de limites e de vínculos jurídicos que incidem sobre o exercício do poder, como expressão - e condição - de legitimidade.

Essa busca por legitimidade constitucional no exercício do poder, surgindo como paradigma de uma democracia constitucional, é hoje reconhecidamente festejada pela doutrina constitucional estrangeira, como Luigi Ferrajoli (2015):

É claro que, assim concebido, o paradigma constitucional, enquanto fruto da subordinação do exercício de quaisquer poderes a normas positivas não apenas formais, mas também substanciais, representa não somente uma

superação, mas um reforço e uma complementação do positivismo jurídico, por este ampliado às mesmas escolhas- a garantia dos direitos fundamentais estipulados por normas constitucionais-, às quais se deve submeter a produção do direito positivo. A modernidade jurídica fica desse modo complementada em razão das duas mudanças ocorridas no direito já ilustradas, consistentes ambas em uma articulação em vários níveis dos sistemas jurídicos: primeiro, a subordinação da jurisdição à legislação; em seguida, a subordinação da legislação à Constituição. Disso resultam dois nexos que unem o positivo jurídico alargado ao sistema político: um, estrutural, com o Estado de Direito; o outro instrumental, com a democracia. (FERRAJOLI, 2015, p. 31-32).

Para o constitucionalista italiano, o princípio da legalidade continua vinculando o Poder Público, mas sob esse novo contexto constitucional, o princípio da legalidade deve ser compreendido não apenas como observância da legalidade decorrente da legislação ordinária, mas especialmente à constitucional, inclusive a atividade legislativa:

O primeiro nexo, estrutural, entre positivismo jurídico e Estado o de direito, funda-se no princípio da legalidade. Todos os poderes públicos estão, segundo o paradigma constitucional ou neopositivista, submetidos ao direito: a jurisdição e a administração à legalidade ordinária; a legislação à legalidade constitucional. O princípio da legalidade assim e, portanto, no paradigma constitucional, uma complexidade estrutural e um valor garantista desconhecidos do sistema legislativo. (FERRAJOLI, 2015, p. 32).

De fato, não se pode desconsiderar, sob ponto de vista desse neoconstitucionalismo, a importância do positivismo jurídico e a vinculação do Poder Público ao princípio da legalidade estrita, sendo necessário reconhecer, no entanto, que essa concepção originária (que o autor italiano denomina como "primeiro positivismo") sofreu positivas influências do constitucionalismo, com reconhecimento da normatividade constitucional como vinculante de todo o Poder Público, vinculando também e principalmente, o legislador *ordinário*:

Precisamente, se graças ao primeiro positivismo jurídico foi possível, com a introdução do sufrágio universal na eleição dos órgãos legislativos e de governo, confiar o quem e como da produção normativa a sujeitos politicamente representativos, graças ao segundo positivismo vinculou-se o conteúdo das normas produzidas à garantia dos interesses e das necessidades vitais dos sujeitos representados. A colocação hierárquica da Constituição acima da legislação equivale, de fato, à normatividade da primeira em relação à segunda, que, por sua vez, por causa do caráter linguístico de ambas, equivale ao dever ser lógico além de jurídico, da coerência e da completude da segunda em relação da segunda em relação à primeira. (FERRAJOLI, 2015, p. 36).

A compreensão desse fenômeno, a que se denomina de vinculação direta à Constituição, vinculando todos os atores políticos, irradia sua importância para o Poder Público em geral, incluindo o Poder Executivo, mas irradiando também seus efeitos ao Poder Legislativo, superando o paradigma de legalidade dos atos administrativos vinculados estritamente a normas ordinárias, ainda que se constitucionalidade duvidosa.

É certo que essa noção de legitimidade constitucional da gestão pública - aqui ainda compreendida sob aspectos gerais - terá efeitos devastadores sobre a teoria de nulidades do ato administrativo, especialmente sob a perspectiva de validade vinculada à sua legalidade estrita.

Sob esse novo conceito, todos os atos do Poder Público estarão vinculados à Constituição. É o que se denominou por "democracia constitucional":

Em relação à democracia puramente formal ou política, a democracia constitucional, no seu modelo garantista, caracteriza-se, portanto, pela imposição jurídica aos poderes políticos não apenas das formas das decisões, mas também daquela que, anteriormente, chamei de esfera do "que não pode" e do "que deve ser decidido", para garantia dos direitos de liberdade e dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos. Disso resulta, por força do isomorfismo entre direito e sistema políticos, uma mudança, seja da noção de validade, seja da noção de democracia, uma e outra caracterizadas por uma dimensão substancial, em acréscimo à dimensão formal própria do paradigma legislativo: são substancialmente inválidas e politicamente ilegítimas, ainda que se validamente produzidas segundo as formas estabelecidas pelas normas formais sobre a sua produção, as normas em contraste com os princípios e direitos estabelecidos pelas normas substanciais ditadas pela Constituição. (FERRAJOLI, 2015, p. 47).

Assim, sob essa perspectiva, a teoria das nulidades do ato administrativo e suas consequências passarão, sempre, sobre esse juízo de vinculação à legalidade constitucional. De fato, a Constituição passa a nortear toda a atividade dos Poderes Públicos, pois representa valores básicos de uma determinada sociedade, que a todos vinculam, independentemente e sem a pretensão de que esses valores sejam compartilhados por todos seus membros:

Isso porque o papel das Constituições não consiste em refletir os valores de todos: se assim fosse, teríamos Constituições mínimas e praticamente inúteis. Seu papel reside na estipulação de valores ou princípios como cláusulas do pacto social de convivência, inclusive contra as opiniões das maiorias contingentes. (FERRAJOLI, 2015, p. 115).

A partir do momento em que se reconhece essa vinculação de legitimidade dos atos administrativos ao modelo constitucional e não mais unicamente à legislação ordinária, ao contrário do que se pode pensar inicialmente, há evidente privilégio ao princípio da legalidade, compreendido como “princípio da não contradição”, nas palavras de Luigi Ferrajoli (2015):

Mas a hierarquia das fontes equivale também a uma estrutura lógica, no interior da qual o princípio da legalidade equivale ao princípio da não contradição, que impõe como antinomia a incoerência entre as prescrições produzidas pelo exercício de qualquer poder...Princípio da estrita legalidade, por força do qual aproprria lei, por sua vez, é condicionada, dependendo a sua validade da conformidade das suas formas e da coerência dos seus conteúdos com as normas constitucionais, formais e substanciais, sobre a sua produção (FERRAJOLI, 2015, p. 63).

A doutrina administrativista brasileira reconhece, nesse neoconstitucionalismo, essa força vinculante direta da CRFB/1988, no sentido de que se trata de uma norma jurídica dotada de plena eficácia e aplicabilidade.

Para Gustavo Binbenbojm (2008) as normas constitucionais detêm caráter de efetividade. Trata-se de evidente implemento de normatividade aos princípios, que por sua abstração, no passado não detinham eficácia normativa.

Assim, o legislador infraconstitucional perde a legitimação como único intermediador entre a Constituição e o cidadão, para que os princípios constitucionais produzam efeitos jurídicos. A doutrina costuma denominar esse fenômeno como “juridicidade administrativa”, como menciona Gustavo Binbenbojm (2008), ao explicar o fenômeno:

Assim, o agir administrativo pode encontrar espenque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal. (BINENBOJIM, 2008, p. 136)

Vê-se, sob esse novo paradigma, a superação do princípio da legalidade como vinculação ao legislador ordinário. Com base nessa percepção, para a doutrina, até atos administrativos praticados contra a Lei podem ser dotados de legitimidade constitucional, quando se fundamentam validamente, e diretamente, na CRFB/1988.

Importante registrar que essa constitucionalização administrativa exigirá constantes juízos de ponderação do Administrador Público para validar decisões administrativas que importem – à primeira vista – violação ao princípio da legalidade (entendido como obediência ao legislador infraconstitucional). Há clara superação da ideia de que administrar seja “aplicar a lei de ofício”.

Não há como negar, sob o atual contexto do Direito Administrativo, que há evidente crise da vinculação positiva à Lei: “A crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas [...]” (BINENBOJM, 2008, p.131)

Quando da análise das razões que levaram à crise da vinculação estrita à lei, o mencionado Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) aponta suas razões, às quais destacam-se três mais importantes para esse trabalho:

- a) a primeira refere-se à inflação legislativa, ou seja, o excesso de leis a regulamentar a vida em sociedade;
- b) a segunda diz respeito à constatação histórica de que a suposta legalidade de um procedimento ou de um processo não gera necessariamente justiça e que justificou várias barbaridades do século XX;
- c) a terceira – importante sob ponto de vista deste trabalho - é de que a Lei deixou de ser expressão do que deseja ou de que almeja a vontade geral do povo.

A crise da legalidade como expressão da vontade geral de um povo levou ao triunfo do constitucionalismo, que culminou com a ideia de que a Administração Pública está diretamente subordinada à CRFB/1988, sem que seja necessária a intervenção do legislador ordinário. Sobre o tema, o mencionado Professor assevera que:

A superioridade formal e a ascendência axiologicada constituição sobre todo o ordenamento jurídico produzem uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte dessa disciplina jurídica. A reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição. A Constituição passa a figurar como uma norma diretamente habilitadora da atuação administrativa, havendo

uma verdadeira osmose entre constituição e lei [...] (BINENBOJM, 2008, p. 136-137)

Em tópico específico deste trabalho, se comprovará que essa nova concepção, válida e prestigiosa em relação à CRFB/1988, trará sérios efeitos no que tange à improbidade administrativa.

Assim, nesse contexto de vinculação da atividade estatal ao postulado constitucional, haverá evidentes repercussões na compreensão de validade e invalidade dos atos administrativos, aqui compreendidos como aqueles atos emanados do Poder Público, dos quais advenham consequências jurídicas para os administrados.

### **3.2 Atos administrativos convalidáveis ou não convalidáveis**

Como abordado anteriormente, havendo estrita vinculação entre a validade do ato administrativo e sua adequação à CRFB/1988, o Poder Público poderá - de ofício ou mediante provocação - proceder no reconhecimento dessa invalidade, o que será tratado em tópico próprio deste trabalho.

No entanto, não é preciso grandes digressões para se constatar que, na maioria dos casos, desses atos administrativos decorrerão direitos e obrigações, tanto em relação ao Poder Público quanto em relação ao particular que sofre as consequências jurídicas do ato estatal, pois dele emanam efeitos jurídicos enquanto ato jurídico, com bem adverte Eduardo Stevanato Pereira de Souza (2011):

O ato jurídico existe quando se tem uma declaração jurídica passível de ser socialmente reconhecida. No mesmo sentido, tem-se, portanto, ato administrativo quando Estado, ou alguém que lhe faça as vezes, realiza uma declaração com efeitos de direito pertinentes à função administrativa. (SOUZA, 2011, p. 67).

Nesses casos de reconhecimento de invalidade do ato administrativo, o Poder Público terá o dever ou o direito de convalidar o ato originariamente inválido? Poderá ser convalidado, para manutenção de outros princípios igualmente norteadores da Administração Pública? Quais critérios deverão nortear essa decisão? Como se reconhece a invalidade do ato?

Nesse tópico do trabalho, discute-se as melhores respostas a esses questionamentos.

A doutrina administrativista, como já mencionado, aponta que o ato administrativo é espécie de ato jurídico, dos quais emanam consequências jurídicas, como afirma André Luiz Freire (2008): “Dentro dessa concepção, percebe-se que o ato jurídico possui duas características: de um lado, trata-se de uma manifestação de vontade; de outro, é fonte produtora de efeitos jurídicos.” (FREIRE, 2008, p. 37)

Assim, ante a edição de um ato administrativo, seguido das mais variadas consequências jurídicas e, reconhecendo o Poder Público vícios substanciais de validade, terá que decidir sobre qual a melhor solução constitucional para o caso:

É necessário, portanto, que o órgão competente decida que determinado ato administrativo é ilegal, declarando, assim a invalidade do ato. Até esse momento, por força do princípio da legitimidade dos atos administrativos, o ato era considerado pelos destinatários como sendo juridicamente válido, sendo, pois, fonte de efeitos jurídicos. Todavia, com essa manifestação, o órgão irá consignar que o ato foi produzido em desconformidade com a norma legal, atestando, em linguagem jurídica própria, que o evento pressuposto da invalidação ocorreu num determinado tempo e espaço. (FREIRE, 2008, p. 144)

No entanto, ao constatar a ilegitimidade do ato administrativo, evidente que o Poder Público deverá tomar um caminho igualmente guiado por orientação de outros princípios constitucionais, como bem adverte Eduardo Stevanato Pereira de Souza (2011):

[...] Já podemos nos posicionar ao dizer que nos atos administrativos ilegais, quando, em muitos casos a solução jurídica acontece por via da ponderação de princípios e regras, pode haver casos em que a resolução do vício se faça por via da invalidação ou por via da convalidação. (SOUZA, 2011, p. 111).

A partir do conceito de que o Poder Público deverá respeitar (ou ponderar) outros princípios constitucionais na busca da melhor solução jurídica quando constatada a ilegitimidade do ato administrativo, haverá atos que poderão ser convalidados e outros dos quais o grau de ilegitimidade é tamanho que nenhuma regra de ponderação poderá lhe reconhecer qualquer forma de restauração de legitimidade, como é o caso da convalidação.

Parece claro, ao menos neste ponto do trabalho, que a possibilidade ou não de restauração de legitimidade do ato originalmente desvinculado da juridicidade constitucional não passa por critérios de conveniência e/ou oportunidade do Poder Público. Ao contrário, decorre de aplicação de princípios constitucionais igualmente

vinculantes, como o da eficiência e da economicidade. Esse autocontrole é abordado na doutrina do Professor Edimur Edimur Ferreira de (2016):

Os órgãos da Administração Pública e suas entidades da Administração indireta, como quaisquer outros órgãos do Legislativo e do Judiciário tem o dever de agir em conformidade com o ordenamento jurídico, da mesma forma que se sujeita o particular. Na tentativa de evitar seu afastamento do princípio da legalidade e do primado da lei, a Administração instituiu o autocontrole, utilizando o mecanismo o qual os órgãos tem o poder-dever de controlar a atividade dos hierarquicamente inferiores, além dos outros meios de controle interno. (EDIMUR, 2016, p. 197-198)

Esse processo dialético é apontado como o único apto a direcionar o Poder Público na busca da resposta sobre a possibilidade de convalidação do ato administrativo, a saber:

[...] Já podemos nos posicionar ao dizer que nos atos administrativos ilegais, quando, em muitos casos a solução jurídica acontece por via da ponderação de princípios e regras, pode haver casos em que a resolução do vício se faça por via da invalidação ou por via da convalidação. (SOUZA, 2011, p. 111).

É importante consignar que esse processo revisional deve ser compreendido sobre a perspectiva de que, em princípio, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, sendo necessário ao Poder Público exercer - de ofício ou por provocação - o efeito revisional de legitimidade, onde revisitará todas as circunstâncias fáticas e jurídicas que nortearam a atividade estatal originária:

Na prática, tem-se visto muitos atos administrativos que, num primeiro momento, enquadram-se nos requisitos formais do seu dispositivo legal autorizador; todavia, depois de um exame mais detido, descobre-se que o mesmo não se harmoniza com os princípios de uma boa administração. Vê-se, às vezes, que visam atingir também interesses privados ou secundários do Estado ou desrespeitam a moralidade ou impessoalidade, contaminando o ato e os seus efeitos com vícios insanáveis, em especial, por desrespeitarem normas jurídicas mais importantes que são os princípios. (SOUZA, 2011, p. 100).

Esse processo de verificação de juridicidade dos atos administrativos é complexo, juridicamente vinculativo e não depende de juízos de conveniência e oportunidade do Poder Público: desde que acionado ou de ofício, quando há qualquer juízo de legalidade do ato administrativo, o processo revisional se impõe, ainda que para reafirmar a validade, legalidade e legitimidade do ato administrativo

inquinado de ilegal.

Nesse sentido, o Poder Público não pode se omitir nesse juízo de verificação de eventual ilegitimidade, ainda mais quando provocado, como bem adverte André Luiz Freire (2008):

Enfim, a impugnação é um dado menor, de interesse egocêntrico, sem a transcendência de interesse público. De fato, tinha e tem sempre a Administração o dever de obediência à ordem jurídica e à legalidade. Se para tanto só é ela 'acordada' pela impugnação, tanto melhor: corrija-se o erro e repare-se o dano que alguém tenha sofrido. (FREIRE, 2008, p. 144)

Em razão da relevância desse processo revisional, é óbvio que deve ser orientado por critérios éticos e legais válidos, pois revela inquestionável importância para o Poder Público, quanto para os destinatários do ato administrativo objeto do processo revisional. Por isso, a melhor doutrina recomenda:

A decisão, sobre a conformidade ou desconformidade de um ato administrativo em relação ao direito, é complexa, depende de reflexão, muitas vezes, de produção de prova, de múltiplas confrontações com as normas do ordenamento jurídico, de se enxergar o ato supostamente viciado sob todos os seus aspectos, o que somente é possível com a audição dos participantes, dependendo ainda de uma ponderação entre os princípios, normas e fatos, para ver como o sistema normativo reage em relação ao ato, dentre outras coisas. O que se pretende dizer é que a decisão em questão configura o resultado de um litígio. (FREIRE, 2008, p. 193)

Após a condução desse complexo e importante processo revisional, em que o Poder Público revisita todas as circunstâncias fáticas e fundamentos jurídicos do ato administrativo (ou dos atos administrativos) objeto da revisitação, deve exarar juízo de legalidade, legitimidade e, em últimas palavras, constitucionalidade dos eventos investigados. Poderá, obviamente, reconhecer não haver qualquer vício sobre a atividade estatal.

Poderá, no entanto, concluir pela presença de vícios que maculem sua juridicidade, devendo editar novo ato administrativo, a depender se suas conclusões:

Em certos casos, a Administração será obrigada a editar um ato administrativo de manutenção do contrato inválido (convalidação ou conversão); em outros, o ato será de retirada (invalidação ou sustação pelo Poder Legislativo ou pelos Tribunais de Contas). Por vezes, o efeito jurídico consistirá num dever de abstenção da Administração (saneamento). Em suma: os deveres de convalidar, converter, sanear, invalidar e sustar nada mais são do que efeitos jurídicos decorrentes do fato jurídico da invalidade dos contratos administrativos. (FREIRE, 2008, p. 33)

Portanto, nesse ponto se apresentam os caminhos a seguir quando se constata a ilegalidade dos atos originários do Poder Público: ou se invalidam os atos (anulação) ou se convalidam os atos. Essas opções são as únicas a serem seguidas pelo poder revisional. Para o administrativista já citado:

a impugnação apenas inicia o procedimento administrativo que pode resultar na convalidação ou na invalidação. Se a manutenção do ato não acarretar lesão ao interesse público e prejuízo a terceiro, então o ato inválido deverá ser convalidado (FREIRE, 2008, p. 102)

A invalidação (ou anulação), como se mostrará, também é uma forma de restauração da legalidade que terá, sob a ótica deste trabalho, efeitos concretos sobre a improbidade administrativa. No entanto, a invalidação só será cabível quando o ato administrativo originalmente ilegal não puder ser convalidado.

Essa concussão decorre do fato de que a invalidação é ato de maior intensidade nos graus de ruptura em relação ao ato administrativo originário, pois como explica a doutrina, “A invalidação é um ato jurídico concreto, destinado a eliminar certo ato inválido e/ou os efeitos dele decorrentes.” (FREIRE, 2008, p. 141)

Para Eduardo Stevanato Pereira de Souza (2011):

Entende-se por invalidação a prática de um ato administrativo declaratório que incide sobre os efeitos de outro ato administrativo, realizado em dissonância com o ordenamento jurídico vigente à época de sua produção. Ele tem por objetivo fazer cessar, sem retroagir no tempo, ex nunc, os efeitos jurídicos do ato administrativo ilegal, ou eliminar completamente, ex tunc, a relação jurídica com seus respectivos efeitos, quando a sua rejeição pelo ordenamento jurídico for mais severa. (SOUZA, 2011, p. 97).

Portanto, a invalidação deve ser declarada pela atividade revisional quando o ato não puder ser convalidado. Isso porque a invalidação é medida mais severa, que poderá inclusive retroagir no tempo, reverberando seus efeitos sobre o ato administrativo no período em que seus efeitos jurídicos se impunham sob a presunção de legitimidade. Nesses casos, o próprio Poder Judiciário tem reconhecido que, no caso de invalidação de atos administrativos, é obrigatória a participação do terceiro eventualmente interessado na manutenção do mesmo:

MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO - ANISTIA - INVALIDAÇÃO DO ATO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA - DECADÊNCIA - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - AUSÊNCIA - SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. A invalidação de anistia concedida a servidores públicos está condicionada ao prazo decadencial de 05 (cinco) anos, ainda que concedida antes do advento da Lei n.º 9.784/99.
2. Aplicação do critério da prevalência ou da relevância dos princípios da boa-fé do servidor e da segurança jurídica, sobre os demais princípios do regime jurídico administrativo, diante das particularidades fáticas da presente espécie.
3. A jurisprudência desta Corte tem firmado o entendimento de que a invalidação de ato administrativo classificado como ampliativo de direito depende de prévio processo administrativo, em que sejam assegurados ao interessado o contraditório e a ampla defesa.
4. Precedentes.
5. Segurança concedida. (BRASIL, MS 8627/DF, 2006a, p. 268).

Ainda que o poder revisional compreenda ser incabível a retroatividade da invalidação, a mesma terá efeitos imediatos sobre as relações jurídicas e efeitos práticos do ato administrativo originário, sendo medida que retira – por completo – do mundo jurídico o ato inquinado de ilegalidade, fazendo cessar também seus efeitos sobre o futuro.

Por isso, a jurisprudência do STJ imputa que a autotutela, nesses casos, deve ser precedida de processo administrativo, mesmo quando a invalidação se der sobre erro de fato:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA DECLARADA PELA AUTORIDADE COMPETENTE. POSTERIOR INSTAURAÇÃO, DE OFÍCIO, DE PROCESSO ADMINISTRATIVO, PELA MESMA AUTORIDADE, VISANDO À INVALIDAÇÃO DA ANISTIA DECLARADA. CORRETA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA, POR SE TRATAR DE INVALIDAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS AMPLIATIVOS, QUE REQUEREM A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

Verificada e comprovada a ilegalidade da declaração de anistia política, em razão de erro de fato, quanto às pessoas dos anistiados, pode a autoridade competente anular, de ofício, seus próprios atos.

Trata-se de vício quanto ao objeto ou o conteúdo do ato, que inadmite convalidação, sendo dever do administrador público, por força do princípio da autotutela, rever e invalidar os atos ilegais que praticou.

Em se tratando de invalidação de ato de declaração de anistia, classificado como ato administrativo ampliativo, foi escorregada a atitude do Ministério da Justiça, no sentido de instaurar processo administrativo, assegurando-se aos interessados o contraditório e a ampla defesa.

Não possuem os Impetrantes direito líquido e certo, uma vez que a anistia é questionada pelo próprio Ministério da Justiça, mediante processo administrativo de invalidação da declaração.

Segurança denegada. (BRASIL, MS 9814/DF, 2005b, p. 121)

Dai a melhor doutrina asseverar que a regra deve ser a de convalidação dos atos administrativos, mesmo porque devem ser sopesados - no caso concreto -

outros postulados e princípios constitucionalmente válidos, como o da segurança jurídica, da eficiência e da economicidade:

Estamos convictos de que os vícios que atingem gravemente o ato administrativo merecem sofrer a sanção dada pela aplicação e incidência dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, os quais conduzem à invalidação do ato administrativo ilegal. Entretanto, quando o ato administrativo for atingido por vícios mais brandos, que não desviam o ato administrativo daquele norte traçado pelo atual Estado de Direito, há que se fazer uma ponderação entre os princípios e fatos, na esteira de Alexy e Dworkin, para aplicar a legalidade de forma harmônica com os princípios coligados com o da segurança jurídica. Nestes casos, o ordenamento jurídico não vai indicar a expulsão dos efeitos do ato ilegal no mundo jurídico, mediante invalidação com efeito retroativo, e sim, a sua completa manutenção, ou pelo menos manutenção de alguns dos seus efeitos jurídicos, caso seja necessária a invalidação do ato. (SOUZA, 2011, p. 115).

Assim, a restauração da legalidade é dever do gestor público, podendo ser exercida de ofício ou em virtude de provocação, após processo administrativo revisional balizado por preceitos éticos e legais, a fim de investigar a legitimidade, as razões fáticas e fundamentos jurídicos que orientaram a edição de determinado ato administrativo.

Poderá concluir, no caso de ilegitimidade do ato originário, pela sua invalidação ou convalidação, de forma a sempre restabelecer a legalidade:

a restauração da legalidade se torna uma atitude extremamente importante para a sociedade, pois os efeitos do ato administrativo ilegal permanecerão eficazes eternamente. Quanto à restauração da legalidade, afirmamos sem medo de errar, que a mesma deve ser obrigatoriamente efetivada pelo Estado. (SOUZA, 2011, p. 110).

Feitas essas considerações sobre o poder revisional do Poder Público quanto aos atos administrativos - de ofício ou mediante provocação - passamos à análise de que, sob a perspectiva de outros postulados constitucionais, existe o dever estatal de convalidar aos atos administrativos convalidáveis.

### **3.3 Do dever de convalidar atos administrativos convalidáveis**

Importante registrar que, como o ato administrativo detém presunção de legitimidade e reverbera efeitos jurídicos durante sua existência, na maioria dos casos constitui fonte de direitos, bem como gera obrigações e dele se constituem

relações jurídicas relevantes. Essas circunstâncias, por si só, poderiam ser legitimadoras da ideia de que o Poder Público, ao constatar ser ilegítimo o ato administrativo originário, deveria ter por obrigação a convalidação do ato e não sua invalidação.

A convalidação, como já dito, privilegia, ao mesmo tempo, a restauração da legalidade e a segurança jurídica.

Mostra-se equivocada, nesse contexto, a concepção de que o interesse público teria supremacia sobre os interesses privados e, em alguns casos, essa circunstância justificaria a invalidação de atos administrativos, sem que se pondere – com legitimidade – os interesses privados na convalidação dos atos administrativos, considerando que a ponderação desses interesses privados seria estranha à atividade estatal.

O equívoco revela-se patente pois a concepção de “supremacia do interesse público” não pode mais ser compreendida em termos absolutos e o Poder Público deve respeito aos princípios da segurança jurídica e de proteção à confiança, a justificar – sempre – a busca pela convalidação do ato administrativo ilegal.

O Direito Administrativo brasileiro sempre conviveu com verdadeiro dogma doutrinário: o de que o interesse público prevalece sobre o interesse privado. Na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, essa pretensa supremacia é consagrada:

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE OFENSA À ORDEM E À SAÚDE PÚBLICA, BEM COMO À ORDEM JURÍDICA; ESTA ÚLTIMA NÃO CONSTA DO ROL DOS BENS TUTELADOS PELA LEI DE REGÊNCIA.

AGRAVADA VENCEU EM CINCO LOTES DE PREGÃO ELETRÔNICO, POSTERIORES AO PEDIDO SUSPENSIVO INDEFERIDO. FALTA DE PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES DE GRAVE LESÃO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O pedido de suspensão visa à preservação do interesse público e supõe a existência de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, sendo, em princípio, seu respectivo cabimento, alheio ao mérito da causa. É uma prerrogativa da pessoa jurídica de direito público ou do Ministério Público decorrente da supremacia do interesse público sobre o particular, cujo titular é a coletividade, cabendo ao postulante a efetiva demonstração da alegada ofensa grave a um daqueles valores.

2. Tal pedido, por sua estreiteza, é vocacionado a tutelar tão somente os citados bens tutelados pela lei de regência (Leis n.ºs 8.437/92 e 12.016/2009), não podendo ser manejado como se fosse sucedâneo recursal, para que se examine o acerto ou desacerto da decisão cujos efeitos pretende-se sobrestar. Sustentada alegação de lesão à "ordem jurídica" não existe no rol dos bens tutelados pela lei de regência.

3. A ora Agravada ainda presta serviço ao Agravante, com participação em certames licitatórios no âmbito do fornecimento de refeições hospitalares, tendo vencido em cinco lotes de pregão eletrônico, posteriores ao pedido de suspensão indeferido. Ausência da plausibilidade sustentada pelo Agravante, no tocante às graves lesões à ordem e à saúde públicas.

4. Agravo interno desprovido. (BRASIL, AgInt na SS 2887/BA, 2017a)

No entanto, parte da doutrina do Direito Administrativo tem relativizado essa “supremacia”. Para essa doutrina, a concepção de princípio da “supremacia do interesse público” é absolutamente incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois claramente utilitária. Nesse sentido:

Dá se dizer que o Estado democrático de direito é um estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade [...] (BINENBOJM apud OLIVEIRA; CAMPOS, 2007, p. 186).

Esse juízo de ponderação, aplicado aos casos em que há reconhecimento de ilegalidade no ato administrativo, recomendará, na maioria dos casos, a convalidação do ato administrativo ilegal e não sua invalidação, especialmente quando pretender alcançar fatos pretéritos.

Como já lembrado, todos os atos administrativos têm variados efeitos jurídicos sobre particulares, que sofrem as consequências jurídicas advindas do ato do Poder Público que detém presunção de validade.

Deverá ser sopesado, ponderado, o fato de que a invalidação do ato administrativo originariamente ilegal poderá – a pretexto de se estar privilegiando a supremacia do interesse público – violando outros valores caros ao Estado democrático de direito, como o de proteção à confiança e a da segurança jurídica:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos (CANOTILHO, 2000, p. 256).

Almiro do Couto e Silva (2004) apontou a importância desses princípios para a administração pública e para terceiros que mantêm relação jurídica com o Poder Público:

Nessa moldura, não será necessário sublinhar que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do status quo e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas. Colocam-se, assim, em posição de tensão com as tendências que pressionam o Estado a adaptar-se a novas exigências da sociedade, de caráter econômico, social, cultural ou de qualquer outra ordem, ao influxo, por vezes, de avanços tecnológicos ou científicos, como os realizados, com impressionante velocidade, no decorrer do século XX. É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele e próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público. (SILVA, 2004, p. 6).

Sobre a obediência do princípio da proteção da confiança e no vínculo da atividade estatal à boa-fé, são valiosas as ponderações de Ingo Wolfgang Sarlet (2004):

convém não olvidar (muito embora seja comum a falta de lembrança) que o princípio da proteção da confiança guarda estreita relação com o princípio da boa-fé (no sentido de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais da boa-fé), que, apesar de estar sendo intensamente versado na esfera do direito privado (pelo menos de algum tempo para cá), ainda se resente – pelo menos no direito pátrio – de algum maior desenvolvimento do direito público (especialmente no campo do direito constitucional, administrativo e tributário), em que pese alguns importantes progressos já efetuados. Importante lembrar aqui o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso. (SARLET, 2004, p. 97-98).

Por isso, a convalidação tem legitimidade constitucional, pois – ao passo que restaura da legalidade – busca atender outros valores ou postulados jurídicos, como bem registra Pietro Virga (1972), ao afirmar que na convalidação: “há a emanção de um provimento novo e autônomo, de caráter constitutivo, o qual se liga ao ato

convalidado, com a finalidade de manter firmes seus efeitos a partir do momento em que foi editado.” (VIRGA, 1972, p. 498).

Na dicção de Weida Zancaner (1990), a prevalência da convalidação em face da invalidação ou anulação atende ao princípio da legalidade, além de representar prestígio à segurança jurídica:

quando possível a convalidação dos atos viciados, a Administração não poderá negar-se a fazê-lo. Não há, nesta hipótese – repita-se -, opção discricionária, pois, se a Administração deve agir com fiel subsunção à lei, não nos parece plausível que possa ficar a critério do administrador invalidar atos, relações jurídicas ou ambos se existe a possibilidade de convalidá-los, pois a convalidação atende não só ao princípio da legalidade mas, sobretudo, ao da segurança jurídica, ressalvada a hipótese de ato discricionário maculado por vício de competência. (ZANCANER, 1990, p. 56-57).

Importante registrar que, sobre o tema Miguel Seabra Fagundes (1967) manifestou-se no sentido de que a própria convalidação do ato é expressão da defesa do interesse público:

a infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse. Também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos. (FAGUNDES, 1967, p. 60-61).

Frente ao exposto, ao longo do texto, ficou comprovado que a convalidação e a anulação dos atos administrativos ou dos processos decisórios da administração pública representam modelos de restauração da legalidade, devendo essa atividade revisora sempre se vincular aos comandos constitucionais e que a convalidação, sempre que possível, deve ser utilizada em detrimento da invalidação do ato, em respeito e ponderação quanto a outros princípios, postulados e valores constitucionais.

A seguir demonstra-se como deve se proceder esse processo revisional, demonstrando - também - como a jurisprudência trata o tema, analisando especialmente como o STF consagrou esse poder-dever revisional, através da Súmula 478 do STF. (BRASIL, 1969)

#### 4 A ANULAÇÃO E CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E DOS PROCESSOS DECISÓRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como delineado no capítulo anterior, tanto a anulação quanto a convalidação são mecanismos colocados à disposição da Administração Pública, destinados à restauração da legalidade e estão vinculados, sempre, à motivação constitucional de atuação eficaz, moralmente legítima e isonômica do Poder Público.

Esse exercício de restauração da legalidade deve exigir do Poder Público e, especialmente, do agente público dotado de competência para praticar o ato, neutralidade e dever de fidelidade para com a CRFB/1988.

Esse dever de fidelidade representa, na visão de Cass Sustein (2009, p. 11) na obra *A Constituição parcial*, que o intérprete constitucional não pode extrair, do texto constitucional, significados que ele creia que a CRFB/1988 deva significar. Para ele, qualquer sistema sensato de interpretação deve tentar restringir a autonomia dos intérpretes. De fato, essa compreensão é importante porque no processo de restauração da legalidade em que o fundamento seja motivado diretamente na Constituição, o Poder Público deverá agir com maior restrição interpretativa e evidente neutralidade.

Essa concepção neoconstitucional que vincula a legitimidade do ato estatal diretamente à CRFB/1988, além de representar um novo paradigma interpretativo, significa que mesmo atos praticados de acordo com leis ordinárias poderão ser objeto de anulação ou mesmo de convalidação, quando praticados em afronta ao texto constitucional.

Por isso, Gustavo Binenbojm (2008) alerta para o fato de que a Administração Pública e seus agentes passam a ser intérpretes e executores da Constituição, admitindo a atuação *contra legem*.

Sobre esse novo paradigma é toma nova compreensão a anulação e a convalidação do ato administrativo e dos processos decisórios da Administração Pública. Sobre o tema, no que se refere à obrigatoriedade do exercício da autotutela, importante destacar doutrina de Weida Zancaner (1990), para quem não há discricionariedade na adoção, pelo Poder Público, das medidas estabelecidas da legalidade.

Referida doutrinadora adverte que, e contraposição à doutrina que entende que a invalidação do ato ilegal é uma faculdade, a invalidação do ato ilegal é

obrigatória ao Poder Público.

Ao defender a ausência de discricionariedade, opondo-se, como a própria autora, acima citada, reconhece, a Pietro Virga (1972), Guido Zanobini (1952) e Miguel Seabra Fagundes (1967), ela defende - com razão - que inexiste o denominado 'poder de invalidar', não tendo o Poder Público o poder de decidir, com base em critérios eminentemente subjetivos, sobre a conveniência de invalidar ou convalidar, pois inexistiria qualquer norma que conferisse à Administração Pública essa prerrogativa.

Firmada essa premissa, sobre a ausência de discricionariedade, o processo de restauração da legalidade, ou melhor, da constitucionalidade da atuação estatal, deve sempre buscar manter os efeitos jurídicos dos atos administrativos em razão da proteção à boa-fé e do princípio da confiança. Essa não é uma ideia necessariamente nova.

Otto Mayer originariamente já conceituava o ato administrativo como um ato de autoridade diante de um sujeito, ou seja, o ato administrativo seria uma manifestação da vontade estatal em relação ao particular. Essa concepção, como ensina Ruy Cirne de Lima, foi seguida por Walter Jellinek, sucessor de Otto Mayer na cátedra de Heidelberg. (RUY CIRNE LIMA, 1960)

Ainda nos tempos atuais, essa definição de ato administrativo como manifestação estatal, com efeitos concretos sobre o administrado, é reconhecida pela doutrina de Hartmurt Maurer (2006), professor da Universidade de Konstanz, para quem o ato administrativo é uma declaração de uma autoridade pública, dirigida a um determinado administrado, em um caso concreto.

Importante registrar, na concepção do professor alemão, a legitimidade da atuação estatal frente ao particular está fundamentada no "direito" e não na "lei", o que vem reforçar a concepção de juridicidade constitucional dos atos administrativos e dos processos decisórios da Administração Pública. Essa atuação estatal, por outro lado, terá inegáveis efeitos diretos no administrado.

É esse conceito firmado por Hartmurt Maurer (2006): "O ato administrativo é um ato do poder público, que regula um caso especial, emanado de uma autoridade administrativa, que tem um efeito direto face a terceiros."

No mesmo sentido, a doutrina de Edimur Ferreira de Faria (2016), ao reconhecer essa implicação do ato administrativo na esfera de interesses do cidadão:

Para nós, ato administrativo é a declaração unilateral da Administração Pública, incluindo o Legislativo e o Judiciário no exercício da atividade administrativa, ou de quem lhe faça as vezes, manifestada por órgão competente, com vista ao interesse público, criando, mantendo, modificando ou extinguindo relações jurídicas ou, ainda, impondo deveres ao cidadão e aos agentes públicos e a si própria, com força de imperatividade. (FARIA, 2016, p. 100).

Assim, teria a terceiro, diretamente vinculado ao ato administrativo e ao processo decisório do Poder Público direito de intervir na anulação ou na convalidação do ato administrativo? A resposta mostra-se afirmativa.

Em relação ao exercício de revisional do ato administrativo, não há controvérsias sobre a necessária participação do terceiro interessado quando a atividade revisional se insere no conceito de interesse público, ou seja, quando se trata de revogação do ato administrativo ou do processo decisório da Administração Pública.

A doutrina estrangeira não diverge sobre a evidente limitação da revogação do ato administrativo, como bem observa Adolf Merkl (1935):

Por conseguinte, os atos administrativos que tenham originado direitos subjetivos não podem ser revogados discricionariamente em atenção a qualquer interesse público, mas em virtude de um interesse público qualificado, que se coaduna com a melhor forma possível de direito adquirido. (MERKL, 1935, p. 277)

No mesmo sentido Ernst Forsthoff (1958, p. 265): “O ato administrativo regular, que concede vantagens não é revogável, pura e simplesmente.”

Ruy Cirne de Lima (1964) adere a essa doutrina alemã, revelando que, sob a sua perspectiva, o ato administrativo poderá ser revogado por interesse público, quando este ficar inteiramente comprovado, sempre após manifestação do terceiro atingido pela revogação.

Apesar do ato de anulação ou de convalidação não se confundir com o instituto da revogação, ainda assim deverá o Poder Público oportunizar manifestação prévia do terceiro interessado, que poderá se manifestar sobre a anulação e convalidação do ato administrativo, inclusive para subsidiar a Administração Pública sobre a necessidade de preservação dos efeitos jurídicos do ato administrativo convalidado.

Já Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (2002), destacam que não fosse possível a manutenção dos efeitos jurídicos dos atos administrativos

anulados a Administração Pública, em muitos casos, seria beneficiária da sua própria torpeza. Assim, a retroação dos efeitos da convalidação respeita a segurança jurídica ao terceiro atingido pelo ato.

Essa retroação, sob essa perspectiva, seria possível inclusive nos atos nulos de pleno direito que, à primeira vista, sob análise rigorosamente dogmática, são como nunca tivessem existido. Também, nesses casos, não se pode desconhecer que, produzindo determinados efeitos, também os atos nulos de pleno direito deverão ter seus efeitos preservados. (ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 2002).

O administrativista português Marcello Caetano (1997), também reconhece esse poder-dever do Poder Público em transformar um ato ilegal noutra legal, mediante o que denominou de apagamento dos vícios existentes, destacando a principal relevância dessa atividade: o da segurança jurídica, pois para o autor, os efeitos da ratificação, da reforma ou da conversão dos atos constitutivos ilegais retroagem à data dos atos retificados, reformados ou convertidos, sendo essa a principal importância dos mencionados institutos que, desta forma, permitem salvar os efeitos já produzidos pelos atos ilegais.

Na subseção a seguir, demonstra-se como os institutos da anulação e a convalidação são tratados na doutrina brasileira.

#### **4.1 A anulação e a convalidação no direito brasileiro**

A doutrina nacional mais abalizada já analisou, com propriedade, a anulação e a convalidação dos atos administrativos. Ruy Cirne de Lima (1964), em obra intitulada *Princípios de direito administrativo brasileiro*, deixou clara sua adesão a Walter Jellinek, Professor de Direito Constitucional de Heidelberg, ao afirmar que a autoridade pública pode confirmar um ato defeituoso, renunciando, desta forma, sua possibilidade de anulá-lo.

Para o autor, o Poder Público poderá confirmar esse ato, pois agiria contra a boa-fé de desejasse voltar ao passado, para anular um ato cuja nulidade foi longamente tolerada.

Assim, o Poder Público deve sempre se preocupar com os efeitos da anulação de ato administrativo sobre o qual não pairava nenhuma “dúvida no espírito dos destinatários de boa-fé”. (LIMA, 1964).

Arremata seu raciocínio sob a seguinte questão:

O que seria da Administração Pública, se seus atos fossem revistos a todo momento pelos eventuais detentores do poder? A seriedade e a moralidade das ações do poder público, que a Constituição Federal impõe como um dever, terminariam desaparecendo. (LIMA, 1964, p. 261).

Assim, Ruy Cirne de Lima (1964) expressa sua compreensão de que o Poder Público tem o dever de convalidar os atos administrativo ilegais, desde que deles tenham decorrido efeitos jurídicos aos terceiros de boa-fé.

Já Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2010) considera que um ato administrativo nulo não poderá nunca ser convalidado. Para referido autor, o Poder Público poderá repetir ou refazer o ato administrativo nulo, mas essa atividade corresponde à edição, sob sua compreensão, de um novo ato administrativo, que não guarda qualquer relação com o ato administrativo anterior, portanto, sem efeitos retroativos.

Para ele, apenas os atos anuláveis poderão ser convalidados, através de procedimentos que denomina como confirmação, saneamento, ratificação ou regularização:

A ratificação consiste na declaração de vontade pela qual o órgão da Administração Pública que emanou o ato anulável corrige, nos termos legais, o vício de que dele padece. A confirmação consiste na declaração de vontade de outro órgão da Administração Pública, ou de administrado a que ele se refere, em virtude da qual se corrige, nos termos legais, o vício de que dele padece. Completam-se, destarte, os elementos omitidos e, assim, se eliminam os vícios que o invalidam e se tornam legítimos seus efeitos jurídicos. (MELLO, 2010, p. 664-665).

No mesmo sentido serão os casos de saneamento ou regularização, quando o resultado será o mesmo, o de restauração da legalidade: “Já o saneamento ou regularização do ato anulável se dá de modo indireto, através da ação ou omissão que envolvem assentimento tácito ao ato pelos que são por eles afetados.” (MELLO, 2010, p. 665-666).

E todos esses casos, para o autor, citado acima, a nulidade inicial desaparece e, apesar de reconhecida, ela deixa de prevalecer. Em resumo, os efeitos já produzidos pelo ato administrativo original são resguardados e a convalidação retroage à data do ato administrativo convalidado.

Para Jose Cretella Júnior (1992), a convalidação representa a conservação dos valores jurídicos do ato administrativo, ao passo que a anulação é a restauração da legalidade de um ato administrativo viciado, mas com vício não fundamental. Para o autor, a convalidação é bem definida por Umberto Fragola, como sendo:

Assim como a terapia estuda os meios de cura das doenças dos seres, ou seja, as curas possíveis, para sanar, atenuar ou elimina os males, isto é, para depurar os organismos doentes e conservá-los ainda em vida, assim também a doutrina jurídica, por motivo de economia dos valores jurídicos já produzidos, prepara ou possibilita instrumentos terapêuticos para a cura dos jurídicos inválidos. (FRAGOLA apud CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 298).

De fato, a comparação da convalidação com um processo terapêutico é absolutamente adequada ao instituto, ao que o doutrinador brasileiro fez legítimo coro:

Assim, pelo tratamento, cura, terapêutica ou terapia, procura-se tornar sadio o que está doente, recuperar-se o que se achar defeituoso, reutilizando-se as partes sadias e aproveitáveis do ato administrativo doente e aparelhando-os, mediante o emprego de processos amparados pelo direito. Purifica-se para conservar, articula-se o desarticulado, substituem-se as peças defeituosas por outras novas, encurta-se o que se dilatou fora dos limites previstos, estende-se o prazo de tempo concedido, enfim, aproveita-se o que já existe, estruturam-se os elementos estruturáveis, depois de tratados, para que não se atrase o serviço público, que deve ser contínuo, editando-se novamente o ato, refazendo-se um a um os passos do 'inter' percorrido. (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 298).

Para ele, a convalidação é sempre recomendável, sendo o tempo um fator determinante, pois quanto maior o tempo do ato, mais permanentes serão seus efeitos e, portanto, maior probabilidade de manutenção do estado das coisas. (CRETELLA JÚNIOR, 1992, p. 298).

Temístocles Brandão Cavalcanti (1977) também abordou o tema da convalidação tratando-a com ratificação, reconhecendo a possibilidade do Poder Público suprir a nulidade do ato administrativo, inclusive reconhecendo seus efeitos retroativos à data do ato original:

Quando, porém, a nulidade for sanável, isto é, quando for relativa ou haja conveniência na aprovação do ato, pode a autoridade administrativa mandar suprir a nulidade, revalidando-o e tornando-o válido, desde a data do ato retificado. (CAVALCANTI, 1977, p. 67).

A divergência ao pensamento do autor é que ele considera a convalidação do ato administrativo como uma questão de conveniência. Neste trabalho conclui-se ao contrário, no sentido de trata-se de um poder-dever da Administração Pública convalidar atos administrativos, tendo o dever de zelar pelos efeitos produzidos pelo ato original, sempre em respeito à proteção da boa-fé e da segurança jurídica.

É o que sustenta a doutrina de Juarez de Freitas (1997), ao admitir que o controle de legalidade do ato administrativo comporta análise não só de estrita legalidade a recomendar a convalidação, mas admite também, a ponderação de outros valores ou princípios. É o que consta de sua obra:

em matéria de controle de juridicidade dos atos administrativos, não há fórmulas acabadas que dispensem a sensatez, a inteligência e a sensibilidade do controlador [...] como sempre, a ponderação haverá de ser fatos decisivo para um controle bem sucedido. (FREITAS, 1997, p. 28).

No mesmo sentido Sérgio Ferraz admite, expressamente, que ponderando princípios constitucionais, a manutenção do ato administrativo através da convalidação é a alternativa que mais atende a juridicidade do ato revisional. É o que expressa em seu pensamento:

em vista dos valores da boa-fé, do respeito ao fato consumado, da salvaguarda da estabilidade e da segurança jurídica, da vedação ao enriquecimento sem causa, da igualdade de tratamento aos administrados, o sistema reage determinando a corrigenda, com conseqüente manutenção, do ato administrativo viciado. (FERRAZ apud FAGUNDES, 2010, p. 55).

Assim, fica evidente que o interesse público recomendará, sempre que possível, a manutenção do ato e de seus efeitos jurídicos, através da convalidação.

Nesse sentido, as conclusões de Diogo de Figueiredo Moreira, a saber: “nem sempre um ato nulo deverá ser expurgado do mundo jurídico; está-se no campo de aplicação de um princípio geral de direito, o da economicidade dos valores jurídicos.” (MOREIRA apud FAGUNDES, 2010, p. 55).

Mas sobre o controle dos atos administrativos, Miguel Seabra Fagundes (1967) tem obra que atravessa gerações de estudiosos.

Para o autor, não há como submeter o estudo dos vícios do ato administrativo aos conceitos civilistas, para considerá-los apenas sob as categorias de nulos ou anuláveis. Sua crítica revela que a menor ou maior importância dos defeitos dos atos administrativos permite dividi-los da seguinte forma: os vícios que afetam o ato em

seu elemento essencial (o que denomina de invalidez absoluta ou relativa) e os que os vícios atingem o ato administrativo em aspectos menos relevantes (o que denomina de irregularidade).

Ao fazer essa distinção, o autor admite a edição de um ato administrativo reafirmando o objeto de um ato absolutamente defeituoso, mas sem revalidar os efeitos jurídicos decorrentes do ato viciado.

Para ele, os atos acometidos de invalidez absoluta não são convalidáveis, sendo-os apenas os acometidos por vícios menos relevantes (irregulares), através da ratificação. Ou seja, a convalidação, com efeitos *ex tunc* teria aplicação mais restrita do que proposto por outros autores, e admitidos neste trabalho.

Mas é na doutrina de Weida Zancaner (2001) que este trabalho manifesta sua reverência: em sua obra *Da convalidação e invalidação dos atos administrativos*, referida autora - além das premissas já abordadas sobre a ausência de discricionariedade na convalidação ou invalidação - propõe balizas que devem orientar essa atividade revisional do Poder Público.

Weida Zancaner (2001) inicia seu trabalho reconhecendo ser distante das exigências da realidade a concepção de que a lei seria o limite positivo da atuação estatal, já que, se por um lado a lei regula de forma rigorosa a atividade estatal, de outro em várias oportunidades é também omissa, sendo impossível eliminar a iniciativa do administrador.

Outro importante aspecto abordado é a de que o princípio da legalidade, em muitos casos, colide com o princípio da boa-fé dos administrados, afirmando fato relativamente óbvio, mas de inexplicável incompreensão por aqueles que compreendem no princípio da legalidade a única alternativa (ou resposta correta) para a atividade estatal. (ZANCANER, 2001).

Para a autora, nem sempre é fácil, diante do caso concreto, assegurar a realização da justiça, pois a simples obediência ao princípio da legalidade traria insegurança, inquietude e mesmo indignação quanto à postura da Administração Pública, especialmente em casos em que os agentes públicos adotam nova interpretação sobre a legalidade de atos passados, quando já transcorrido certo lapso de tempo.

Chega a questionar: “quando podemos dizer que a segurança jurídica ou a boa-fé dos administrados devem prevalecer sobre o princípio da legalidade administrativa?” (ZANCANER, 2001, p. 28).

O questionamento é enfrentado na mesma obra, através da afirmação de que o princípio da legalidade visa que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que o único caminho para fazê-lo seria através da extinção do ato inválido. A compreensão da autora é corretíssima.

Daí porque a restauração da legalidade deve privilegiar, sempre, a manutenção dos efeitos dos atos administrativos convalidados. A convalidação é o instituto jurídico que, ao tempo de privilegiar a legalidade com sua recomposição, prestigia a segurança jurídica e a boa-fé dos terceiros envolvidos.

Weida Zancaner (2001) admite uma única hipótese em que não existe o dever de convalidar: quando o ato for praticado por pessoa incompetente, posição com a qual não é possível concordar, pois o ato administrativo, com aparência de legitimidade, que produza efeitos perante terceiros, de comprovada boa-fé, também necessitam ser convalidados.

É o exemplo do alvará de construção expedido por servidor incompetente em determinado Município. Vale registrar que alvará é o instrumento através do qual a Administração Pública expede autorização ou licença. Caso se verifique, posteriormente, ter sido o alvará de construção emitido por agente público incompetente, como ficará o terceiro de boa-fé que executou uma determinada obra ou construção?

Nesse caso, a convalidação é necessária e não há opção em não convalidar, no que o pesquisador diverge da autora. A jurisprudência sobre o tema revela também ser essa a melhor interpretação, justamente para se evitar danos a terceiros de boa-fé:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. OBRA REALIZADA DE ACORDO COM O PROJETO APROVADO PELA PREFEITURA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA COM A FINALIZAÇÃO DA OBRA. DENEGAÇÃO DO "HABITE-SE" E DA AUTORIZAÇÃO PARA FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZOS AO MEIO AMBIENTE. SOBREVENIÊNCIA, IN CASU, DO DIREITO À MORADIA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SENTENÇA REFORMADA. ORDEM CONCEDIDA. RECURSO PROVIDO "É dever do Município fiscalizar as construções e, havendo alguma irregularidade abster-se de expedir a licença ou, se já iniciada a obra, embargá-la. A licença para construir é ato administrativo que goza de presunção de legitimidade, por isso não se pode exigir do administrado que suponha a irregularidade do alvará que lhe foi concedido. Assim, tendo a municipalidade concedido alvará de construção e permitido que a situação se consolidasse com a finalização da obra, sem tê-

la embargado no curso da edificação, torna-se injusta a negativa do" habite-se "especialmente se a construção foi feita de acordo com o projeto aprovado pela Prefeitura. Nestas hipóteses, tem-se que ao Poder Público compete demonstrar os efetivos prejuízos que poderiam advir da construção ao meio ambiente, se este foi o fundamento levantado para negar a expedição do" habite-se". (SANTA CATARINA, MS: 506070 /SC 2011.050607-0)

Feitas essas considerações da doutrina administrativa brasileira sobre os institutos da convalidação e na anulação dos atos administrativos e dos processos decisórios, passa-se à análise da manifestação jurisprudencial mais relevante sobre esse tema, a Súmula 478 do STF.

#### **4.2 A Súmula 473 do STF**

O STF, após julgamentos proferidos nos autos do Recurso Extraordinário n. 27.031, do Mandado de Segurança nº 13.942/DF, do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 16.935/SP e do Mandado de Segurança nº 12.512/DF, decidiu editar Súmula 473, que ficou assim redigida:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (BRASIL, 1969a).

Os precedentes que deram origem à referida Súmula datam de 1955 até 1968, sendo a Súmula aprovada na sessão plenária de 03/12/1968, portanto há quase 49 (quarenta e nove) anos.

Mesmo após todos esses anos e não tendo sido revogada ou recebido nova redação pelo STF, referida Súmula tem balizado a jurisprudência brasileira durante todos esses anos, mas sua aplicação, da forma em que está redigida, não é mais consenso na própria jurisprudência e, especialmente, na doutrina brasileira.

Todos os casos levados ao Plenário do STF e que deram origem à Súmula consistiam na discussão sobre a possibilidade de revogação ou anulação de atos administrativos, os requisitos de validade desse ato revisional e seus efeitos perante terceiros.

No Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n. 16.935, o STF, através do voto do Ministro Themístocles Cavalcanti resume a controvérsia: "Discutiu-se

longamente nesses autos a questão da revogabilidade do ato administrativo, para saber-se em que condições pode a administração tornar sem efeito um ato anterior.”

No Mandado de Segurança n. 13.942, o Ministro Vilas Boas, relator para o caso e voto vencedor, assim se manifestou sobre o tema:

Nenhum ato de autoridade pode ser praticado nesta hora, em detrimento de cidadão e de sua família, sem uma fundamentação positiva e certa [...] Fico na linha dos princípios: os atos administrativos não são intangíveis; a Administração pode rescindi-los ou mesmo anulá-los; mas praticará abuso de poder, sempre que o fizer quanto à uma resolução que haja produzido efeitos, sem indicar os vícios que possuem. (BRASIL, MS 13.942/DF, 1964).

No Recurso Extraordinário n. 27.031, o Ministro Luiz Gallotti, manifestou sua compreensão sobre revogação e anulação dos atos administrativos:

A revogação se dá por motivos de conveniência ou oportunidade e não será possível quando do ato revogado já houver nascido um direito subjetivo. A anulação caberá quando o ato contenha vício que o torne ilegal (não será possível falar em direito subjetivo que haja nascido, pois de ato ilegal não nasce direito). (BRASIL, 1956).

Quando, enfim, do julgamento do Mandado de Segurança n. 12.512, recebeu a seguinte ementa pelo Ministro Lafayette de Andrada: “Os atos administrativos de que resultam direitos, a não ser quando expedidos contra disposição de lei, são irrevogáveis” (BRASIL, 1963).

A atual compreensão sobre a Súmula do STF deve levar em conta a evolução da jurisprudência da própria Corte Constitucional sobre a revogação e anulação dos atos administrativos, bem como a mais atual corrente doutrinária, a revelar não ser a mais apropriada a redação da súmula no que trata da anulação dos atos administrativos.

A interpretação literal da Súmula, quanto à anulação dos atos, revela duas conclusões que não são adequadas sob a perspectiva desse trabalho:

- a) que a administração poderá anular seus atos e;
- b) que desses atos não decorrem direitos.

A divergência sobre essas conclusões inicia-se no que se refere ao poder-dever de anulação dos atos ilegais.

Ao contrário do que faz crer a redação da Súmula, o Poder Público não têm, como já se afirmou, a discricionariedade de anular seus atos ilegais, bem como não é verdadeira, sob o plano de vista fático, de que desses atos não decorram direitos.

Sobre a primeira premissa, conforme sublinhado anteriormente, a adesão à perspectiva doutrinária de Weida Zancaner (2001), no sentido de não haver qualquer discricionariedade na restauração da legalidade, ou seja, não há opção para o Poder Público senão a busca pela convalidação ou invalidação do ato administrativo ilegal.

Quanto à afirmação, contida na Súmula, de que atos nulos não geram direitos, há necessidade de compreender essa dicção no sentido de que o próprio STF admite a repercussão, no mundo fático e jurídico, de efeitos jurídicos dos atos nulos, em aparente contradição ao enunciado pela Súmula.

É o que ficou registrado, recentemente, pela decisão do Ministro Toffoli, em precedente de Minas Gerais, que tratou sobre benefícios concedidos ilegalmente a servidores públicos e que recebeu a seguinte ementa:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Servidor público. Título de apostila. Ato de concessão inicial nulo. Revisão. Impossibilidade. Decadência do direito da administração pública de anular o ato. Legislação local. Ofensa reflexa. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos e a análise da legislação local de regência. Incidência das Súmulas nºs 279 e 280/STF. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, ARE 833158/MG, 2015c).

No precedente, o STF confirmou decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), no sentido de que eventuais direitos, concedidos de forma ilegal, a determinados servidores, não podem ser revistos porquanto havia, no caso, decorrido lapso temporal tornando inviável a revisão da concessão do benefício, que teve obvias repercussões econômicas e jurídicas na esfera de interesses do administrado.

De fato, atos administrativos ilegais produzem efeitos jurídicos e essa repercussão no mundo dos direitos é que deve, no caso de boa-fé, ser prestigiada, mantendo-se seus efeitos.

Daí a concordância, sobre o tema, com Weida Zancaner (2001, p. 61): “Com efeito, atos inválidos geram consequências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles.”

A correta interpretação da Súmula, nos tempos atuais, não pode ficar alheia à nova compreensão constitucional de que o Poder Público, sob fundamento de prestigiar o princípio da legalidade, não pode desprezar as consequências jurídicas dos atos ilegais no campo de legítimos interesses de terceiros, em razão da proteção da confiança e da boa-fé.

O próprio STF, como no precedente citado do Ministro Toffoli, está considerando o transcurso do tempo como uma barreira intransponível à transposição dos efeitos jurídicos dos atos administrativos ilegais.

Essa imposição de limites à revisão dos efeitos do ato administrativo ilegal é novamente abordada na obra de Weida Zancaner (2001), para quem o decurso do tempo gera a estabilidade do ato, fazendo prescindível a convalidação, pois já sanado pela prescrição. Para a autora, o decurso de tempo pode ser, por si mesmo, causa bastante para estabilizar certas situações, fazendo-as intocáveis.

Weida Zancaner (2001) antecipou, por anos, a jurisprudência do STF, que enfrentará o debate sob a égide do sistema de repercussão geral, quando definitivamente poderá impor limites prescricionais ao exercício da autotutela do Poder Público, que será objeto de análise nesse trabalho e conforme comprova ementa do Acórdão que reconheceu a repercussão geral do debate:

Recurso extraordinário. 2. Servidor público. Aposentadoria. 3. Anulação do ato pelo TCU. Discussão sobre a incidência do prazo decadencial de 5 anos, previsto na Lei 9.784/99, para a Administração anular seus atos, quando eivados de ilegalidade. Súmula 473 do STF. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Repercussão geral reconhecida. (BRASIL, RE 636553/RS, 2012d).

A questão que se coloca para análise, e será abordada no momento oportuno desse trabalho, diz respeito - além dos dois aspectos já enfrentados - é se possível o exercício desse poder-dever, quando já instaurado inquérito administrativo, ação civil pública ou ação popular.



## 5 DA CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA ÍMPROBA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nos capítulos anteriores foram pontuados como o sistema político propiciou, no Brasil, a proliferação da cultura da improbidade administrativa, marcada inicialmente, pela universalidade e obrigatoriedade do voto, depois pela dependência estatal da manutenção do poder e, mais recentemente, pela adoção constitucional da possibilidade de reeleição para cargos executivos.

Foram também abordados o novo paradigma constitucional de juridicidade, a anulação e a convalidação dos atos administrativos e dos processos decisórios e seus efeitos, inclusive sobre a ótica do STF, através da Súmula 473.

Neste capítulo, analisa-se as condutas ímprobas, previstas na Lei 8.429/92, especialmente sob a perspectiva dos Tribunais Superiores, de forma a comprovar que a interpretação mais adequada da Lei de Improbidade demanda ponderações sobre a conduta do agente, consubstanciada no dolo ou na culpa, sobre a indevida aplicação da responsabilidade objetiva, sobre a proporcionalidade das penas e sobre os direitos fundamentais envolvidos na aplicação indevida da lei a fatos meramente ilegais.

Antes, porém, cabe asseverar que a Lei de Improbidade, ao passo que representa significativo avanço no trato dos atos que importem em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação aos deveres de observância de princípios constitucionais, não deixa de ter significado eminentemente simbólico, à inspiração da “Constituição Simbólica”, de Marcelo Neves (2007):

O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação-álibi”. Através dela, o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. (NEVES, 2007, p. 37)

E assim ocorre porque a legislação-álibi, a exemplo da Lei de Improbidade, impõe mero adiamento das pretensões sociais a fim de atender aos anseios populares, sem sequer se vislumbrar meio efetivo de solução de problemas nevrálgicos do Estado:

Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam efetivamente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal. NEVES, 2007, p. 39).

Nesse contexto, não é possível desconhecer que referida norma adveio para acalmar anseios sociais quando, ainda no ano de 1992, o País deparava com um novo Presidente da República, Fernando Collor de Mello, que se denominou “caçador de marajás” e que sancionou referida Lei Federal.

Nem é preciso dizer que, por seu caráter também simbólico, a Lei de Improbidade Administrativa não “combate” a corrupção, pois ao lado de sua indevida aplicação pelos Tribunais, constatou-se que - passados 25 anos de sua promulgação - são cada vez mais assustadores os escândalos de corrupção e malversação de recursos públicos no País.

Feitas essas considerações, considera-se que, por determinação constitucional (artigo 15, inciso V e artigo 37, §4º), são absolutamente constitucionais as disposições contidas na Lei 8.429/92 que tratam, sob a perspectiva de sansão, sobre perda da função pública, proibição de contratar com o poder público e receber benefícios creditórios, além da previsão de pena de suspensão dos direitos políticos, todas previstas nos incisos do artigo 12, da Lei de Improbidade Administrativa. Nesse sentido, o STF:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/1992. PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS. CONSTITUCIONALIDADE. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA SANÇÃO. VALORAÇÃO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA CONSTANTE NO ACÓRDÃO REGIONAL. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DA CONTROVÉRSIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/1973. 1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade das sanções impostas pela Lei nº 8.429/1992. 2. A verificação, no caso concreto, da proporcionalidade entre a reprimenda aplicada e a conduta que a ensejou demandaria a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. 3. Obstada a análise da suposta afronta ao inciso LIV do art. 5º da Carta

Magna, porquanto dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, procedimento que refoge à competência jurisdicional extraordinária desta Corte Suprema, a teor do art. 102 da Magna Carta. 4. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 5. Agravo regimental conhecido e não provido. (BRASIL, AI 705294 AgR, 2017e).

Portanto, se de um lado a Lei de Improbidade visa punir o agente político que, por ato doloso ou culposo, enriqueça ilicitamente, cause prejuízo ao erário ou atue em evidente violação a princípios constitucionais, por outro lado prevê penas que limitam direitos fundamentais previstos na CRFB/1988, os direitos políticos. Daí ser necessário compreender, antes que se aborde o tema sobre a correta aplicação da Lei de Improbidade, destacar que sua aplicabilidade aos agentes políticos detentores de mandato eletivo é questionável.

A discussão quanto à inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos é tema controverso. No caso do Ministro Sardenberg (Reclamação nº 2138 de 11/09/2002), a eficácia da sentença proferida foi suspensa e, em sequência, o plenário do STF entendeu que, por se tratar de agente político, o referido Ministro estaria sujeito aos ditames da Lei de Responsabilidade, não lhe sendo aplicada a Lei de Improbidade Administrativa.

Isto porque o legislador teria traçado diferenças entre os servidores públicos *strictu sensu* e os agentes políticos, estabelecendo diplomas normativos específicos para a responsabilização de cada um. Para os agentes políticos (Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores) editou o Decreto - Lei nº 201/67 (BRASIL, 1967) e para os servidores *strictu sensu*, a Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92).

Tendo em vista que se trata de matéria constitucional de grande relevância, o STF reconheceu, em 10/08/2012, a repercussão geral da questão constitucional suscitada no (BRASIL, ARE nº 683.235, 2012c) referente à possibilidade ou não de responsabilização de agente político por atos de improbidade administrativa.

O tema tem provocado inclusive anulação de Acórdãos de Tribunais Estaduais que condenaram agente políticos nas penas da improbidade, pois também há Repercussão Geral reconhecida sobre a aplicabilidade da Lei de Improbidade no caso de Prefeitos (Tema nº 576 é objeto do RE nº 976.566/PA-RG), a saber:

Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Matéria com repercussão geral reconhecida. Tema nº 576. Anulação do acórdão no ponto discutido e devolução dos autos

à origem, na forma dos arts. 543-B do antigo CPC e 328 do RISTF. Precedentes. 1. O tema é objeto do RE nº 976.566/PA-RG, Relator o Ministro Teori Zavascki, cuja repercussão geral foi reconhecida, e trata do processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com base na Lei n.º 8.429/92. Paradigma que se aplica aos demais agentes políticos. Precedentes. 2. Ambas as turmas da Corte decidiram adotar, para os embargos de declaração em que se impugnam acórdãos proferidos em processos com repercussão geral já reconhecida, o procedimento de anular os acórdãos embargados e devolver os autos à origem. 3. Anulação do acórdão apenas no ponto em que versa sobre a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa a agentes políticos. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes. (BRASIL, AI 809338 AgR-ED, 2017f.)

Feitas essas considerações sobre o tema, vejamos os aspectos de aplicabilidade da Lei de Improbidade, visto que sua má aplicação constitui odiosa e indesculpável prática de cerceamento dos direitos fundamentais do cidadão.

Como todo direito fundamental, a limitação aos direitos políticos deve ocorrer de forma adequada, vale dizer, qualquer imposição de limites a direitos fundamentais deve ser precedida de máximo rigor, especialmente no que se refere à garantia ampla defesa e ao contraditório. Deve também guardar necessária aplicação da proporcionalidade entre a conduta a ser punida e a limitação de direitos tão essenciais à convivência em sociedade.

Os direitos políticos, para Michelangelo Bovero (2016), se expressam por aquilo que denominou de “ações típicas” do “jogo democrático”: “verbos 'escolher', 'presente', 'liberar' e 'decidir' as expressões de momentos em que a ação democrática é articulada” (BOVERO, 2016, p. 41 tradução nossa)<sup>5</sup>

Carl Schmitt (1928), ao tratar sobre direitos fundamentais, nos explica que os direitos políticos, de índole democrática, são aqueles que reconhecem, ao indivíduo, seu status de cidadão, de modo que pode votar e ser votado, sendo considerado igual perante a lei e para livre acesso a cargos públicos.

José Adércio Leite Sampaio (2004) classifica os direitos políticos com aqueles referentes à participação ou liberdade políticas, incluindo-os nos direitos de “primeira geração”:

Os direitos políticos possuem inspiração democrática, ou, como dizia Jellinek, faculdades do status activus. Seu núcleo se encontra no direito de votar e ser votado (direitos políticos propriamente), ao lado dos quais se reúnem outras prerrogativas que decorrem daquele status e que tem sua

<sup>5</sup> He identificado em los verbos ‘eligir’, ‘representar’, ‘deliberar’ y ‘decidir’ las expresiones de los momentos em los cuales se articula el actuar democrático.

memória ligada a *Civis Romanus sum* (direitos cívicos) (SAMPAIO, 2004, p. 260).

A titularidade desses direitos políticos, fundamentais, é da pessoa processada por atos de improbidade administrativa. A proteção desses direitos, pela CRFB/1988, impõe rigorosos limites ao Poder Legislativo, ao Executivo e, principalmente ao Poder Judiciário.

Nos dizeres de Ernst-Wolfgang Böckenför (1993)<sup>6</sup> de: “Os direitos fundamentais como direitos de liberdade são pretensões para o poder público atuando em termos imperativos, na República Federal também, em toda sua extensão, contra o legislador”

E caberá, nos casos dos atos de improbidade, ao Judiciário a possibilidade de restringir, na aplicação das penas, direitos políticos fundamentais dos processados.

Vale dizer que essa tarefa corresponde a uma prerrogativa de impor limites aos direitos políticos, o que torna ainda mais relevante a atividade jurisdicional. Novamente José Adércio Leite Sampaio (2004) adverte sobre essa importante prerrogativa:

O Judiciário se converteu na última sentinela dos direitos fundamentais. Bem ou mal, os sistemas constitucionais e a disfuncionalidade da representação política levaram à percepção generalizada de que são os juizes e não os políticos ou a administração pública, quem salvaguarda os direitos da cidadania. (SAMPAIO, 2004, p.652).

Para o constitucionalista mineiro, o Judiciário deve observar, ao estabelecer limites aos direitos políticos, redobrado respeito aos limites do processo:

Formalmente, ainda, porque devem seguir os devido processo constitucional, em que sejam asseguradas às partes as garantias de ‘justiça no processo’ ou in procedendo. Material ou substantivamente, eles se acham obrigados a realizar a ‘justiça do processo’ ou iudicando, efetivando o mais possível os conteúdos dos direitos fundamentais. (SAMPAIO, 2004, p. 652).

Significa dizer: ao processar e julgar processo judicial onde a pena imposta possa resultar na imposição de limites aos direitos políticos, o Poder Judiciário deve agir com redobrada atenção às garantias do devido processo legal e, parece evidente, aplicar as penas da improbidade sempre de forma proporcional.

---

<sup>6</sup> Los derechos fundamentales como derechos de libertad tienen carácter de pretension frente al poder público actuante em términos imperativos, em la República Federal también, em toda su extensión, frente al legislador.

A proporcionalidade, neste contexto, deve revelar identidade entre a gravidade da conduta reputada como ímproba e as sérias consequências advindas da limitação dos direitos fundamentais dos agentes políticos processados por improbidade administrativa.

E sobre o tema que envolve imposição de sanções, especialmente em relação aos atos ímprobos, faz-se necessário sempre buscar auxílio na doutrina de Fábio Medina Osório (2010), para quem esse é um avanço do sistema judiciário, que revela atenção aos aspectos sancionadores da Lei de Improbidade:

Diga-se que, para todos efeitos, os tribunais pátrios têm reconhecido uma funcionalidade cada vez mais ampla à proporcionalidade, inclusive e muito especialmente na dosimetria das sanções, sem que isto signifique balanço invariável a favor dos direitos dos acusados, porque também a extensão e ampliação do alcance de termos indeterminados, na concretização de tipos sancionadores, pode ocorrer a partir do postulado da proporcionalidade. Trata-se de postulado que, em conjugação com a racionalidade, a legalidade e a segurança jurídica, integra a base argumentativa do intérprete no manejo de todo e qualquer tipo sancionador previsto na LGIA. (OSÓRIO, 2010, p. 219).

Isto porque a própria Lei de Improbidade, atenta a essa necessária proporcionalidade, prevê no *caput* do artigo 12, que as penas poderão ser aplicadas cumulativamente ou não, dependendo da gravidade dos fatos. Prevê, ainda, no parágrafo único do mesmo artigo, que o Judiciário, na aplicação das penas, deverá levar em consideração “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. (BRASIL, 1992).

Portanto, o Poder Judiciário está necessariamente vinculado ao dever de justificação quando, na condenação por ato de improbidade administrativa, deverá não só fundamentar as razões que levaram à conclusão de ser determinada conduta ímproba, mas também fundamentar as razões que levaram à imposição das penas que limitam direitos políticos dos agentes públicos considerados ímprobos.

É preciso levar os direitos políticos, enquanto fundamentais, a sério.

A ausência de justificação - ou justificação insuficiente - torna a aplicação da pena de limitação de direitos políticos não só deficiente, como também constitui atuação inconstitucional do Poder Judiciário. A suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios creditórios não podem ser consequências iminentes do ato de improbidade administrativa.

A possibilidade de restrição indevida de direitos fundamentais deverá sempre estar presente neste trabalho, haja vista dados públicos de que, até o ano de 2015, havia pendente de julgamento mais de 105.000 (cento e cinco mil) ações de improbidade por todo país (SOUTO, 2015).

### **5.1 O dolo e a culpa como requisito essencial da atuação ímproba**

Desde a edição da Lei de Improbidade Administrativa, tanto a doutrina quanto a jurisprudência discutem questão essencial para a configuração do ato de improbidade: seria necessário, para a configuração do ato de improbidade, valorar a vontade do agente, o que o motivou a tomar determinada decisão ou adotar certa conduta, as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvem o atuar do administrador público?

Haveria responsabilidade objetiva sobre os atos de improbidade?

O que consistiria o dolo? Seria necessário o dolo genérico para configuração da improbidade?

Para tentar responder esses questionamentos não há como deixar de investigar as reais motivações do legislador infraconstitucional ao fazer editar a Lei de Improbidade.

Essa digressão é necessária para se constatar, inicialmente, que a Lei 8.429/92 não se justificaria simplesmente sob o argumento de preservação do erário: já estava à disposição dos legitimados a Ação Popular (prevista na Lei e na CRFB/1988) e a própria Ação Civil Pública, prevista na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1.985.

Assim, aquele agente público que, por ação ou omissão, causasse prejuízo ao erário, já poderia civilmente responsabilizado a repor o dano que causou.

Para alguns autores, a aprovação da Lei de Improbidade teria retirado exigência de perquirir a questão da vontade do agente. Nesse sentido, o Promotor de Justiça de Minas Gerais, Fernando Rodrigues Martins (2009), para quem:

Ora, enfrentar o elemento subjetivo numa sociedade pós-moderna é sopesar aos operadores a entrada no estado anímico ou no ensimesmamento dos gente público, indo contra a doutrina e as teorias mais avançadas da responsabilidade civil, que há mui abandonaram a análise da vontade como pressuposto da responsabilidade. (MARTINS, 2009, p. 918).

Para defender sua posição, de que não seria necessário perquirir a intenção do agente público para a configuração do ato de improbidade, o autor mineiro compara os requisitos de responsabilização tributária e os de responsabilização por atos de improbidade, nos seguintes termos:

Em outras palavras: inexistente razão para que o direito público que atua mediante processo tributário administrativo não exija dolo para condenação do contribuinte, punindo-o simplesmente por culpa, e de outro lado, num processo administrativo em que apura desvios de agente público, estritamente ligado a princípios éticos, só permita sua punição mediante lastreada intenção. O sistema jurídico não é incoerente! (MARTINS, 2009, p. 919).

Neste trabalho, as conclusões são diametralmente contrárias ao que defende o autor citado.

A doutrina de Fábio Medina Osório (2010), que aprofundou os estudos, no Brasil, sobre improbidade administrativa e direito administrativo sancionador, é de grande relevância para as conclusões que se propõe o pesquisador.

O primeiro aspecto desse direito efetivamente sancionador, destacado pelo referido autor, é sua similaridade com o direito penal. Para o autor:

Veja-se que, em se tratando de direito administrativo sancionador, as analogias com o direito penal são inevitáveis e necessárias, por força de nosso devido processo legal e também em razão dos influxos do direito comparado, o que tem sido objeto de preocupações daqueles que se ocupam em construir e solidificar o direito administrativo sancionador brasileiro. (OSÓRIO, 2010, p. 240).

A primeira consequência desse reflexo é destacar que, como no direito penal, não há responsabilidade objetiva do agente público na condução de sua atividade estatal.

Para Fábio Medina Osório (2010), as garantias que norteiam o direito penal se aplicam aos casos de improbidade administrativa. Essa conclusão merece adesão, por serem as sanções da improbidade administrativa dotadas de evidentes características restritivas de direitos fundamentais:

É sabido que o direito penal segue como paradigma de garantias, inclusive emprestando seus princípios e regras para solução de problemas lacunosos na seara administrativa, tendo em vista uma evoluída e sofisticada dogmática penal globalizada, especialmente a partir das notáveis contribuições de juristas germânicos como Welzel, Roxin e Jakobs, mais recentemente. (OSÓRIO, 2010, p. 240).

Assim, não há responsabilidade objetiva do agente público, no que se refere à improbidade: toda a investigação jurisdicional acerca da configuração da improbidade administrativa compreende uma investigação sobre a culpa e o dolo.

Há precedente do STJ sobre o tema, onde essa impossibilidade de condenação por responsabilidade objetiva é descartada, conforme manifestação do Ministro Mauro Campbell Marques, em precedente que será muito citado nesse trabalho:

De acordo com essa linha de argumentação, um princípio norteador do Direito Penal que, em minha opinião, deve ter plena aplicação no campo do Direito Administrativo sancionador é o princípio da culpabilidade, segundo o qual a punição de qualquer pessoa depende da atuação com dolo ou culpa. Na esteira dos ensinamentos de Luiz Regis Prado, [c]ostuma-se incluir no postulado da culpabilidade em sentido amplo o princípio da responsabilidade penal subjetiva ou da imputação subjetiva como parte de seu conteúdo material em nível de pressuposto da pena. Neste último sentido, refere-se à impossibilidade de se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa (não há delito ou pena sem dolo ou culpa - arts. 18 e 19, CP) (BRASIL, REsp 765.212/AC, 2010c).

É o que diz a doutrina de Fábio Medina Osório (2010), ao destacar que a responsabilidade subjetiva é uma garantia do devido processo legal:

Das garantias resultantes do sistema constitucional do direito administrativo sancionador pátrio, que se assenta no devido processo legal, destacamos a perspectiva de responsabilidade subjetiva dos infratores do dever de probidade. Tratamos do dolo e da culpa como pressupostos de responsabilidade por improbidade administrativa. Essa responsabilidade subjetiva envolve também a possibilidade de que se conheçam causas que excluam a culpabilidade administrativa, além da exclusão dos tipos por falta de dolo ou culpa ou da própria ilicitude. Tampouco podemos desconsiderar o estado jurídico de inocência dos acusados, uma situação neutra que pode chegar a tornar-se relativa antes a contundência das provas e indícios iniciais. Teses envolvendo erro de tipo ou de proibição, de fato ou de direito, podem ser arguidas e debatidas com legalidade plena, embora não exista nada na LGIA ou na Constituição Federal relativamente ao assunto. Somente o Código Penal e a legislação de mesma natureza enfocam a matéria das excludentes da ilicitude, da culpabilidade ou da imputação, mas, tratando-se de direito punitivo, principalmente de direito administrativo sancionador, é possível invocar, de modo análogo, o direito penal. (OSÓRIO, 2010, p. 216).

Assim, é possível compreender, sobre a dicção dos tipos previstos na Lei de Improbidade Administrativa, quais condutas serão apenadas em decorrência da culpa, quais serão em decorrência do dolo e qual a interpretação do que seriam, para fins de improbidade, os elementos externos de configuração dessas condutas.

Ao analisar o *caput* e incisos do artigo 9º, da Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se casos em que os atos ímprobos importem em enriquecimento ilícito. É a primeira espécie de atos ímprobos, aqueles que são mais rigorosamente apenados, pois tem por consequência o enriquecimento ilícito do agente ou de terceiro.

A doutrina, em se tratando de enriquecimento ilícito, não vacila ao considerar punível apenas a conduta dolosa. É o que se destaca da obra já mencionada de Fábio Medina Osório (2010):

Quanto ao *caput* do art. 9º, nenhuma dúvida paira sobre seu formato essencialmente doloso. Não há espaço para controvérsias, nem para polêmicas, é o que nos parece, porque difícil imaginar um enriquecimento ilícito culposo. O dispositivo é cristalinamente claro e inequívoco, espantado dúvidas a esse respeito. Se tal ocorrer, porém, poderá haver enquadramento do sujeito em outro bloco de dispositivos da LGIA, nomeadamente se houver concorrido, modo inescusável, ao seu próprio enriquecimento, ou de terceiros, em prejuízos ao erário. (OSÓRIO, 2010, p. 225).

A jurisprudência sobre o tema, pelo STJ, também só admite a configuração dos atos de improbidade decorrentes do artigo 9º da LIA quando o caso revelar conduta dolosa do agente público, a saber:

DA AUSÊNCIA DO DOLO 4. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

5. É pacífico nesta Corte que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.

[...]

8. A jurisprudência do STJ, diante da ausência do elemento subjetivo, afasta a aplicação da Lei 8.429/1992. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014, e REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015. [...] (BRASIL, REsp 1660398/PE, 2017c).

Em precedente paradigmático, o Ministro Mauro Campbell Marques assim se referiu ao artigo 9º da LIA: “O enriquecimento ilícito é elemento normativo jurídico do tipo descrito no caput do art. 9º, ao qual estão logicamente vinculados os incisos, motivo pelo qual, na sua ausência, não há situação de fato que autoriza a aplicação da norma” (BRASIL, REsp 765212/AC, 2010c).

Como se observa do precedente jurisprudencial do STJ, também no que se refere às condutas ímprobas previstas no artigo 11 da LIA, a se referir como aquelas que, em tese, violam com os deveres de observância a princípios constitucionais, o dolo também é necessário para a configuração da improbidade administrativa:

Inicialmente, destaco, ainda que sob pena de exaustão, que a natureza das sanções impostas em razão de enriquecimento ilícito ou de atentado aos princípios administrativos não comportaria a punição a título de culpa. Se por negligência, imprudência ou imperícia, os administradores violam os deveres de legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições (que é o substrato fático que autoriza a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92), por mais desaconselhável que isso seja, haverá irregularidade administrativa (e não improbidade), que também é uma infração, merecendo sanção por outras esferas de controle, tais como a de responsabilização fiscal, a dos processos administrativos disciplinares, a da fiscalização dos Tribunais de Contas e os demais mecanismos de controle interno da Administração Pública, sem embargos do não menos eficiente controle exercido pelos novéis Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público. [...] Ora, seria acaso imaginável que alguém pudesse ser desleal ou desonesto sem querer? É possível ser ímprobo a título de culpa? A resposta só pode ser negativa, pois os conceitos de probidade e improbidade exigem necessariamente o querer, o agir com vontade. (BRASIL, REsp 765.212/AC, 2010c).

A exigência do dolo, também para a configuração dos atos de improbidade previstos no artigo 11 da LIA, no entanto, não é matéria pacífica na doutrina.

Na obra já citada de Fábio Medina Osório (2010), este admite a configuração do ato de improbidade por violação a princípios, quando comprovada a culpa grave do agente público:

De fato, só haverá improbidade administrativa quando estiver presente o dolo ou a culpa grave, visto que tanto a corrupção pública quanto a grave desonestidade funcional pressupõem conduta dolosa, enquanto a grave ineficiência funcional pressupõe culpa grave, motivo pelo qual aparece seu caráter de insuportabilidade, a tal ponto que se fazem necessárias, geralmente, a exclusão do agente do setor público e a suspensão de seus direitos políticos (art. 37, §4º, da CF), como regra geral. (OSÓRIO, 2010, p. 250).

O referido autor, no entanto, é expresso ao consignar que, ainda na modalidade admitida como culposa, não basta violação a um dos princípios

descritos no caput do artigo 11, para efeitos de improbidade, sob pena de se lançar, em matéria de punibilidade, a elevado grau de indeterminação.

Assim, defende que a violação de um princípio deve ser precedido, necessariamente, da violação de uma determinada norma de conduta:

A velha tese de que a violação de um princípio é mais grave do que a vulneração de uma regra, em matéria de improbidade (que exige observância dos princípios da legalidade e tipicidade proibitiva), há que ser vista com reservas e cautelas, visto como princípios constitucionais que presidem o direito punitivo recomendam a incidência de normas com maior densidade e segurança jurídica na formatação dos tipos. A exigência de lesão grave aos princípios não exclui a lesão às regras que lhe são subjacentes. A lesão há de ser dúplice: aos princípios e às regras, inclusive aí reside parte da gravidade exigível. Simultaneamente, a ação ímproba vulnera regras e princípios. Não existe ação que venha a vulnerar tão somente princípios, ou apenas as regras. A incidência há de ser simultânea e obrigatoriamente conjunta. (OSÓRIO, 2010, p. 286).

Não é só Fábio Medina Osório (2010) que adota essa tese doutrinária: Rafael Munhoz Mello (2007, p. 186), na obra *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, também registra que seria suficiente para a imposição da sanção administrativa, no caso do artigo 11, prática da conduta delituosa em função de negligência, imprudência ou imperícia do agente. Para referido autor, o princípio da culpabilidade é atendido com a mera presença de culpa, ao contrário do que ocorre no direito penal brasileiro, no qual em regra se exige dolo do infrator.

Também Wallace Paiva Martins Júnior (2001) defende que a culpa será punível nos casos previstos no artigo 11 da LIA,

Não se comunga a tese de que, em razão da explícita admissão do dolo e da culpa no art. 10, a lei tenha exigido o dolo nos arts. 9º e 11 e tomado impunível o ato culposo nessas espécies de improbidade administrativa. Efetivamente, não. O art. 11 preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas e culposas (aqui entendida a culpa grave). [...] é mister a ocorrência de grave e inequívoca violação aos princípios e deveres administrativos, notadamente legalidade e moralidade, que revele a falta de ética e não meras irregularidades que não configurem dano aos princípios e deveres administrativo (MARTINS JÚNIOR, 2001, p. 230).

No entanto, diferentemente do artigo 10 da LIA - que trata sobre atos ímprobos que causam lesão ao erário - o artigo 11, assim como o artigo 9º, não trazem em seu caput a possibilidade da condenação decorrente de conduta culposa.

Não se trata, aqui, de manifestar apenas interpretação literal da norma, ainda que seja notório, da própria leitura do caput, que somente os casos previstos no

artigo 10 da LIA o legislador conferiu a possibilidade de punir condutas culposas.

A interpretação conferida por Fábio Medina Osório (2010), de que deveria haver uma dupla violação, ou seja, a regras e a princípios, para haver condenação culposa no caso do artigo 11, não resolve o grande problema dessa interpretação: a de que continuará havendo absoluta insegurança jurídica imposta aos gestores que, culposamente (se se admitir a tese), violarem regras e princípios.

A abertura normativa e interpretativa que Fábio Medina Osório (2010) propõe - mesmo sob o argumento de que sua maneira de interpretar o dispositivo é mais segura do que a que admite apenas a violação culposa a princípios - é incompatível com o regime sancionador imposto pelo modelo constitucional, que deve garantir ao agente público um mínimo de previsibilidade do que constitua a tipicidade do ato de improbidade, pois o próprio autor reconhece: “Um ato ímprobo é, por definição, típico. O tipo expressa o modelo de conduta proibida.” (OSÓRIO, 2010, p. 248-249)

Ronald Dworkin (2002), em sua obra *Levando os direitos a sério*, faz advertência sobre essa interpretação entre regras e princípios, a revelar sua preocupação quanto à adoção, pelo judiciário, de um “mar” de possíveis interpretações respeitáveis que, elegendo determinados princípios jurídicos, afastem a obrigatoriedade de uma determinada regra:

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada. (DWORKIN, 2002, p. 60).

Ainda que Ronald Dworkin (2002), com sua advertência, informe que há princípios que justificam a superação de determinadas regras, nota-se que o próprio autor inglês adverte sobre o alto grau de instabilidade judicial advinda desse processo interpretativo, no que ele inventa um jurista de capacidade, sabedoria, sagacidade e paciência sobre humanas, a que chama de Hércules, capaz de resolver esses casos difíceis, já que admite que juristas e juízes sensatos sempre irão divergir sobre direitos.

Daí porque admitir a punição de atos culposos, quando houver violação a regras e a princípios, tem o condão de impor ao agente estatal alto grau de indeterminação sobre sua conduta.

Ronald Dworkin (2002) adverte que o Poder Judiciário deve respeitar, manter e permitir a manutenção de decisões de outros poderes, mesmo que contrárias à amplos juízos de constitucionalidade, exceto nos casos de absoluta ofensa à moralidade a qualquer interpretação plausível:

Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco. (DWORKIN, 2002, p. 216).

Apontando essa perigosa indeterminação das condutas previstas no artigo 11 da LIA, é de se destacar a doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos (2002), para quem a condenação por conduta culposa, nesses casos, não seria razoável:

o caput do art. 11 é bem amplo e perigoso, pois como norma punitiva que estipula graves sanções, com conotações penais, não se afigura como razoável deixar a cargo do subjetivismo do Poder Judiciário a aplicação da norma, sob pena do seu próprio esvaziamento (Improbidade administrativa e atos judiciais. (MATTOS, 2002, p. 1291).

Posta a matéria sob esse ângulo, o dolo e sua comprovação (nos casos do artigo 9º e 11 da LIA) e a culpa (nos casos do artigo 10 da LIA), ganham absoluta relevância, doutrinária e jurisprudencial.

## **5.2 O dolo sob a perspectiva dos Tribunais Superiores no Brasil**

Após concluir no sentido de que o dolo constitui elemento essencial para configuração da improbidade a ser sancionada por violação aos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, impõe salientar como o tema é decidido nos Tribunais Superiores, especialmente no âmbito do STJ, dotado de atribuição constitucional para interpretar e aplicar, em última instância, Leis Federais, dentre as quais se encontra a Lei de Improbidade.

A análise da jurisprudência sobre o tema deve se concentrar sob dois aspectos: o primeiro, relativo à prova do elemento volitivo do dolo, ou seja, das circunstâncias que revelariam, sob a perspectiva jurisprudencial, a existência do dolo e; em segundo lugar, de que tipo de dolo seria necessário para a configuração da improbidade.

Sobre o tema, ainda na doutrina de Fábio Medina Osório (2010), o dolo se revela por circunstâncias concretas, específicas do caso investigado, onde a autoridade judiciária deverá perquirir, profundamente, como o ato foi constituído, como se comportaram as autoridades públicas envolvidas na atuação estatal, se houve má-fé ou qualquer circunstância reveladora de justificativas razoáveis para a adoção de uma determinada conduta:

Quando se percebem sinais de má-fé, ou de ignorância inescusável e grosseira, emergem sinais de atuação dolosa. [...] O dolo de que se cogita aqui é mais sutil, sofisticado, delineando posturas autoritárias, prepotentes, vingativas, rancorosas ou simplesmente estúpidas. (OSÓRIO, 2010, p. 250).

É certo, ainda, que o dolo deve ser comprovado durante a instrução do processo judicial, sendo ônus do Ministério Público ou de qualquer legitimado para interposição da ação de improbidade.

O STJ, na linha dos precedentes que serão abordados nesse trabalho, além de considerar o dolo como requisito essencial dos atos de improbidade previstos nos artigos 9º e 11 da LIA, assenta que o dolo não está condicionado somente ao resultado ilegal ou danoso decorrente da conduta do agente público, mas sim na análise da sua própria conduta e que a ilicitude da conduta do agente deve ser relevante juridicamente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO. PROVA DIABÓLICA: EXIGÊNCIA DE FATO NEGATIVO, POR ILÓGICO QUE PAREÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REQUISITO DA MÁ-FÉ. ACÓRDÃO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ POR ENTENDER INDISPENSÁVEL A DEMONSTRAÇÃO DO DOLO. VIOLAÇÃO AO ART. 11, DA LEI 8.429/92 RECONHECIDA.

1. O Tribunal a quo não demonstrou a presença do indispensável elemento subjetivo do agente; pelo contrário, assentou, expressamente, que a existência de má-fé na negativa do fornecimento das informações não é relevante, importando, apenas, que não foi cumprida uma decisão judicial transitada em julgado; essa orientação não tem o abono jurisprudencial do STJ, que exige o dolo como elemento da conduta, para submeter

legitimamente o infrator às iras do art. 11 da Lei 8.429/92.

2. Caso entenda-se que o dolo está no resultado, pode-se dizer que todo resultado lesivo será automaticamente doloso; no entanto, certo é que o dolo está na conduta, na maquinação, na maldade, na malícia do agente, sendo isso o que deve ser demonstrado e o que não foi, no caso em apreço.

3. O ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: de minimis non curat Praetor.

4. Agravo Regimental a que se nega provimento. (BRASIL, AgRg no REsp 968.447/PR, 2015a).

Assim, adota o STJ, para configuração do dolo, a doutrina de Fábio Medina Osório (2010), no sentido de que:

A nota da gravidade do ato agressor, a dimensão da lesão e o elemento subjetivo serão sempre avaliados. É a decisão expressa do legislador que assinala constituir improbidade administrativa determinada transgressão legal, abreviando os caminhos do intérprete. (OSÓRIO, 2010, p. 226).

De fato, o dolo deve ser compreendido e analisado com base na conduta dos agentes públicos envolvidos no suposto ato de improbidade, além da dimensão do dano provocado.

Mas esse “dano”, como se verá, não tem qualquer relação com danos econômicos provocados ao erário, mas danos ao bem jurídico tutelado pela norma de proibição da conduta.

Segundo a jurisprudência que se firmou no STJ, o dolo exigido para configuração da improbidade é do dolo “genérico” e não o dolo “específico”:

[...] 5. É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé [...] (BRASIL, REsp 1660398/PE)

Mas o que significa, em feitos práticos, essa distinção entre dolo “genérico” e doo “específico”?

Infelizmente, o STJ trilhou maus caminhos nessa diferenciação.

Após o Tribunal ter definido pela exigência do dolo para a configuração da

improbidade, nos casos envolvendo o artigo 9º e 11, passou-se a discutir qual o conceito de dolo a ser exigido nesses casos.

A 2ª Turma do STJ, no precedente 765.212/AC, foi a primeira a se posicionar sobre essa diferenciação entre dolo “genérico” e dolo “específico”, seguida pela 1ª Seção do STJ, através do (BRASIL, Resp 951.389/SC, 2011b).

De fato, nesses dois casos, houve debate do que seria o dolo exigido para a configuração da improbidade, tendo os precedentes posteriores do STJ apenas repetido essa distinção feita entre dolo “genérico” e dolo “específico”, exigindo-se apenas a presença do primeiro para configuração do ato de improbidade.

Em outro precedente, o Ministro Mauro Campbell Marques fixou entendimento de que as condutas descritas no artigo 11 da LIA não admitiam culpa, somente dolo. Fixou também como seria o dolo, nesses casos de improbidade: “O dolo compreende necessariamente o conhecimento e o querer (vontade). Como se sabe, entretanto, dentro desta perspectiva, existem dois tipos de dolo: direto (imediate ou mediato) e eventual.” (BRASIL, REsp 1164881 / MG 2010d).

No caso do artigo 11 da LIA, o voto do Ministro apontou que o dolo deve ser caracterizado independentemente da finalidade da conduta do agente público, afirmando que a norma não exige qualquer elemento subjetivo especial: “não há qualquer elemento subjetivo especial na tipologia, vale dizer, não é preciso que, para caracterizar a improbidade, o agente busque qualquer finalidade a mais além do próprio objetivo reprovável” (BRASIL, REsp 1164881 / MG 2010d).

Assim, conclui seu voto, que foi adotado como paradigma jurisprudencial sobre o tema até os dias de hoje no STJ:

[...] fica nítido que para este último é despicienda a busca por uma finalidade diferente da violação aos deveres nele colocados. É por isso que também não é correto exigir a presença de dolo específico. Basta o dolo lato sensu (direto - resultado querido e aderente à ação - ou eventual - risco de produção do resultado). (BRASIL, REsp 1164881 / MG 2010d).

A Ministra Eliana Calmon, ao aderir a tese de que não há possibilidade jurídica de impor qualquer tipo de pena ao gestor público objetivamente (responsabilidade objetiva), acena também pela inexigibilidade de dolo específico para configuração da improbidade:

Conforme ressaltado nos votos já proferidos, inviável a aplicação da responsabilidade objetiva às condutas previstas na Lei de Improbidade

Administrativa, uma vez que o elemento subjetivo é requisito do princípio da culpabilidade, presente no Direito Administrativo Sancionador. Pensar de forma diversa seria o mesmo que penalizar os agentes públicos por qualquer insucesso da máquina administrativa, mesmo nos casos em que seus dirigentes atuem rigorosamente sob os ditames legais. [...] Assim, após refletir sobre os posicionamentos apresentados nos judiciosos votos até então proferidos, filio-me à tese inaugurada pelo Ministro Mauro Campbell, e posteriormente aderida pelo Ministro Relator, no sentido de que é necessária a configuração de dolo *lato sensu*, que, consoante explica no seu voto, é o dolo "direto - resultado querido e aderente à ação - ou eventual - risco de produção do resultado. (BRASIL, REsp 765.212/AC 2010c).

Quando do julgamento do Respe 951.389/SC pela 1ª Seção do STJ, confirmaram-se os enunciados jurisprudenciais advindos do precedente da 2ª Turma do STJ, já mencionado, ficando assentado que o dolo necessário para a condenação seria aquele advindo, nos dizeres da Ministra Eliana Calmon, da: "manifesta vontade dos réus em realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública, fazendo incidir na espécie o disposto no art. 11 da LIA." (BRASIL, Resp 951.389/SC, 2011b).

Percebe-se que há total abstração ao não exigir, para a condenação por improbidade, a prova do dolo "específico", ou seja, aquele que, além da subsunção da conduta ao tipo descrito na norma proibitiva, compreenda o especial fim de agir do agente público improbo.

Na verdade, os precedentes que fixaram essa regar da exigência do dolo "genérico" foram fixados em casos que debatiam a incidência do artigo 11 da LIA, que trata de violação aos deveres de lealdade, legalidade, dentre outros descritos no caput do referido artigo. De fato, a violação ao artigo 11 não exige qualquer resultado finalístico.

No entanto, essa característica ínsita aos casos do artigo 11 da LIA, que orientou o STJ a firmar jurisprudência no sentido de exigência de dolo "genérico", não deve, por óbvio, se estender indevidamente para outros casos de improbidade previstos no artigo 9º e 10, onde a conduta deve visar resultado finalístico: o enriquecimento ilícito, no primeiro caso e; dano ao erário, no segundo caso.

Feitas essas considerações sobre o dolo, será abordada, a seguir, a conduta culposa, para fins de improbidade administrativa.

### **5.3 A atuação culposa e seus reflexos na configuração da improbidade administrativa: o artigo 10 da LIA**

A jurisprudência do STJ afastou a tese da responsabilidade objetiva, bem como reconheceu que as condutas previstas no artigo 9º e 11 da LIA só seriam puníveis mediante a prova da conduta dolosa, ainda que na modalidade “dolo genérico”. Nesse sentido, sublinha-se o estudo das condutas previstas no artigo 10 da LIA, que expressamente prevê a condenação por improbidade quando o ato causa lesão ao erário, nos casos dolosos e culposos.

Como já pontuado anteriormente, não seria preciso que o legislador infraconstitucional regulamentasse, através da Lei de Improbidade Administrativa, a obrigação de reparação por danos pelo agente público que agisse com culpa e provocasse danos ao erário: essa possibilidade já existia desde a Lei de Ação Popular, quanto da Lei de Ação Civil Pública.

Assim, bastasse o nexos causal entre o dano e a culpa de natureza civil, relativa à negligência, imperícia e imprudência, não haveria necessidade da edição da Lei de Improbidade Administrativa prever, além da obrigação de indenizar, a imposição de severas penas de improbidade.

No caso, para efeitos de improbidade, não basta a configuração da culpa “civil”, mas sim culpa de características “administrativas”, que deverá ser apurada não sobre critérios civilistas, mas sobre critérios voltados ao direito administrativo.

Fixado que a melhor doutrina e jurisprudência aderiram à responsabilidade subjetiva dos agentes públicos para efeitos de condenação por improbidade administrativa, caberá sempre ao Poder Judiciário fazer criteriosa investigação sobre a conduta dos agentes públicos envolvidos no suposto ato de improbidade, investigando como o ato foi praticado, quais as circunstâncias fáticas que antecederam ao ato, quais foram os fatores jurídicos e administrativos que justificaram determinada conduta dos agentes estatais, ou seja, compreender os aspectos jurídicos, circunstanciais e administrativos que envolviam a atividade estatal imputada com ímproba.

Essa criteriosa investigação já se mostra absolutamente essencial nos casos dolosos, é ainda mais valiosa dos casos envolvendo a conduta culposa, porque a culpa compreende uma série de variantes culturais, intelectivas e, ainda, de graus de gravidade, sempre tendo por perspectiva - para a improbidade - que trata-se da

culpa "administrativa", referenciada acima.

Destaca-se, de início sobre o tema, que a Lei de Improbidade, como é voz corrente na jurisprudência e na doutrina, não visa punir o administrador inábil ou despreparado: mas essa mesma doutrina e jurisprudência não são assertivas ao definir que tipo de conduta culposa é censurável com a pecha de ímproba.

Por culpa "administrativa" deve se exigir mais do que imprudência, imperícia ou negligência. Deve, o Poder Judiciário, ter profundo senso de adequação de sua atividade, aos padrões de governança e gestão pública, pois é evidente que - a todo momento - há prejuízo ao erário praticado por gestores mal preparados, mal assessorados e que agem e administram por absoluto instinto.

O Poder Judiciário, naturalmente aristocrático, deve compreender que o regime democrático instituído permite a eleição de qualquer brasileiro alfabetizado, maior de 18 anos e com gozo dos direitos políticos. De outro modo, a capacidade eleitoral passiva consiste no direito público subjetivo de ser votado para cargos eletivos. Diante da possibilidade do cidadão de se candidatar para uma eleição, o §3º do art. 14 da CRFB/1988, em complementação às demais disposições acerca da capacidade eleitoral, determina as condições de elegibilidade, que, quando atendidas, permitem a posse e exercício do cargo político.

Portanto, o Poder Judiciário, com a perigosa prerrogativa de considerar ímprobo qualquer conduta culposa que cause prejuízo ao erário, ganhou protagonismo indevido na gestão pública.

Nas palavras de Marcelo Casseb Continentino (2015), esse protagonismo tem explicação histórica, pois – ao analisar a evolução do judiciário brasileiro – destaca que, por ter inicialmente atribuições limitadas, o Poder Judiciário foi ampliando seus poderes jurisdicionais, até chegar ao modelo de controle de constitucionalidade vigente na atualidade:

não haveria como desenvolver-se o controle judicial em face da concepção semântica do princípio da separação dos poderes e da imagem social negativa que atingia os magistrados em geral. Outro era o modelo constitucional de referência segundo o qual o princípio da separação dos poderes foi estática e rigidamente assimilado, determinando-se ao Poder Judiciário atribuições institucionais bastante limitadas (CONTINENTINO, 2015, p. 413).

Importante atentar que o controle de constitucionalidade, antes limitado aos atos legislativos, desenvolveu-se para controle de constitucionalidade de atos

administrativos, podendo culminar com imposição de penas de improbidade caso o Poder Judiciário entenda que determinada conduta violou deveres impostos no artigo 11 da LIA.

Há, portanto, gradativo, mas acentuado avanço das atribuições jurisdicionais sobre outros poderes.

Esse protagonismo do Poder Judiciário traz, também, evidentes transtornos, decorrentes dos excessos, devendo moderar sua compreensão sobre os contornos administrativos, jurídicos e circunstanciais que envolvem a tomada de decisão pelo gestor público, ainda mais se considerados os casos de atuação culposa para efeitos de incidência da improbidade.

Tendo o modelo constitucional outorgado esse poder legítimo ao Judiciário, não pode esse exercê-lo sem compreender a atividade estatal desenvolvida pelas outras esferas de Poder, notadamente o Poder Executivo.

O preenchimento e exercício das funções estatais no Legislativo e no Executivo não obedecem aos mesmos requisitos aristocráticos do Poder Judiciário. Significa dizer: o órgão judicial, ao se deparar com um caso de imputação de conduta ímproba, especialmente na modalidade culposa, não pode perder de vistas que não há - na democracia - exercício de mandato pelos melhores ou mais preparados, mas o governo dos eleitos.

Essa digressão ao regime de acesso aos cargos públicos eletivos no Poder Executivo e Legislativo é necessária para justificar, no que se refere à improbidade administrativa, de que o Poder Judiciário deve avaliar com *grano salis* a conduta culposa dos agentes públicos.

Assim, Fábio Medina Osório (2010, p. 231) aponta - na sua obra já citada - que a LIA não visa punir qualquer erro de gestão ou mesmo omissão ou ação culposa que cause dano ao erário: “Insista-se que a culpa não se confunde com o erro profissional. Daí por que a jurisprudência pode mencionar que a LGIA não pune o “inábil” mas o desonesto.”

Adverte, o autor, que essa assertiva deve ser compreendida no sentido de que, sendo o erro uma atividade normal em qualquer atividade humana, o Poder Judiciário deverá observar se o erro praticado pelo agente público esta inserido em uma margem razoável, considerado o contexto administrativo, social e cultural em que o ato foi praticado.

De fato, destaca que interpretação equivocada na LIA pode ensejar a punição de qualquer erro administrativo que cause dano ao erário, defendendo o referido autor, ser absolutamente equivocada a interpretação judicial que encampa essa possibilidade, a saber:

Essa assertiva, tão explorada por alguns setores, há de ser compreendida. O administrador "inábil", no dizer do acórdão aqui em comento, significa o que erra dentro das margens de erro profissional. A LGIA não pode, realmente, punir todo e qualquer erro dos gestores públicos, sob pena de se consagrar como espúria e manifestamente injusta, até mesmo draconiana, para usarmos uma expressão em voga. Porém, o fato de não alcançar a mera inabilidade dos agentes públicos não retira da LGIA a legítima possibilidade de proibir e sancionar comportamentos gravemente culposos, dentro de um esquema de tipicidade montado sobre as bases da legalidade e da segurança jurídica. (OSÓRIO, 2010, p. 239).

Nesse trabalho, que busca compreender os efeitos da convalidação ou anulação dos atos administrativos ilegais para a configuração da improbidade administrativa, essa distinção é absolutamente necessária, pois será demonstrado que essa atuação corretiva das condutas tidas como inicialmente culposas, ao contrário do que se poderia compreender inicialmente, comprova a ausência de culpa.

Isso se dá porque a culpa denominada "administrativa" não está vinculada à culpa sob os moldes da responsabilidade civil, relacionando-se com aspectos inerentes ao exercício da função administrativa, só podendo ser considerada para efeitos de improbidade aquela de natureza grave, como bem defende Fábio Medina Osório (2010), ainda que fazendo paralelo com a culpa advinda do direito romano:

Há que se ter em conta a valoração jurídico-administrativa da culpa, Há muitos graus de negligência. Já o direito romano tratava da culpa em diversas modalidades. É certo que a culpa grave é uma categoria superior, que traduz a violação grosseira ou especialmente intensa dos deveres objetivos de cuidado. A culpa grave resulta da alta violação dos deveres objetivos de cuidado. Não tratamos, com efeito, de um ato de observância qualquer dos deveres de uma boa administração, mas de enganos grosseiros, da culpa manifesta e graduada em degraus mais elevados, à luz da racionalidade que se espera dos agentes públicos e de padrões objetivos de cuidado. (OSÓRIO, 2010, p. 281).

Dai porque conclui-se que a culpabilidade "administrativa" deve levar em consideração o contexto social e cultural que envolve o ato inquinado de ímprobo, não podendo o Poder Judiciário perder de vistas que cargos públicos, especialmente os eletivos, não exigem comprovação de aptidão para desempenho.

Espera-se que se comportem, os eleitos, com a "racionalidade que se espera dos agentes públicos", a que se refere o autor.

Essa "racionalidade" não é objetiva e é natural que sejam eleitos agentes políticos mais ou menos preparados para a gestão da coisa pública. Há gestores preparados que enfrentam grandes desafios administrativos e que, ainda sim, incidirão em atos administrativos ilegais e que trarão prejuízos ao erário.

Por outro lado, há gestores mal preparados que agirão com negligência e imperícia, mesmo nos casos de simples solução administrativa. Essa compreensão da natureza do exercício das funções eletivas deverá nortear sempre o Poder Judiciário:

Também os componentes pessoais do sujeito desempenham um papel importante na qualificação do grau de reprovação do fato proibido, cada vez mais presentes no ato interpretativo que define e institucionaliza normas sancionatórias. As características pessoais do agente, sua posição funcional, seus interesses, seu papel no marco do funcionamento da Administração Pública podem ter lugar como elementos relevantes desde a perspectiva do modelo normativo de conduta proibida, no plano institucional concreto, ainda que não venham expressas nos dispositivos pertinentes. (OSÓRIO, 2010, p. 245).

O gestor público eleito para um cargo do Poder Executivo, por óbvio, não tem como conhecer - ainda que devidamente capacitado intelectualmente - todas as intrincadas matérias técnicas e jurídicas que estarão sobre sua responsabilidade, como aquelas relacionadas, por exemplo, à gestão financeira e orçamentária, as questões envolvendo licitações e contratos, concessão de serviços públicos, direitos e deveres dos servidores públicos, gestão e prestação de contas de convênios, gestão da prestação de serviços públicos essenciais à população e parcerias com entidades do terceiro setor, só para citar alguns exemplos.

Sendo evidentes os desafios impostos ao gestor público, é natural que se cerque de assessores de sua confiança e que compreenda capazes de auxiliá-lo no enfrentamento dessas questões técnicas. São os casos de nomeações e delegações de responsabilidade e de atribuições no Poder Público:

Ainda no tocante à posição do agente em face do ato ilícito, cabe sinalizar que situação interessante surge quando o sujeito alega que delegou competência a terceiros e que, portanto, não poderia ser responsabilizado, eis que não estaria a ocupar a posição de imputável no caso concreto. Esta é não apenas uma tese defensiva, mas uma realidade na praxe administrativa, muito usual, até corriqueira, que não pode ser desprezada pelos operadores jurídicos, menos ainda pelo ordenamento jurídico passivo,

tanto em suas vertentes expressas quanto em suas vertentes implícitas. (OSÓRIO, 2010, p. 246).

Portanto, mais um desafio é posto frente ao Poder Judiciário e da doutrina, quando a imputação da improbidade administrativa decorre dos casos em que eventual conduta culposa advém da delegação de poderes e atribuições pelo agente público.

O primeiro problema a ser enfrentado pela doutrina e jurisprudência, nesses casos, e configura-se como barreira intransponível para a imputação de responsabilidade, refere-se a atos praticados por terceiros, ainda que nomeados ou escolhidos pela autoridade a que se imputa a improbidade.

O segundo problema refere-se à possibilidade de imputação de conduta culposa *in eligendo*.

A imputação de ato ímprobo culposos, decorrente de atos delegados a terceiros, é absolutamente incabível, pois decorre da ausência de responsabilização objetiva, assunto do qual já tratado anteriormente. Mas não só por isso.

A imposição de qualquer pena, especialmente as de improbidade, decorre da individualização da conduta de cada agente público envolvido no ato de improbidade.

A culpa, no caso, não pode advir do simples fato de que, com eventual delegação de funções ou nomeação de terceiros para prática do ato administrativo reputado ilegal, o agente público pode ser responsabilizado pelo ato ilegal praticado pelo nomeado ou delegado. É nesse sentido a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO DESCRIÇÃO DA EFETIVA PARTICIPAÇÃO DO PREFEITO NO CRIME DENUNCIADO. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DO DECISUM AGRAVADO. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada atrai a incidência do Enunciado Sumular 182 desta Corte Superior.

2. Ainda que assim não fosse, vale destacar que a peça vestibular acusatória não descreveu, suficientemente, como teria ocorrido a participação do denunciado no possível crime de apropriação indébita previdenciária.

3. "O simples fato de o réu ser ex-Prefeito do Município não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados durante seu mandato, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua condição de gestor da municipalidade, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva" (HC 53.466/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 22/05/2006)

4. Se a inicial acusatória não descreve minimamente as condutas delituosas

supostamente praticadas, ela é considerada inepta, pois impede o exercício da ampla defesa pelo acusado, que deve se defender dos fatos narrados, ainda que sucintamente, na exordial.

5. Agravo regimental não conhecido.  
(BRASIL, REsp 1166311/MG, 2012a)

A questão da responsabilidade ganha ainda maiores contornos quando a atuação administrativa que se reputa ilegal decorre de tomada de decisões de alta complexidade técnica e jurídica.

#### **5.4 A tomada de decisões de alta complexidade técnica e jurídica**

Importante registrar que o Direito Administrativo e as boas práticas de governança, públicas ou privadas, recomendam a delegação de funções e responsabilidades, até mesmo porque, já lembrado, a Administração Pública envolve uma série de responsabilidades e competências que indicam o necessário agrupamento de pessoas que detenham as mais variadas experiências nas matérias que são diariamente tratadas pelo Poder Público, a exemplo das matérias orçamentárias, financeiras, jurídicas, relativas a serviços públicos essenciais e outras tantas já mencionadas nesse trabalho.

Daí porque a doutrina reconhece a possibilidade de delegação de competências, a saber:

Aceita-se que determinadas matérias sejam objeto de delegação de competências, transferindo-se, nesses casos, igualmente, ao menos uma boa parcela das responsabilidades. Essa possibilidade decorre da dinâmica veloz das atividades e estruturas administrativas, cuja sofisticação e complexidade dos problemas passaram a demandar crescentes níveis de descentralização interna nos atos decisórios. (OSÓRIO, 2010, p. 246).

Nos casos colocados à apreciação do STJ, aquele Tribunal entendeu que, justamente por essa miríade de competências técnicas, age com prudência o gestor público que se porta de acordo com os pareceres técnicos que lhe são encaminhados, registrando que não haverá qualquer ato culposo por negligência, imperícia ou imprudência se o gestor público age de acordo com essas recomendações técnicas. Nesse sentido, precedente relevante sobre esse tema:

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO DEVIDAMENTE

DEMONSTRADO.  
INEXISTÊNCIA DE DOLO APTO A CARACTERIZAR A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. O juízo acerca da ilegalidade do ato tido como ímprobo, sem a devida demonstração do elemento subjetivo dos agentes públicos, não é suficiente para a condenação por improbidade administrativa (precedentes idênticos).

2. É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade. (BRASIL, REsp nº 827.445/SP, 2010e).

3. A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos. (BRASIL, REsp nº 997.564/SP, 2010f).

4. Agravos regimentais providos. (BRASIL, AgRg no REsp 1065588/SP, 2011a).

Assim, o STJ, além de reconhecer não haver conduta ímproba por parte do gestor que, compartilhando e delegando responsabilidades, age de acordo com as recomendações técnicas que lhe são sugeridas, reconhece que o gestor público, ao revés, só poderia ser imputado de ímprobo se não houvesse seguido as recomendações de seus órgãos técnicos.

A questão colocada é mais grave do que parece: o STF, em precedente da lavra do Ministro Marco Aurélio, tem manifestação jurisprudencial no sentido de que, nas matérias envolvendo licitações e contratos, o parecer jurídico não só deve ser observado pelo agente político, mas como tem caráter vinculativo.

Constou do precedente do Supremo Tribunal Federal:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (BRASIL, MS 24584/DF, 2008b).

Há precedente ainda mais relevante sobre o tema, também STF, cuja ementa é esclarecedora sobre a importância - seja de natureza vinculativa ou mesmo

opinativa - dos pareceres jurídicos a embasar e subsidiar decisões administrativas dos agentes políticos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (BRASIL, MS 24631, 2008c).

Assim, agindo o administrador público de acordo com recomendações técnicas e jurídicas, como extrair conduta culposa se, da adoção das condutas juridicamente recomendadas, houve prejuízo ao erário?

Infelizmente, apesar dos posicionamentos do STJ e STF sobre a ausência de conduta ilegal do gestor público que age conforme recomendação dos órgãos técnicos de assessoria e de delegação, os fóruns e Tribunais estão abarrotados de ações civis públicas contra agentes políticos que encampam, em suas condutas, aquelas recomendadas por seus assessores, sendo certo que muitas vezes esses mesmos órgãos de assessoria são acionados judicialmente.

Há casos em que advogados são acionados pela emissão de pareceres jurídicos com os quais não concordam os membros do parquet, sendo que, no entanto, a jurisprudência não tem aderido a essa tese, que mais se assemelha a um ato de censura acerca do pronunciamento profissional do advogado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE REJEITA A PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO CABÍVEL.

JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NESTA CORTE. PARECER EQUIVOCADO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ. INVIOLABILIDADE DOS ATOS E MANIFESTAÇÕES. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL QUE SE IMPÕE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

1. Consoante a jurisprudência pacificada desta Corte, impende ressaltar ser cabível interposição de agravo de instrumento contra a decisão que recebe parcialmente a ação de improbidade administrativa, determinando a exclusão de litisconsortes, em razão do processo prosseguir em relação aos demais réus.

2. A existência de indícios de irregularidades no procedimento licitatório não pode, por si só, justificar o recebimento da petição inicial contra o parecerista, mesmo nos casos em que houve a emissão de parecer opinativo equivocado.

3. Ao adotar tese plausível, mesmo minoritária, desde que de forma fundamentada, o parecerista está albergado pela inviolabilidade de seus atos, o que garante o legítimo exercício da função, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 8.906/94.

4. Embora o Tribunal de origem tenha consignado o provável equívoco do parecer técnico, não demonstrou indícios mínimos de que este teria sido redigido com erro grosseiro ou má-fé, razão pela qual o prosseguimento da ação civil por improbidade contra a Procuradora Municipal configura-se temerária. [...]

5. Recurso especial provido em parte para reformar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença a fim de rejeitar liminarmente o pedido inicial em relação à Recorrente.

(BRASIL, REsp 1454640/ES, 2015b).

Felizmente não é só o Poder Judiciário que vem repudiando essa tese de responsabilidade culposa por delegação.

O Tribunal de Contas da União (TCU) também tem manifestações nesse sentido. Há, naquele Tribunal Administrativo, precedente que contorna, com exatidão, o problema envolvendo conduta culposa, em que houve dano ao erário: trata-se de uma obra de um hospital, no Município de Araguari, em que se constatou, ao seu final, haver vários erros na execução da obra.

Houve imputação de responsabilização do Prefeito à época, por ter sido negligente, por ter causado dano ao erário, já que o hospital, para sua correta utilização, precisaria passar por uma série de adequações técnicas. Trata-se do Acórdão n. 11822/2016 do TCU, Relator Ministro João Augusto Ribeiro Nardes.

O TCU entendeu que não caberia qualquer responsabilidade ao Prefeito, porque as questões técnicas relativas aos defeitos da obra não seriam de sua responsabilidade técnica, bem como todos os pagamentos à empreiteira da obra eram feitos após engenheiro responsável pela obra atestar sua qualidade. Reconheceu, na oportunidade, não haver qualquer omissão por parte do Chefe do

Poder Executivo.

Consta da decisão:

Entendo que seria de demasiado rigor entender exigível do prefeito que conferisse o trabalho executado pelo diretor de engenharia e pelo secretário de obras da municipalidade. Lembro que as irregularidades que comprometeram a integridade da obra são eminentemente técnicas e de difícil percepção por um leigo, como a construção do reservatório de água em altura abaixo da especificada, comprometendo todo o sistema de hidrantes do hospital, instalação de reservatório subterrâneo de água com capacidade inferior à originalmente estimada, execução do telhado com telhas de qualidade inferior, ausência de cobertura de policarbonato, execução de pé direito do hospital abaixo do contratado.

No precedente, o TCU enfrentou, também, a questão da culpa quanto à nomeação do engenheiro responsável pela fiscalização da obra, concluindo que, também não poderia impor responsabilidade ao Prefeito, pois ele nomeou alguém tecnicamente capacitado para fazer a fiscalização da obra (engenheiro formado) e não poderia ser responsabilizado pelo fato desse técnico não ter desempenhado suas funções corretamente:

Também não há fundamento para a condenação do ex-prefeito por culpa in elegendo. Não há nos autos elementos que permitam a conclusão de que, à época da indicação, as pessoas escolhidas pelo gestor não detinham capacidade para o exercício de seu mister, ou que o gestor tivesse conhecimento de fatos desabonadores de suas condutas.

Assim, a questão da culpa, como se demonstrou, não pode ser compreendida – para efeitos de improbidade administrativa – como no direito civil, devendo o Poder Judiciário agir com especial cautela na configuração do ato ímprobo nesses casos, sabendo valorar a culpa no contexto administrativo em que os atos inquinados de ilegais foram praticados. (BRASIL, Acórdão n. 11.822, 2016)

No caso de licitações e contratos, matéria sujeita a alterações doutrinárias e jurisprudenciais, o gestor público - já se ressaltou - está condicionado ao recomendado no parecer jurídico, de caráter vinculativo como decidiu o STF. Há precedente, também do STJ, sobre o tema, em caso que envolveu aditivo contratual, aprovado por parecer jurídico e pelo Tribunal de Contas, circunstâncias que levaram à improcedência dos pedidos de condenação do agente público envolvido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERMOS DE ADITAMENTO AO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SUPOSTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DAS CONDUTAS ÍMPROBAS.

1. Ação civil pública intentada por Ministério Público Estadual com o intuito de obter reparação de prejuízos causados ao erário por supostos atos de improbidade administrativa, que teriam decorrido da assinatura de termos de aditamentos relacionados ao contrato administrativo 10/LIMPURB/95, em

possível desacordo com as disposições da Lei 8.666/93.

2. Aponta-se as seguintes ilegalidades: (i) alteração de valores contratuais estimativos, em desacordo com o limite de 25% previsto no artigo 65, § 1º; (ii) modificação dos prazos de pagamento previstos no edital (segundo termo de aditamento); (iii) inclusão de serviços da mesma natureza dos já contratados, mas não constantes do contrato originário; (iv) pagamento por serviços supostamente não prestados.

3. Acórdão recorrido que, com base exclusivamente na constatação da ilegalidade dos termos de aditamento, imputou aos réus a conduta culposa prevista no artigo 10 da Lei 8.429/92, bem como determinou a aplicação das penas previstas no artigo 12 da mesma lei.

4. Para que se configure a conduta de improbidade administrativa é necessária a perquirição do elemento volitivo do agente público e de terceiros (dolo ou culpa), não sendo suficiente, para tanto, a irregularidade ou a ilegalidade do ato. Isso porque “não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.” (REsp n. 827.445-SP, relator para acórdão Ministro Teori Zavascki, DJE 8/3/2010).

5. No caso concreto, o acórdão recorrido, ao concluir que os desvios dos ditames da Lei 8.666/93, por si só, seriam suficientes para a subsunção automática das condutas dos demandados aos tipos previstos na Lei de Improbidade, não se desincumbiu de aferir a culpa ou dolo dos agentes públicos e terceiros, que são elementos subjetivos necessários à configuração da conduta de improbidade.

6. Ademais, observa-se que, na hipótese, a aplicação da Lei de Improbidade encontra-se dissociada dos necessários elementos de concreção, na medida em que sobejam dos autos pareceres do Tribunal de Contas Municipal, bem como diversos pronunciamentos técnicos provenientes de vários órgãos especializados da administração, todos convergentes quanto à possibilidade de assinatura dos termos de aditamento e baseados em interpretação razoável de dispositivos legais.

7. Imputar a conduta ímproba a agentes públicos e terceiros que atuam respaldados por recomendações de ordem técnica provenientes de órgãos especializados, sobre as quais não houve alegação, tampouco comprovação, de inidoneidade ou de que teriam sido realizadas com intuito direcionado à lesão da administração pública, não parece se coadunar com os ditames da razoabilidade, de sorte que seria mais lógico, razoável e proporcional considerar como atos de improbidade aqueles que fossem eventualmente praticados em contrariedade às recomendações advindas da própria administração pública.

8. A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos.

9. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, providos, para julgar-se improcedentes os pedidos iniciais, nos termos da fundamentação do voto, considerando-se prejudicados os demais temas discutidos nos autos. (BRASIL, REsp nº 997.564/SP, 2010e).

Constatou-se, portanto, que nas questões de complexidade técnica e jurídica, a existência de recomendações de órgãos técnicos ou de pareceres jurídicos retiram, por completo, o dolo ou a culpa do agente público, ainda que da decisão tomada haja prejuízo ao erário.

## 5.5 O problema da violação de princípios enquanto tipos sancionadores da improbidade administrativa

Como já abordado, atentar contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, constitui improbidade administrativa. Essa é a previsão do caput do artigo 11 da Lei Federal n. 8.429/92, que descreve nos seus incisos, hipóteses em que esses deveres seriam violados pelo agente público.

Abre-se, com esse tipo sancionador, grande espaço para o arbítrio do Poder Judiciário, especialmente no que tange à punição ao ato considerado “imoral”.

A discussão sobre a coerção legal da moralidade de Herbert Lionel Adolphus Hart (1987), é essencial para a compreensão do que a sanção de improbidade por atos que constituem violação dos “deveres” de observância a princípios significa. Para o autor, o desenvolvimento do Direito sempre foi influenciado pela moral. Afirma, ainda, que essa influência determinou o curso do Direito, algumas vezes de forma lenta e furtiva e, em outras vezes, de forma ostensiva e abrupta, influenciando o processo legislativo.

Essa percepção é compartilhada pela ampla doutrina, reconhecendo na moral um forte componente de formação e desenvolvimento do Direito.

No entanto, o caso do artigo 11 da LIA é outro: a não observância dos deveres de respeito aos princípios passa a ser sancionada. Assim, a “moralidade” deixa de ser um elemento constitutivo do Direito para ser, sua inobservância, um tipo sancionado pelo Poder Judiciário!

Herbert Lionel Adolphus Hart (1987), ao debater o tema, propõe as seguintes reflexões:

O fato de que determinada conduta seja considerada imoral, de acordo com padrões comuns, é suficiente para justificar sua punição pela lei? É moralmente tolerável a imposição da moralidade, em si mesma? Deve a imoralidade ser tratada como um ilícito? (HART, 1987, p. 33)

A observância a princípios constitucionais é imposição constitucional dirigida aos agentes públicos, na linha do que prescreve o artigo 37, *caput* da CRFB/1988. Trata-se de imposição constitucional de eficácia imediata, direcionada a todos aqueles que tratam da coisa pública, em todos os níveis da atuação estatal e dirigida a todos os Poderes.

Portanto, a imposição de sanções pela Lei de Improbidade àqueles que agissem com inobservância desses princípios, seria consequência lógica dessa imposição constitucional? Esse não parece ser a melhor resposta ao tema.

Não há dúvidas no sentido de que os princípios elencados no artigo 37 da CF/88 devem nortear a atividade da Administração Pública e de seus agentes, de modo a indicar que, na perspectiva de seus atos, devam buscar prestigiar referidos princípios.

Por outro lado, reverbera sobre o Poder Judiciário a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de determinados atos administrativos que violem o artigo 37 da CF/88, devendo essa atuação ter como limite a própria matriz constitucional da separação dos poderes.

Assim, se reconhece a força normativa desses princípios e a possibilidade de atuação corretiva do Poder Judiciário quando houver violação dos mesmos.

No entanto, a imposição de sanções de cunho pessoal, limitadoras de direitos fundamentais dos agentes públicos, com base em violação de deveres de observância de princípios mostra-se absolutamente inconstitucional, especialmente quando se refere à moral.

Há, sobre essa perspectiva sancionadora, a concepção de “moralidade legal”.

Herbert Lionel Adolphus Hart (1987), destaca que na Inglaterra os órgãos incumbidos da persecução penal, passaram a se valer de precedente que outorgava à Corte Real, a prerrogativa de censura dos atos imorais: “Tudo quanto seja contra *bonos mores at decorum* está proibido pelos princípios de nosso direito, e a Corte real, como censora e guardiã geral da moralidade pública, esta autorizada a conhecer e punir.” (HART, 1987, p. 36)

Para Herbert Lionel Adolphus Hart (1987), o Caso Shaw - que deu origem ao precedente acima - teve por consequência a ideia de que juízes e Tribunais pudessem funcionar como guardiães gerais dos costumes. Assim, qualquer ato poderia ser punido, caso o órgão julgador o considerasse imoral.

A previsão de punição, de sanção, ao agente público que atue de forma a “violar” os princípios da “moralidade”, “honestidade”, “imparcialidade”, “legalidade”, e “lealdade às instituições”, mostra-se por demais abstrata, circunstancial, que não permite ao agente público sequer ter ideia da ilicitude de determinada conduta.

Esse alto grau de incerteza, de imprecisão, de abstração sobre a ilicitude de determinada conduta que importará na imposição de sanções tão graves revela, no

entender do pesquisador, sua inconstitucionalidade.

Ainda que se reconheça a observância a esses princípios seja essencial para o desenvolvimento institucional do país e que o constituinte vinculou a atuação dos agentes públicos à sua observância, não significa que, sob a perspectiva jurídico-filosófica, seja constitucional impor sanções tão graves a condutas dotadas de alto grau de abstração, generalidade e incerteza, possibilitando a sanção decorrente de processos interpretativos quase infinitos.

A sanção, para ser constitucionalmente adequada, deve decorrer da violação de uma previsão normativa positivada, que discipline conduta específica que seja vedada.

Essa conduta vedada deve ser previamente conhecida pelo destinatário na sanção, para que compreenda – sob todos os aspectos – qual a conduta ilícita a ser sancionada, caso nela incida.

Assim, para aplicação de uma sanção, deve preexistir uma norma que defina, de forma clara e objetiva, quais são os fatos puníveis.

Isso não ocorre no caso do *caput* do artigo 11 da Lei 8.429/92.

Os princípios, conforme reconhece o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, são conceitos universais ou orientações universalizáveis de justiça, expressos uma ordem objetiva de valores (*objektive Wertordnung*) e, nesse contexto, são normas jurídicas dotadas de alto grau de generalidade.

Para Ronald Dworkin (2002), os princípios são normas defectivas, sem possibilidade, portanto, de aplicação imediata. Faltam, os princípios, clareza na hipótese de incidência, pois limitam-se ao estabelecimento de bens a serem protegidos ou fins jurídicos a serem alcançados.

Mesmo sobre a visão de Robert Alexy (1988), princípios são mandamentos de otimização, ou seja, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Portanto, sob toda a perspectiva, sancionar com ato de improbidade por não observância de princípios – por mais importantes que sejam – significa sancionar condutas sem qualquer grau de previsibilidade, o que não encontra respaldo no devido processo legal.



## 6 O PROCESSO DE REVISÃO E CONTROLE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Após tratar sobre a possibilidade, tida por obrigatoriedade em determinados casos, de convalidação dos atos administrativos ilegais e, não sendo possível, de anulação dos seus efeitos, é preciso abordar em quais condições, de tempo e espaço, essa convalidação ou anulação acontecerão.

O STF, ao reconhecer, pela Súmula 473, o poder de autotutela, não disciplinou em quais condições o Poder Público deveria exercer esse processo revisional.

Nesse trabalho adota-se a perspectiva que há pouquíssimos limites de tempo e espaço ao processo revisional, contrariando até mesmo jurisprudência do STJ que já impôs, em precedente do caso SIVAM, limites indevidos a esse processo revisional:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL AÇÃO POPULAR VISANDO ANULAÇÃO DE CONTRATO PROJETO SIVAM FALTA DE PREQUESTIONAMENTO (SÚMULA 282/STF) VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE (SÚMULA 284/STF) REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS (SÚMULA 5/STJ) REVOLVIMENTO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO (SÚMULA 7/STJ) CONVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS IMPOSSIBILIDADE DIANTE DE IMPUGNAÇÃO JUDICIAL CONDIÇÃO DA AÇÃO POPULAR LESIVIDADE COMPROVAÇÃO.

1. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem, contudo, indicar com precisão em que consiste a omissão, contradição ou obscuridade do julgado.

2. Não se conhece do recurso especial, por ausência de prequestionamento, se a matéria trazida nas razões recursais não foi debatida no Tribunal de origem (Súmula 282/STF).

3. Impossível a esta Corte se pronunciar sobre questão que exige revolvimento da matéria fático-probatória dos autos e de disposições contratuais (Súmulas 5 e 7/STJ).

4. Inexiste error in iudicando ou ausência de motivação no acórdão recorrido, pois o Tribunal de origem apreciou minuciosamente os elementos dos autos, considerando, inclusive, os fatos novos, em fundamentação robusta.

5. Somente são passíveis de convalidação os atos da Administração que não foram impugnados administrativa ou judicialmente.

6. Tem a ação popular como requisito a lesão ao patrimônio público e a outros bens, como estabelecido constitucionalmente (art. 5º, inciso LXXIII) 7. Recurso da RAYTHEON COMPANY conhecido em parte e, nessa parte, improvido e recursos da UNIÃO, da FUNDAÇÃO APLICAÇÕES DE TECNOLOGIAS CRÍTICAS - ATECH e de MAURO JOSÉ MIRANDA GANDRA parcialmente conhecidos e, nessa parte, providos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 719548 / PR, 2008a).

Para chegar a esse entendimento, logrou a Ministra Relatora de citar doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo, sobre o tema. Consta do Acórdão:

Com efeito, convalidar o contrato defeituoso depois de sua impugnação com sucesso pelo Judiciário é o mesmo que dizer ao administrador que está ele autorizado a assim proceder para posterior correção pelo Estado-Juiz. Como adverte o Professor Celso Antônio Bandeira de Melo, in Curso de Direito Administrativo (8ª ed., Malheiros. São Paulo: 1996):  
A convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. Este suprimento pode derivar de um ato da Administração ou de um ato do particular afetado pelo provimento viciado. Quando promana da Administração, esta corrige o defeito do primeiro ato mediante um segundo ato o qual produz de forma consonante com o Direito aquilo que dantes fora efetuado de modo dissonante com o Direito. Mas como uma particularidade: seu alcance específico consiste precisamente em ter efeito retroativo. O ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos. A providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado. É claro, pois, que só pode haver convalidação quando o ato possa ser produzido validamente no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato. Só são convalidáveis atos que podem ser legitimamente produzidos. A Administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração e não do dever de obediência à ordem jurídica. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 719548 / PR, 2008).

No que se refere ao precedente, há duas observações importantes a fazer, para que o precedente não seja indevidamente invocado para limitar a possibilidade de convalidação dos atos, mesmo após sua impugnação administrativa ou judicial. No caso, a relatora Ministra Eliana Calmon considerou que a medida judicial visando a ilegalidade do ato administrativo já havia disso declarada, com “sucesso”, pelo Poder Judiciário: já havia, portanto, pronunciamento judicial sobre a ilegalidade do ato administrativo.

O segundo ponto a ser abordado é que, ainda que se admita a impossibilidade revisional após já declarada a ilegalidade do ato administrativa pelo Poder Judiciário, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo, citada no Acórdão, não parece ser a mais adequada, pois como comprovou-se, o dever de convalidar atos administrativos ilegais persiste mesmo após a impugnação administrativa e judicial.

Com essas considerações, passa-se à análise sobre onde esse processo revisional ocorre, abordando-se o processo administrativo, o inquérito civil, a Ação Civil Pública e a Ação Popular.

Isto porque quanto ao tempo, a única barreira a ser enfrentada é a da prescrição. Sobre o tema, as considerações de Miguel Reale (1968):

Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando da inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela. Desde o famoso “affaire chochet”, é esta a orientação dominante no Direito francês, com aplausos de Maurice Hauriou, que bem soube por em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos. (REALE, 1968, p. 72).

Com efeito, a necessidade de se garantir a estabilidade das relações jurídicas dos administrados com a Administração Pública fez surgir o conceito de “prescrição administrativa”, já de longa data presente na jurisprudência do STJ:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. PRECLUSÃO ADMINISTRATIVA.

I – O ato administrativo conta com a retratabilidade que poderá ser exercida enquanto dito ato não gerar direitos a outrem. Ocorrendo a existência de direitos, tais atos são atingidos pela preclusão administrativa, tornando-se irretratáveis por parte da própria administração.

II – É que, exercitando-se o poder da revisão de seus atos, a Administração tem que se ater aos limites assinalados na lei, sob pena de ferir o direito líquido e certo, o que configura ilegalidade e ou abuso de poder.

III – Segurança concedida. (BRASIL, MS 9/DF, 1989, p. 18453)

No mesmo sentido, são as lições de José Joaquim Gomes Canotilho (1993) ao tecer comentários sobre a necessidade de proteção da confiança, da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados, como princípios constitucionais fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Vejamos:

Na actual sociedade de risco cresce a necessidade de actos provisórios e actos precários a fim de a administração pode reagir a alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo dos novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de articular-se com salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se conta a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1993, p. 264-265).

Deste modo, não se pode ignorar que o poder/dever de revisão da Administração Pública também está sujeito à prescrição, sendo de se impor à Administração Pública que, após elevado lapso temporal, respeite as situações consolidadas, social e juridicamente, pelo decurso do tempo.

A legislação brasileira estabeleceu regras de prescrição para o exercício de atividades administrativas específicas, adotando o prazo de cinco anos como lapso temporal a partir do qual prescrevem certas pretensões ou direitos da Administração, exercitáveis contra seus agentes ou administrados, conforme pode ser verificado nos seguintes casos, citados a título de exemplo:

Ação Disciplinar: para a punição de servidor com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão. Lei 8.112/1990, artigo 142, I a;

Ação Punitiva: da Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia. Lei 9.873/1999, artigo 1º;

Sanções Administrativas: por infrações cometidas no exercício de atividades de abastecimento de combustíveis. Lei 9.847/1999, artigo 13, § 1º;

Direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário. Lei 5.172/1966, artigo 173; e

Direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários. Lei 9.784/99, artigo 54; (BRASIL, 1990).

Em todos esses casos, o legislador fixou prazo para a prescrição de pretensões exercitáveis pela Administração na esfera administrativa. Tendo em vista o limite de prazo para que a Administração possa rever seus próprios atos, desconstituindo ou modificando situações jurídicas anteriores, temos que todos os preceitos legais convergem *para* o prazo prescricional de cinco anos.

Inicialmente, a Lei Federal nº 9.873/99 que “estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências”, dispõe em seu art. 1º que:

Art. 1º. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.(BRASIL, 1999b).

Neste mesmo sentido, a Lei Federal nº 9.784/99 também estabelece limite temporal de cinco anos para que a Administração Pública possa rever seus próprios atos e rever situações jurídicas consolidadas, *in verbis*: “Art. 54. O direito da

Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaem em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.” (BRASIL, 1999a).

O prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto Federal nº 20.910/1932 também é de 05 (cinco) anos:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem. (BRASIL, 1932).

João Mendes de Almeida Júnior faz uma síntese dos fundamentos que justificam a aplicação do instituto:

1º) a necessidade de fixar as relações de direito incertas, suscetíveis de dúvidas e contestações, impõe a conveniência de encerrar a incerteza em um lapso de tempo determinado; 2º) a presunção de estar extinto o direito protegido pela ação resulta da natural suspeita de que o titular do direito tenha deixado por tanto tempo de exercer a sua ação, se o próprio direito já não estivesse extinto por qualquer maneira cuja prova não existe mais; 3º) a punição da negligência do autor, razão essa que Savigny considera, não como motivo positivo de prescrição, mas como uma resposta à alegação de injustiça da instituição; (ALMEIDA JÚNIOR apud MATTOS, 2002, p. 1160).

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini (1995):

[...] qualquer medida, tomada por quem quer que seja, depois do prazo prescricional, não tem como ser válida. Por outro lado, transcorrido o prazo prescricional, o ato, embora viciado, torna-se definitivamente intocável no âmbito da Administração Pública.

Atente-se que, se não prescrita a via judicial, o ato ou o comportamento viciado pode ser atacado no Judiciário.

A prescrição consuma-se com o escoamento do prazo legal, e, na falta desse, cremos que o prazo deve ser o mesmo instituído pelo art. 1º do Decreto Federal nº 29.910/32. (GASPARINI, 1995, p. 538).

Essa também é a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003):

Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de Direito Público, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal explícita, não haveria razão prestante para distinguir entre a Administração e administrados no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações (MELLO, 2003, p. 907).

Neste particular, Maria Sylvia Di Pietro (2001):

Se a Administração adotou determinada interpretação como correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. [...] Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo. (DI PIETRO, 2001, p. 85).

Assim, a prescrição administrativa há muito vem sendo reconhecida pela doutrina, sendo que a jurisprudência também acompanha esse posicionamento, conforme se depreende do Mandado de Segurança n. 20.069, do Supremo Tribunal Federal, quando o Ministro Moreira Alves asseverou:

No direito administrativo positivo do Brasil, a regra, em matéria de prescrição da pretensão punitiva da Administração Pública, é a da sua prescritibilidade [...] não há como pretender-se que a imprescritibilidade continue a ser o princípio geral, por corresponder ao escopo da sanção administrativa, ou seja, o interesse superior da boa ordem do serviço público [...] em matéria de prescrição em nosso sistema jurídico, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que falar em jus singular e uma vez que a regra é a da prescritibilidade. (BRASIL, 1977).

A jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais também já se firmou no sentido da prescritibilidade dos atos administrativos, quando da análise do Processo nº 101.215. Na oportunidade, o Conselheiro Simão Pedro Toledo também aplicou o instituto da prescrição nos seguintes termos:

O tempo decorrido desde a autuação dos processos nesta Corte até a presente data, sem nenhuma citação ou intimação ao jurisdicionado, dificulta a obtenção de documentação comprobatória por parte do responsável, inviabilizando a comprovação da regular aplicação dos recursos recebidos. Em consequência e ao fundamento da segurança jurídica, não seria possível a condenação de qualquer gestor por omissão ou emissão de outro juízo sobre estes atos após mais de uma década da ocorrência dos fatos. (MINAS GERAIS, 2008).

O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou sobre o tema durante o julgamento do Recurso Especial nº. 751.832/SC, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ART. 1º DA LEI N. 9.873/99. PRAZO QUINQUENAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO VINTENÁRIO

PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL. [...]

3. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia, regulado por normas administrativas. A aplicação princípio lógico da isonomia, por si só, deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.

4. Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal n. 9.873/99, que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal, colocou uma pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º, caput: 'Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. [...] 6. Outrossim, as prescrições administrativas em geral quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto n. 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada 'in casu'. [...] (BRASIL, RE nº. 751.832/SC, 2006b)

Assim, ocorrendo à prescrição no âmbito administrativo, verifica-se a irretratabilidade dos atos praticados pela própria Administração Pública, pois o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 realizou ponderação em abstrato entre o dever de a Administração Pública anular atos ilegais e o princípio da proteção da confiança, tendo como critério principal o fator "tempo".

Porém, não basta o decurso do prazo de cinco anos para que o princípio da proteção da confiança inviabilize a reversão de expectativa legítima criada por decisão judicial.

Ao contrário, o art. 54 da Lei n. 9.784/1999 é expresso em condicionar a aplicação da prescrição quinquenal à boa-fé do beneficiário. O art. 55, da mesma lei, prevê expressamente a possibilidade de convalidação dos atos pela própria Administração, desde que não acarrete lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, *in verbis*:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração. (BRASIL, 1999a).

O Princípio da Segurança Jurídica encontra-se de forma implícita no texto constitucional, porém, encontramos o mesmo princípio de forma expressa no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa,

contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL, 1999a).

Referido princípio visa proteger as expectativas do cidadão, ou seja, o gestor público deve pautar-se nos atos pretéritos da administração pública, que criaram expectativas nos administrados, possibilitando preservar a segurança jurídica e a boa-fé.

Estabelecidos esses aspectos relativos ao limite temporal para revisão do atos administrativos, aborda-se onde esse poder revisional pode ser exercido.

## **6.1 Processo administrativo**

O processo administrativo revisional é, por excelência, abrigo processual mais adequado para que o Poder Público possa exercer, sempre com participação dos agentes privados e públicos diretamente envolvidos no ato ou decisão administrativa, seu poder revisional.

Isto porque há legislação federal regulamentando este processo revisional, estipulando procedimentos, impondo critérios e estabelecendo balizas para o devido processo legal administrativo. Destaca-se que é comum entes federados também, à luz do que disciplina a Lei Federal n. 9.784/99, estabelecer legislação para aplicação local, sempre com objetivo de regulamentar esse processo administrativo revisional.

A Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que estabelece regras para o processo administrativo a nível federal prevê expressamente esse processo revisional, destacando, já no seu artigo 2º, a preocupação com a segurança jurídica, conforme consta do caput do mencionado artigo:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL, 1999a).

Destaca-se, que a própria regulamentação federal prevê, em seu artigo 50, inciso VIII, que o processo revisional deverá sempre ser motivado, tanto fática como juridicamente:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. (BRASIL, 1999a).

Além de prever o prazo de prescrição para revisão do ato administrativo, como já ressaltado, o legislador federal também consagrou a obrigatoriedade de convalidação dos atos administrativos nos casos de não lesão ao interesse público, nem nos que haja prejuízo a terceiros, a saber: “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.” (BRASIL, 1999a).

## 6.2 Inquérito civil e criminal

O inquérito civil e o inquérito criminal, instaurados respectivamente pelo Ministério Público e pela autoridade policial tem o condão de investigar a possível prática de atos ilegais e que tenham conotação de responsabilidade cível ou criminal dos agentes públicos.

Esses inquéritos, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem caráter inquisitivo, investigatório e, nesse contexto, não há necessariamente contraditório, a saber:

Agravo regimental. Inquérito. Diligências. Requerimento pelo Ministério Público. Deferimento, desde logo, pelo Relator. Admissibilidade. Pretendida manifestação prévia da defesa a respeito desse requerimento e dos documentos que o instruíram. Descabimento. Inaplicabilidade do princípio do contraditório na fase da investigação preliminar. Impossibilidade de a defesa controlar, ex ante, a investigação, restringindo os poderes instrutórios do relator do feito. Direito de ter acesso às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório. Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal. Recurso não provido. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório. Precedentes. 2. Não cabe à defesa controlar, ex ante, a investigação, de modo a restringir os poderes instrutórios do relator do feito para deferir, desde logo, as diligências requeridas pelo Ministério Público que entender pertinentes e relevantes para o esclarecimento dos fatos. 3. Assim, carece de fundamento a pretensão de que seja concedida à investigada a oportunidade de se manifestar previamente sobre relatório de análise de informações bancárias e requerimento de diligências com base nele formulado pelo Ministério Público Federal. 4. A Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal assegura ao defensor legalmente constituído do investigado o direito

de pleno acesso ao inquérito, desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito (BRASIL, HC nº 93.767, 2014a; BRASIL, Inq 3387 AgR, 2016a).

No entanto, nada impede que o agente público, cientificado na existência de um inquérito cível ou criminal utilize-se do mesmo para exercer sua atividade revisional, caso se convença da necessidade de convalidação ou anulação dos atos investigados.

Em muitos casos, o agente público toma ciência da possível ilegalidade de sua conduta através da instauração destes inquéritos, nada impedindo que exerça o poder revisional a partir da instauração das investigações, comunicando as autoridades que as presidem dos seus atos e decisões, tudo a ser sopesado, como já se abordou nesse trabalho, como forma de verificação da real intenção do agente, ou seja, na limitação de sua responsabilidade pela conduta dolosa ou culposa.

Evidentemente, a decisão do agente público sobre a convalidação ou anulação do ato administrativo não vincula a autoridade que preside as investigações, que poderá propor as ações que achar convenientes mesmo após cientificado do exercício do poder revisional.

### **6.3 Ação civil pública**

Não há dúvida que eventual ato de improbidade pode ser discutido nos autos de Ação Civil Pública, proposta na forma da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 (BRASIL, 1985), podendo ser proposta pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela União, os estados, municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações interessadas, desde que constituídas há pelo menos um ano.

Na mesma linha da ação popular, a Ação Civil Pública pode ter por objeto a proteção de interesses da coletividade.

A utilização de ações desta natureza para discussão de atos de improbidade tornou-se rotina, mas há algumas considerações acerca da má utilização desta para fins de improbidade.

O primeiro destaque refere-se à adequação da mesma quando já ultrapassado o prazo prescricional de que trata o artigo 23 da LIA. De fato, a prescrição dos atos de improbidade administrativa é diverso da prescrição da própria ação civil pública:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; (grifo nosso) (BRASIL, 1992).

Dessa forma, não há como confundir a suposta imprescritibilidade de ressarcimento ao erário e a prescrição quinquenal para ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa (art. 23, I da LIA).

O ressarcimento integral do dano, como uma das consequências do ato de improbidade, de fato compatibiliza-se com as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 a serem aplicadas ao responsável.

Entretanto, embora possa subsistir o direito ao ressarcimento como pena a ser imposta ao agente público, não é de admitir-se o prosseguimento da Ação Civil Pública por suposto ato de improbidade somente com o objetivo do ressarcimento, quando já ultrapassado o prazo prescricional do artigo 23 da Lei de Improbidade.

Eventual ressarcimento ao erário deverá ser buscado, autonomamente, em ação própria, e não no bojo da ação de improbidade atingida pela prescrição, em atenção ao que dispõe o artigo 37, §5º da CF/88.

Assim, prescrita a pretensão da ação de improbidade administrativa, não há com propor ação civil pública com o objetivo exclusivo de condenar o agente público ao ressarcimento integral do dano.

Ou seja, ainda que se entenda que se possa, a qualquer tempo, pleitear o ressarcimento ao efetivo dano ao erário, o ressarcimento pleiteado via ação de improbidade administrativa somente será possível se respeitado o prazo prescricional legal.

A jurisprudência do STJ ratifica tal entendimento a partir de elucidativo julgado de sua Primeira Turma:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. PROSSEGUIMENTO PARA OBTER

EXCLUSIVAMENTE O RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. INADEQUAÇÃO. NECESSIDADE DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO AUTÔNOMA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1 [...] Efetivamente, nos termos do caput do art. 23 da Lei 8.429/92, a prescrição prevista na referida norma atinge as "ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas", ou seja, as sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei de Improbidade Administrativa não podem ser aplicadas em decorrência de ato de improbidade administrativa caso configurado o prazo prescricional, salvo o ressarcimento de danos causados ao erário. Entretanto, tal conclusão não permite afirmar que a ação civil de improbidade, na qual seja reconhecida a configuração da prescrição, possa prosseguir exclusivamente com o intuito de ressarcimento de danos, pois, em princípio, seria inadequado admitir que a mencionada sanção subsistiria autonomamente sem a necessidade do reconhecimento de ato de improbidade administrativa. 6. Portanto, configurada a prescrição da ação civil de improbidade administrativa prevista na Lei 8.429/92, é manifesta a inadequação do prosseguimento da referida ação tão-somente com o objetivo de obter ressarcimento de danos ao erário, o qual deve ser pleiteado em ação autônoma. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (BRASIL, RESP 200501999380, 2009).

O tema ganha maior relevância após o Supremo Tribunal Federal ter decidido, em processo de Repercussão Geral, que prescrevem as ações de reparação de danos ao erário, decorrentes de ilícitos cíveis:

Ementa: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL, RE 669069/MG, 2016c).

A Repercussão Geral foi assim reconhecida:

Ementa: ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA RESSALVA FINAL PREVISTA NO ARTIGO 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário no qual se discute o alcance da imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário prevista no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. (BRASIL, RE 669069/RG, 2016c).

Assim, configurada a prescrição da ação civil de improbidade administrativa prevista na Lei 8.429/92, é manifesta a inadequação do prosseguimento da referida ação que busca aplicação do art. 12 da Lei de Improbidade e o rito previsto em seu art. 17, com o objetivo de obter ressarcimento de danos ao Erário, o qual deve ser pleiteado em ação autônoma e sem a invocação das penas e do próprio rito da Lei

de Improbidade.

O segundo destaque, sobre a utilização da Ação Civil Pública para fins de improbidade administrativa, é que seu prazo prescricional – ainda que não haja previsão na Lei Federal n. 7.347/85 – é de 05 (cinco) anos, por aplicação analógica da Lei da Ação Popular. É o que decidiu o STJ:

à minguada de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia legis, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositivo. (BRASIL, REsp 909446 / RN, 2010a).

O terceiro destaque é que, compreendida a ação civil pública com um instrumento de tutela de interesses coletivos, com aplicações gerais do Código de Processo Civil, o STJ reconheceu, recentemente, aplicar à Ação Civil Pública o disposto no artigo 19 da Lei da Ação Popular, sujeitando as sentenças de improcedência dos pedidos ao duplo grau de jurisdição:

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUSAS COM SUCUMBÊNCIA DA UNIÃO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. MICROSSISTEMA DE DIREITOS COLETIVOS. PREVISÃO DE REMESSA OFICIAL NA LEI DE AÇÃO POPULAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CABIMENTO.

1. Trata-se de Ação de Improbidade Administrativa julgada improcedente, cuja sucumbência para União não ultrapassa o valor de 60 (sessenta salários mínimos).

2. É patente a possibilidade de utilização da lei de regência da Ação Popular (Lei 4.717/1965) como fonte do microssistema processual de tutela coletiva, prevalecendo, inclusive, sobre disposições gerais do Código de Processo Civil. A existência dos microssistemas processuais em nosso Ordenamento Jurídico é reconhecida em diversas searas de direitos coletivos, de forma que os seus instrumentos podem ser utilizados com o escopo de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

2. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei 4.717/1965, as sentenças de improcedência de Ação Civil Pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/5/2009).

3. Julgada improcedente Ação de Improbidade Administrativa, há necessidade de remessa oficial, independente do valor da sucumbência.

4. Agravo Interno a que se nega provimento.

(BRASIL, AgInt no REsp 1379659/DF, 2017b)

Por fim, cabe ressaltar que a nova concepção do Código de Processo Civil, em prestígio à composição amigável entre as partes, aplicável inclusive à Fazenda Pública e ao Ministério Público, trouxe nova compreensão sobre a possibilidade do agente público – nos autos de uma ação civil pública – antes mesmo de instrução

sobre seu grau de culpabilidade, rever seus atos. É que aplicam-se tais disposições do novo Código de Processo Civil às Ações Cíveis Públicas, sendo certo que o Poder Judiciário (e os litigantes, em especial) deverá ter nova concepção sobre a busca pela solução do litígio, sendo certo que a revisão dos atos administrativos, através de sua anulação e convalidação, poderá ser adotada mesmo no transcorrer de uma Ação Cível Pública de improbidade administrativa.

#### 6.4 Ação popular

A CRFB/1988, através do artigo 5º, inciso LXXIII, legitimou qualquer cidadão a buscar – no Poder Judiciário – o controle dos atos administrativos em que haja ilegalidade, desvio de finalidade, moralidade, impessoalidade ou qualquer outro princípio basilar da Administração Pública. Vejamos:

Art. 5º [...]

LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência. (BRASIL, 1988).

Assim, o cidadão, enquanto sujeito e objeto da atividade administrativa, tem legitimidade – reconhecida constitucionalmente – para judicialmente defender o interesse coletivo. José dos Santos Carvalho Filho, assim leciona:

Outro instrumento relevante de tutela jurisdicional é a ação popular, contemplada no art. 5º, inc. LXIII, da vigente Constituição. Anteriormente só direcionada à tutela do patrimônio público econômico, passou a tutelar, mais especificamente, outros bens jurídicos de inegável destaque social, como meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural e a moralidade administrativa. Pela ação popular, regulamentada pela Lei nº 4.717/65, qualquer cidadão pode deduzir a pretensão de anular atos do Poder Público contaminados de imoralidade administrativa. (CARVALHO FILHO, 2006)

Acompanha este raciocínio o Prof. José Afonso da Silva (2016), para quem

a ação popular consiste num instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e da moralidade. (SILVA, 2016, p. 157-158).

Por sua vez, o art. 1º da Lei nº 4.717/65 (LAP) (BRASIL, 1965), também legitima o cidadão a pleitear a anulação ou a nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou que afrontem o princípio da moralidade. Houve, portanto, evidente recepção pela CRFB/1988, do disposto na Lei da Ação Popular.

Daí a pertinência da Ação Popular como meio adequado para se anular e coibir ato administrativo totalmente contrário aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública:

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESSUPOSTOS. ILEGALIDADE. LESIVIDADE.

1. A ação popular é meio processual constitucional adequado para impor a obediência ao postulado da moralidade na prática dos atos administrativos. 8. "Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato impugnado" (STF, RE 160381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.08.94, p. 20052). 9. "O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a administração pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e histórico" (STF, RE 120.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.08.99, p. 16). 10. "... o entendimento de que, para o cabimento da ação popular, basta a demonstração da nulidade do ato administrativo não viola o disposto no artigo 153, parágrafo 31, da Constituição, nem nega vigência aos arts. 1º e 2º da Lei 4.717/65, como já decidiu esta Corte ao julgar caso análogo (RE 105.520) (RE 113.729/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 25.08.89, pg. 13558). 11. Antes mesmo de promulgada a vigente Carta, o STF orientou-se no sentido de que para cabimento da ação popular basta a demonstração da nulidade do ato, dispensada a da lesividade, que se presume (RTJ 118, p. 17 e 129, p. 1.339" (Milton Flaks, in "Instrumentos Processuais de Defesa Coletiva", RF 320, p. 34). 12. [...] ultimamente a jurisprudência têm se orientado no sentido de que basta a demonstração da ilegalidade, dispensada a da lesividade, que se presume" [...] Ilegalidade reconhecida. Lesividade presumida. [...] (BRASIL, EREsp 14868 / RJ, 2005a)

Neste sentido:

Em última análise, a finalidade da Ação Popular é a obtenção da correção nos atos administrativos ou nas atividades delegadas ou subvencionadas pelo Poder Público. Se, antes, só competia aos órgãos estatais superiores controlar a atividade governamental, hoje, pela Ação Popular, cabe também ao povo intervir na Administração, para invalidar os atos que lesarem o patrimônio econômico, administrativo, artístico, ambiental ou histórico da comunidade. Reconhece-se, assim, que todo cidadão tem direito subjetivo ao governo honesto. Os direitos pleiteáveis na Ação Popular são de caráter cívico administrativo tendentes a repor a Administração nos

limites da legalidade e a restaurar o patrimônio público de desfalque sofrido. Por isso mesmo, qualquer eleitor é parte legítima para propô-la como, também, para intervir na qualidade de litisconsorte ou assistente do autor, ou mesmo, para prosseguir na demanda se dela desinteressar-se o postulante originário (art. 6º, § 5º). (MEIRELLES, 2005, p. 139).

No mesmo sentido das observações já apresentadas no que se refere à Ação Civil Pública, por integrar a Ação Popular o mesmo “microsistema de proteção ao interesse coletivo”, deve ser valorado, quando da manifestação jurisdicional de legalidade ou ilegalidade da conduta do agente público, o exercício do poder revisional, de modo a afastar a ilegalidade se sua conduta, devendo ser ressaltado, ainda, que a Ação Popular não tem por objeto a condenação por atos de improbidade administrativa, na linha da jurisprudência do STJ:

[...] AÇÃO POPULAR OU AÇÃO CIVIL PÚBLICA 3. Em debates orais proferidos na sessão de julgamento da Segunda Turma do STJ no dia 17.3.2016, procurou-se definir se os presentes autos seriam uma Ação Popular que teria sido convertida em Ação Civil Pública. Diante do exposto, esclareço: a) depreende-se da leitura do acórdão proferido no julgamento da Apelação às fls. 1.018-1.024 e 1.011-1.016, e-STJ, que o Tribunal local manifestou de forma expressa que a presente demanda seria tão somente uma Ação Popular; b) o argumento de que estaríamos diante de uma Ação Civil Pública, em vez de Ação Popular, não foi levantado ou debatido na origem, nem sequer chegou a ser suscitado pelos recorrentes, que se restringiram a questionar alguns dos pedidos formulados pelos recorridos (o que será devidamente tratado na análise dos Recursos Especiais); c) no julgamento dos Embargos de Declaração (fls. 1.112-1.116, e-STJ), o Tribunal a quo esclareceu que somente houve condenação dos réus à indenização por danos provocados ao patrimônio público, decorrente da ilegalidade dos contratos celebrados, em conformidade com a Lei 4.717/1965, e afastou o acolhimento dos demais pedidos, que estariam previstos na Lei 8.429/1992, como suspensão dos direitos políticos e perda da função pública, por falta de legitimidade dos autores, o que demonstra, mais uma vez, que os presentes autos tratam tão somente de Ação Popular. In verbis: "mesmo que o serviço tenha sido adequadamente realizado, ficou configurada a lesividade, com a violação de bens morais e materiais da administração pública, diante da ampliação do objeto da ação popular, com a defesa da moralidade administrativa e a disciplina da improbidade administrativa", "não é possível o acolhimento total dos pedidos iniciais, tendo em vista a não integração do pólo passivo por todos os beneficiários dos atos, nem a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública por falta de legitimidade dos autores" e "a solução encontrada foi a de acolhimento parcial para que seja reconhecida a ilegalidade dos contratos celebrados, por ultrapassarem a permissão legal, sem que sejam declarados nulos, convalidando seus efeitos sobre os contratados que trabalharam e foram pagos, tão só para reconhecer a lesividade dos atos praticados pelos réus, e impor a eles a condenação por danos ao patrimônio público, na modalidade de danos morais, pois infringidas a moralidade e a legalidade pública" (fls.1.115-1.116, e-STJ). [...]  
(BRASIL, REsp 798679 / RJ, 2017d)

De fato, a busca pela condenação por atos de improbidade administrativa, com todos os seus efeitos, na forma da Lei 8.429/92, não deve se dar no bojo de Ação Popular, pois apesar de também ter por objeto a busca pela declaração de ilegalidade ou lesividade de determinado ato administrativo do agente público, não tem como objeto a aplicação as penas de improbidade, que requer procedimento próprio, inclusive quanto à legitimação, a saber:

[...] 2. O autor popular carece de legitimidade ativa para pleitear a condenação de qualquer pessoa por ato de improbidade administrativa: essa legitimidade pertence somente ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada (art. 17 da Lei 8.429/92).

[...]

5. Nos casos em que o ajuizamento da Ação Popular tem como objeto a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, a comprovação de lesão material ao Erário é prescindível. (BRASIL, REsp 986752 / RS, 2012b; BRASIL, AgRg nos EDcl no REsp 1096020 / SP, 2010g)

6. A ofensa à moralidade administrativa objeto de Ação Popular atrela-se, muitas vezes, ao movel do administrador, nos casos em que suas intenções desvirtuam-se dos interesses públicos.

[...] (BRASIL, REsp 1071138 / MG, 2013c).



## **7 OS EFEITOS DA REVISÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA SOBRE A CONFIGURAÇÃO DA IMPROBIDADE**

A aplicação de sanções, especialmente as que envolvem restrições de caráter personalíssimo, como as previstas na Lei de Improbidade Administrativa, decorrem, na opinião do Professor da Universidade de Columbia e penalista americano, George P. Fletcher, de uma filosofia política e moral, cujo principal problema reside na justificação do uso do poder coercitivo do Estado contra pessoas autônomas e livres.

Daí porque o Direito Penal - ou qualquer outro ramo do direito dotado de caráter sancionatório - deve, na visão de Hart, fixar claramente o desvalor da ação proibida e sujeitar o autor desta ação a uma pena adequada à sua culpabilidade.

A partir da percepção de que a imposição de sanções que limitam direitos fundamentais dos cidadãos deve ser justificada, proporcional à culpabilidade, advinda de violação de conduta indubitavelmente ilegal e desonesta, esse capítulo destina-se a analisar os efeitos da atividade revisional administrativa e seus efeitos sobre a configuração da improbidade administrativa.

### **7.1 A interpretação judicial dos atos posteriores ao cometimento da improbidade: a restauração da legalidade como forma de afastar a imputação por ato de improbidade**

No decorrer deste trabalho, abordou-se a obrigação do Poder Público em restaurar a legalidade e preservar os efeitos dos atos ilegais através da convalidação ou, não sendo essa cabível, pela anulação dos atos administrativos.

Em outro momento, dedicou-se a analisar, sob enfoque jurisprudencial, os requisitos para a configuração da improbidade administrativa, sendo que comprovou-se que o STJ admite, para fins de improbidade, a atuação culposa do agente apenas nos casos de dano ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92), reputando essencial o dolo nos casos de enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei 8.429/92) e por violação aos deveres (art. 11 da Lei 8.429/92).

Assim, é essencial, para configuração da improbidade, que o Poder Judiciário avalie, para qualquer juízo condenatório de improbidade, a conduta dos agentes públicos, sendo que, para o pesquisador, para efeito de configuração da culpa ou do

dolo, são relevantes seus atos destinados a restauração da legalidade, através da atividade revisional.

Se o agente público exercitou seu poder/dever de rever seus atos, restabelecendo a legalidade, através da convalidação ou da anulação, não pode o Poder Judiciário desprezar essa circunstância, em virtude do dever de fundamentação e racionalidade nas decisões judiciais. Sobre o tema, Reinhold Zippelius nos ensina que:

Para a racionalidade e controlabilidade contribuem também os deveres de fundamentação. Estes devem impedir decisões arbitrárias, isto é, não fundamentadas em termos claros, evidenciando também que foram observadas as vinculações à lei e ao direito e garantindo que qualquer um que seja afetado por uma decisão que lhe seja desfavorável conheça os respectivos fundamentos a fim de poder defender-se adequadamente. Estes deveres de fundamentação não só facilitam às instâncias de controle fiscalizar uma decisão no sentido de saber se ela se fundamenta em considerações lógicas e inteligíveis, mas também obrigam logo as instâncias de decisão a um autocontrole. Estas, ao decidirem e ao ponderarem conflitos de interesses e de opiniões segundo critérios racionais, retiram-lhe a carga emocional, incrementando a capacidade de consenso da decisão e facilitando assim também a sua aceitação pelas pessoas afetadas. Os deveres de fundamentação encontram-se portanto, não só ao serviço do Estado de Direito mas também da legitimidade democrática, especialmente da aceitação e transparência das decisões do Estado. (ZIPPELIUS, apud NOJIRI, 2000, p. 66)

Assim, deve o Poder Judiciário avaliar, através de juízos lógico-jurídicos, os efeitos dos atos revisionais dos agentes públicos, devendo compreender o teor, o mecanismo e o contexto da restauração da legalidade efetivada pelo Poder Público.

Toda manifestação judicial que se negue a analisar as condutas dos agentes públicos, tomadas a fim de restaurar a legalidade, seja através da convalidação, seja através na anulação, não terá sido racional, ou pior, terá negado ao agente público o direito ao devido processo legal.

Como livremente convencer-se o judiciário sobre a culpabilidade (dolo ou culpa) da conduta do agente se não leva em conhecimento sua atuação após tomar conhecimento da ilegalidade de sua conduta? Daí a advertência dos processualistas:

se a verdade pudesse ser resultante das impressões pessoais do julgador, sem atenção aos meios que a apresentam no processo, a Justiça seria o arbítrio e o Direito a manifestação despótica da

vontade do encarregado pela sociedade de distribuí-lo. (SANTOS, 1952, p. 16).

Dáí porque, durante o processo judicial, a comprovação de que o agente público diligenciou na restauração da legalidade é de vital importância para a comprovação do dolo ou da culpa.

Pedro Jorge Costa (2015), em obra que dedicou ao estudo do dolo penal e sua prova, advertiu sobre a dificuldade de se estabelecer meios de prova do dolo:

De logo, chama a atenção que o Código não indica os elementos necessários para que se possa dizer que o agente conheceu algo, quis o resultado ou assumiu o risco de sua produção. Fórmulas demasiadamente genéricas como de conhecimento e vontade de realização do tipo dependem da concreção de seus termos para aplicação prática. (COSTA, 2015, p. 4)

Gunther Jakobs asseverou que a prova de um comportamento subjetivo é sempre de difícil avaliação: “subjetividade de um ser humano [...] nunca é acessível a outro de modo direto, mas sempre por meio de manifestações, [...] objetivações que devem ser interpretadas no contexto das demais manifestações concorrentes.” (JAKOBS apud COSTA, 2015, p. 36)

Assim, se o dolo é exigido para configuração de um ato de improbidade administrativa, especialmente no que se refere àquelas condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, o Poder Judiciário terá que se dedicar a investigar e apontar, para efeitos de condenação, a existência do dolo, desde que devidamente instado pelo Ministério Público, ao qual cabe o ônus da prova da conduta dolosa.

A dificuldade de investigação sobre o dolo envolve elementos empíricos, o que tem levado ao Poder Judiciário a adotar comportamentos inadequados no que tange à prova do dolo, como bem adverte Pedro Jorge Costa (2015):

A própria análise histórica, empreendida nos dois capítulos anteriores, mostra que o problema do conceito do dolo sempre envolveu o da prova de seus componentes empíricos. Efetivamente, as dificuldades probatórias dos elementos empíricos do dolo levaram historicamente: (a) à adoção das presunções de ocorrência de dolo; (b) à aceitação da responsabilidade objetiva, mais ou menos disfarçadas, inclusive por institutos como o *versari in re illicita*; e (c) ao alargamento do conceito de dolo, objetivando-o, mais ou menos conscientemente, como regra de imputação, sobretudo para além do dolo intencional tradicional, o de matriz romana. (COSTA, 2015, p. 156).

Se a conduta ilícita, sobre a perspectiva dos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, depende da comprovação do dolo e este demanda comprovação em juízo, na verdade o Poder Judiciário terá que investigar a “vontade” do agente público envolvido na suposta prática de atos ímprobos, buscando provas ou indícios dessa “vontade” de violar o sistema legal e produzir efeitos nocivos ao Poder Público.

Como destacam Filangieri e Pagano, a vontade do agente é elemento essencial na comprovação do ilícito:

Filangieri, afinal, concebida o delito como violação da lei, acompanhada da vontade de violá-la. Pagano, por sua vez, conceituava o dolo como a vontade de violar a lei e de cometer os delitos por ela descritos. E sendo assim, afirmava que << à falta de tal vontade, a ofensa constituiria desgraça, mas não crime>>. (FILANGIERI; PAGANO apud HORTA, 2016, p. 145-146).

Com já destacado, a prova judicial da vontade de produzir um ato ilegal é de difícil produção, mas há elementos à disposição do Poder Judiciário para que este possa, com a máxima exatidão possível, afirmar a existência da conduta dolosa, como bem adverte novamente Pedro Jorge Costa (2015):

Por meio de prova, entende-se o ato processual pelo qual se introduz no processo elemento de prova ou o instrumento por meio do qual o processo adquire um elemento que serve para a decisão (por exemplo, uma prova testemunhal). Quanto aos componentes materiais do dolo, os principais meios de prova apontados pela doutrina ou historicamente utilizados na prática judiciária foram o recurso a ciência empíricas, a confissão, as presunções e os indícios. (COSTA, 2015, p. 183).

No entanto, o próprio autor reconhece que a confiabilidade do julgador sobre os componentes materiais do dolo deve ser limitada:

Porém, o julgador nunca chegará ao grau de certeza quanto ao conhecido ou querido pelo agente porque é sempre outrem, com sua própria personalidade. Isso constitui mais um motivo para a inevitabilidade do risco de condenação indevida. (COSTA, 2015, p. 170).

Ante essa indiscutível dificuldade em investigar a “vontade” do agente público quando pratica um ato ilegal, ganha especial atenção, para o pesquisador, o comportamento do agente público após advertido sobre a ilegalidade de sua conduta ou do seu ato.

Isto porque a conduta do agente público, após cientificado da ilegalidade de sua conduta, constitui circunstância que deve ser valorada pelo Poder Judiciário para configuração do dolo.

Se há imensas barreiras na investigação sobre indícios, suposições ou presunções que envolvem a prática de um ato ilícito, ocorre de modo diverso nos casos em que se investiga a conduta do agente público após cientificado da suposta ilicitude de sua conduta: geralmente o processo revisional da conduta ou do ato tido por ilícito é formal e sua prova é de fácil constatação.

Essas circunstâncias destinadas à restauração da legalidade não podem deixar de integrar os elementos constitutivos do juízo de culpabilidade desse agente, sob pena de se desprezar conduta que, ao mesmo tempo que impõe maior grau de incerteza sobre o dolo, impõe maior grau de certeza também sobre a boa-fé objetiva: restaurar o estado de legalidade.

O que se pretende, ao defender que essa conduta revisional integre os elementos indicativos da conduta dolosa, é que o Poder Judiciário não despreze a circunstância de que a atividade administrativa compreende, também, essa atividade revisional.

Ou seja: sendo a autotutela um exercício de dever e prerrogativa inerente de quem produziu o ato ou a conduta ilegal, deve ser valorada para efeitos de improbidade administrativa, pois constitui prova da ausência do dolo, nos casos em que a autotutela é praticada pelo mesmo agente que se imputa a improbidade. Deve-se, portanto, analisar a atuação do agente público de forma global, inseridas as circunstâncias fáticas e jurídicas praticadas após o ato ou decisão administrativa que se reputa ímproba.

Dai porque Pedro Jorge Costa (2015), citando Joaquim Hruschka, titular da cadeira de Direito Penal e de Filosofia de Direito da Universidade Friedrich Alexander Erlangen-Nuremberg, adverte sobre a globalidade de um fato em concreto, como forma de analisar a conduta dolosa do agente:

Por outras palavras, a prova do dolo ex re considera a globalidade de um fato concreto e se baseia em suas circunstâncias e natureza específicas, mas não permite afirmar de modo geral que os fatos sejam em sua maior parte dolosos. (HRUSCHKA apud COSTA, 2015, p. 153-154)

Assim, o agente público, tomando ciência da ilicitude de sua conduta e agindo com autotutela, comprova a ausência de dolo: nega manter-se na ilicitude, restaura a legalidade e comprova sua boa-fé objetiva.

Destaca-se que a “ciência da ilicitude da conduta”, que integra o conceito do dolo, ganha aspectos ainda mais especiais quando se trata de assuntos relacionados ao Poder Público, quando há, na maioria das decisões e atos administrativos, dúvidas razoáveis ao homem médio sobre a licitude ou não da conduta. Os limites são, na maioria das vezes, sutis e de controversa interpretação.

O Poder Público está submetido, diuturnamente, a questionamentos razoáveis sobre licitude ou ilicitude de seus atos e decisões, sendo certo que esta “ciência da ilicitude da conduta” deve ser sopesada com maiores critérios pelo Poder Judiciário, pois é comum o “erro de direito”, a que faz referência Frederico Gomes de Almeida Horta (2016), em sua obra:

Tomando como marco de referência a consciência da ilicitude, e considerando a sua importância para a culpabilidade, Beling distingue o dolo da culpa afirmando que aquele << significa reprovar ao autor o fato de não se haver detido ante o pensamento de estar atuando antijuridicamente>>, e esta << reprovar ao autor o fato de desconhecer a antijuridicidade de sua conduta, quando devia não a ter desconhecido>>.7 Consequentemente, o erro de direito tem para Beling a mesma idoneidade do erro de fato para excluir o dolo. (HORTA, 2016, p. 147)

A exclusão do dolo, quando há “erro de direito” ganha maior força quando o agente, confrontado com essa circunstância, restaura a legalidade através da autotutela.

Há, nesses casos, evidente comprovação de que o “erro de direito” é passível de autotutela, sendo que o Poder Judiciário não pode deixar de reconhecer a ausência de conduta dolosa nesses casos, por duplo fundamento: o “erro de direito” e o exercício da autotutela.

Novamente Frederico Gomes de Almeida Horta (2016), citando Figueiredo Dias, aborda esse tema:

Figueiredo Dias bem sintetiza esse traço essencial das teorias do dolo. Ele pontua que, segundo esse grupo de teorias, o agente só deverá responder a título de dolo e, portanto, conforme a moldura penal mais grave prevista para o fato que pratica, quando além de ter

---

<sup>7</sup> BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito tipo. Tradução de Carlos M. De Eliá. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002. p. 72.

representado mentalmente todas as circunstâncias factuais constitutivas do seu comportamento, ele tiver igualmente se dado conta do significado desse seu comportamento para a ordem jurídica, da sua ilicitude, ao menos sob a forma de uma valoração paralela na esfera do leigo. (DIAS apud HORTA, 2016, p. 147)

Assim, para o autor: “todo erro quanto à ilicitude do fato, ainda que inescusável, exclui o dolo, tal como o erro que recaia sobre algum dos elementos constitutivos do delito-tipo.” (HORTA, 2016, p. 150).

Evidentemente, não é qualquer “erro de direito” que exclui o dolo, como adverte Frederico Horta, citando Edmund Mexger, para quem:

embora admita a exclusão do dolo pela falta da atual consciência da ilicitude, não aceita que essa falta favoreça o agente quando derive de uma especial configuração da sua personalidade; uma especial configuração que se possa caracterizar como uma <<cegueira jurídica>> ou <<inimizade ao direito>>. (MEXGER apud HORTA, 2016, p. 152).

Assim, propõe-se que o tema da improbidade administrativa deve ser repensado sob essa nova perspectiva, que leva em conta essa atuação restauradora pelo agente público, especialmente com base em recente decisão do STJ, em precedente paradigmático, a sugerir abordagens para que o tema possa ser mais bem estudado e compreendido pela ciência jurídica.

No caso paradigmático sob análise, o que se apurou foi a revisão do ato administrativo ímprobo pelo próprio agente público do qual havia sido emanado:

- a) o Réu havia cancelado diversos autos de infração de trânsito sem a cobrança das multas aplicadas, mas, após a intervenção inicial do Ministério Público, o próprio Réu revisou seu ato anterior, restabelecendo as multas e já efetivando as cobranças para a composição do erário;
- b) em Primeira e Segunda Instâncias, o Réu foi condenado por suposta infração aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade pública; e
- c) inconformado, o Réu recorreu ao STJ, onde obteve êxito (com a sua consequente absolvição) sob o fundamento de que teria ocorrido a revisão administrativa do ato sem prejuízos ao erário.

Eis a ementa de julgamento no STJ, indispensável à análise que aqui se propõe:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE QUE OS AGENTES POLÍTICOS NÃO ESTÃO SUBMETIDOS À LEI 8.429/92. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. RCL 2.790/SC, MIN. REL. TEORI ALBINO ZAVASCKI. RECORRENTE QUE CANCELOU MULTAS DE TRÂNSITO EM BENEFÍCIO DE TERCEIROS. ART. 11 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE PROVAS DO ELEMENTO VOLITIVO. PECULIARIDADES DO CASO QUE AFASTAM O DOLO DO AGENTE. ABSOLVIÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Não se reconhece da violação ao art. 535 do CPC, porquanto a lide foi resolvida com a devida fundamentação, não sendo obrigatório ao órgão julgador discorrer, pormenorizadamente, acerca de todos os questionamentos suscitados pelas partes, mormente se notório manifesto intuito de modificar o julgado.

2. A Corte Especial, no julgamento da RCL 2.790/SC, de relatoria do eminente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, já orientou caber à submissão dos Agentes Políticos à Lei de Improbidade Administrativa, e a jurisprudência desta Corte e do STF vem se mantendo majoritária nesse sentido.

3. A análise da alegada vulneração do art. 12 da Lei 8.429/92 exige prévio exame da tipicidade da conduta do Agente Público no art. 11 da Lei 8.429/92., que exige o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) conduta ilícita; (b) improbidade do ato, configurada pela tipicidade do comportamento, à luz do que dispõe o art. 11 LIA; (c) elemento volitivo, consubstanciado no dolo específico de cometer a ilicitude; (d) ofensa aos princípios da Administração Pública.

4. Da mera prática do ato não exsurge, presumidamente, o intuito malsã do Agente Público, competindo ao membro do Parquet, parte autora da ação, trazer aos autos provas que atestem haver o dolo do Agente (art. 333, I, do CPC).

5. As circunstâncias do caso (antes de ser citado na presente Ação, o recorrente revisou tais atos administrativos, e, por isso, as multas aplicadas foram devidamente recolhidas, não havendo notícia de qualquer prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito), evidenciam que o acionado por improbidade exerceu o seu poder judicante administrativo sem que se aponte nesse exercício dolo, malícia, corrupção ou qualquer outro elemento que pudesse caracterizar a improbidade.

6. Recurso Especial provido, para afastar a condenação do recorrente no ato de improbidade que lhe fora imputado. (BRASIL, REsp 1253368 / MG, 2014b)

Além de reformar os julgamentos nas instâncias inferiores, o STJ também acabou por firmar nova orientação jurisprudencial sobre o tema da improbidade administrativa.

Até então era comum, no STJ, a análise da ocorrência ou não da improbidade administrativa por meio de aspectos restritos:

- a) à existência de dano ao erário;
- b) à exigência da configuração de dolo específico do agente na prática do ato ímprobo;
- c) a discutir se a mera ilegalidade do ato administrativo levaria,

- necessariamente, à consumação da improbidade; e
- d) a refletir se a LIA teria a finalidade de responsabilizar tão somente o agente público desonesto (e não daquele desatento, incapaz ou inexperiente).

Todas as análises anteriormente efetivadas pelo STJ levavam em conta doutrina e jurisprudência que consideravam tão somente os variados aspectos do ato administrativo tido como irregular, sem levar em conta nenhum outro fator que não a subsunção do caso concreto à norma qualificadora do ato de improbidade administrativa.

Em outras palavras, as decisões e discussões anteriores apenas se limitavam a analisar o caso concreto pela ótica do direito positivado, tão somente com vistas a dizer se, de fato, teriam sido preenchidos os requisitos para a aplicação da norma punitiva ao fato concreto.

Dentre tais questões, a reflexão mais relevante que se delineou no precedente analisado foi a atinente ao dolo do ato ímprobo, que hodiernamente era entendido apenas como a vontade do agente no momento em que praticou o ato tido como ímprobo. Assim ocorria, por certo, em razão da falta de elementos de maior teor descritivo ou analítico na lei ou de doutrina mais apurada e também face às peculiaridades do Direito Administrativo.

No caso concreto, o STJ afastou a condenação com base na conduta do agente público de revisão de seu ato administrativo questionado – como dito, o Réu havia cancelado multas de trânsito, mas, após a abordagem do Ministério Público, reverteu o cancelamento das autuações e automaticamente já efetivou as cobranças cabíveis em benefício do erário (sem que houvesse, portanto, prejuízo arrecadatário).

Eis aí a nova perspectiva trazida pelo julgado do STJ: ao analisar o dolo da referida conduta, considerou-se um fato objetivo (revisão) posterior ao ato administrativo irregular – e não apenas a vontade do agente no momento em que praticou o referido ato.

Em outras palavras, o STJ reconheceu expressamente os efeitos do poder revisional do agente administrativo como prova da inexistência de improbidade, já que a revisão do ato administrativo demonstra o desinteresse do agente pelo ilícito ou desonesto. Valorou-se o poder revisional administrativo em prol da restauração da legalidade, como meio legítimo conferido ao próprio agente público para afastar

os elementos desabonadores que possam caracterizar a improbidade de seus atos.

Como destacado pelo STJ, a mera prática de conduta subsumível à legislação de improbidade não leva à presunção de que houve necessariamente, por parte do agente, má-fé ou dolo específico de agir desonestamente frente à coletividade.

Em nenhum dos precedentes anteriores o STJ havia considerado fatos posteriores à prática do ato administrativo questionado, tendo-se mantido um entendimento legalista e extremamente engessado da questão da improbidade administrativa, sem que se levasse em consideração todo o contexto e o conteúdo de atuação do agente público enquanto ato tipicamente sujeito a erro.

Tal situação apenas se agravava quando se considera que os atos de improbidade estão descritos na lei de forma extremamente aberta, a exemplo da descrição do artigo 11, *caput*, da LIA, que considera improbidade qualquer ato que atente “contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”. (BRASIL, 1992).

É evidente que a improbidade apenas surge diante de uma conduta ilícita. É dizer: estando o agente procedendo de forma lícita, a favor da legalidade, está ele a exercer sua função da maneira que exatamente dele se espera e exige, não sendo possível sua imputação a título de improbidade.

Entretanto, no que tange ao elemento subjetivo da improbidade, uma leitura positivista da norma entenderia que a sua configuração se daria a partir do dolo ou da culpa, ainda que o elemento culposo tivesse pouco respaldo jurisprudencial. Segundo a clássica inspiração do Direito Penal, o dolo consiste na vontade livre e direcionada à realização do ilícito, bem como naquilo que se lhe equivalha, ou no dolo eventual, que ocorre com a assunção de um risco de ocasionar um resultado ilícito por meio da própria conduta. (GOMES; MOLINA, 2007, p. 376 ss) A culpa, por sua vez, seria a ação ou omissão também voluntárias, mas que levam ao resultado ilícito pelo descuido ou inobservância do cuidado necessário, que, se observado, evitaria qualquer inconveniência. (GARCIA; ALVES, 2011, p. 402)

O elemento subjetivo, nessa concepção eminentemente positivista, deixa de ser requisito para a improbidade, especialmente na modalidade culposa. Entretanto, viu-se na decisão do STJ importante inovação no sentido de que, ainda que haja dolo para a realização da conduta, esta não poderá ser considerada ímproba de

imediatamente, já que se exigiria um dolo específico para o elemento desonestidade – que não se confunde com a mera ilicitude.

Eis aí a primeira contribuição do precedente do STJ, ao se afirmar que “da mera prática do ato não exsurge, presumidamente, o intuito malsã do Agente Público” – para além da ilicitude do ato, outras circunstâncias devem ser levadas em consideração para a compreensão do caso concreto, mesmo aquelas posteriores à prática do ato administrativo, como obviamente se observa nos atos de convalidação, anulação e revogação do referido ato (SUNDFELD, 1990).

Assim, ainda que o agente público proceda de forma consciente, por deliberação própria e assim tenha agido de maneira ilícita, não será configurada a sua improbidade se, por ato de vontade, tenha revisado o ato administrativo irregular, em detrimento da orientação jurisprudencial previamente dominante.

A convalidação e a anulação do ato administrativo pelo próprio agente público, assim, passam a ser reconhecidos como circunstâncias que podem afastar o dolo da improbidade, inclusive em respeito à autotutela dos atos administrativos ilegais.

Ao estabelecer que o exercício do poder judicante administrativo tem efeitos sobre a própria configuração da improbidade, o STJ ainda reconheceu expressamente que, à falta de outros elementos caracterizadores da improbidade, esta deve ser afastada.



## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como ressaltado, a visão atualmente predominante da improbidade administrativa, além de tendenciosamente positivista, ainda está adstrita à conceituação normativa do instituto, especialmente na definição de seus elementos configuradores (ou dos eventuais fatores que os descaracterizariam, como no julgamento do STJ).

Entretanto, a compreensão do fenômeno da improbidade administrativa é de extrema importância para toda a sociedade, tanto para que se possa melhor delinear os parâmetros de uma boa gestão pública, quanto para a devida punição daqueles que deliberadamente atuam em prol de vantagens pessoais e em detrimento do interesse público.

Trata-se de fenômeno complexo, recorrente e de notório conhecimento e repercussão, especialmente em momento político tão sensível como o atual, em que a opinião pública tem gradualmente se mostrado cada vez mais inconformada em face de denúncias de incompetência ou corrupção de agentes públicos.

O mais importante, portanto, não é a compreensão imediatamente acertada do problema, com base em teoria perfeita e acabada, mas sim a busca pela constante evolução e análise aplicada da atuação da Administração Pública, o que possibilitaria a produção efetiva de conhecimentos válidos sobre o tema e que pudessem, na prática, contribuir para o melhor desempenho das funções estatais.

Assim como em qualquer outro ramo do Direito e notadamente no Administrativo, o desenvolvimento da ciência jurídica depende da oxigenação e da superação de postulados em prol de novas compreensões, aplicações e soluções para o cotidiano.

Em verdade, serve o Direito enfim para a regulação da vida real, devendo se forçar ao abandono de métodos excessivamente positivistas, para permitir julgamentos mais justos e coerentes.

Mais do que isso: a prevalência da dogmática sobre a realidade se tornaria um verdadeiro entrave na construção de conhecimento científico sólido quanto à improbidade administrativa (e a demais temas relevantes), especialmente quando se compreende a sua complexidade e constante mutabilidade da realidade enquanto objeto de estudo da ciência jurídica.

Na análise de caso apresentada, se observou uma tentativa de aproximação da dogmática à realidade fática, como uma tentativa de se interpretar a norma jurídica à luz de aspectos práticos – o que, de fato, já se mostra um avanço quando comparada a uma interpretação nitidamente positivista (que tende sempre a predominar sobre a realidade fática e sobre qualquer tentativa de revisão e evolução do conhecimento jurídico-científico).

As considerações feitas pelo STJ se mostram importantes para o aperfeiçoamento inicial do trato judicial da improbidade, a fim de que se supere a cultura de criminalização do agente público.

Todavia, o tema é ainda mais relevante: em um Estado Social, como o esculpido na CRFB/1988, a atuação estatal é imprescindível para a coletividade, cabendo aos juristas o desenvolvimento de institutos e conhecimentos que permitam e ensejem o desempenho cada vez mais eficiente por parte do Estado.

Não basta, portanto, que se compreenda a realidade por meio da análise de normas e sem qualquer ligação com a realidade prática – é preciso que a ciência jurídica busque compreender, de fato, o problema atinente à improbidade administrativa, pela formulação de hipóteses que visem à solução provisória do problema até mesmo para que se garanta um melhor tratamento jurídico do tema face à sua constituição no mundo real.

Isto só será possível se a doutrina e, especialmente, a jurisprudência, compreenderem a administração pública sob o enfoque de que se trata de umas das mais complexas funções das sociedades democráticas: atuar visando o atendimento de uma gama enorme de direitos fundamentais, sempre vinculados a juridicidade, compreendendo uma série de decisões de alta complexidade jurídica e técnica, cujo controle externo é exercício à plenitude nos dias atuais, a revelar – no caso de ilícitos – penas severas aos agentes públicos.

Sem essa compreensão, não haverá entrega de prestação jurisdicional justa, adequada à realidade do caso concreto, onde se imputa a prática de um ato ímprobo.

Comprovou-se, também, que essa prestação jurisdicional integra a investigação e correta valoração, para efeitos de configuração dos atos de improbidade, da conduta dos agentes públicos na perspectiva de restabelecimento da legalidade, sem a qual não há como se afirmar o grau de culpabilidade de sua conduta.

Com essas considerações, conclui-se que a restauração da legalidade, através dos processos revisionais de anulação e convalidação, constitui elemento que deve ser valorado pela doutrina e pela jurisprudência como capazes de comprovar a ausência de dolo ou culpa, e também comprovar – por absoluta prova objetiva de boa-fé – a ausência de atos de improbidade administrativa, em quaisquer das modalidades previstas na Lei 8.429/92.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica, **Revista Doxa**, n. 5, 1988.

BARROS NETO, Nelson. Podemos fazer o diabo na hora da eleição', diz Dilma. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 4 mar. 2013. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2013/03/1240352-na-eleicao-podemos-fazer-o-diabo-diz-dilma.shtml>> Acesso em: 29 set. 2017.

BELING, Ernst von. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito tipo. Tradução de Carlos M. De Eliá. Buenos Aires: Libreria "El Foro", 2002.

BERNARDES NETO, Napoleão. Aspectos político-jurídicos do instituto da reeleição para chefe de Poder Executivo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1639, 27 dez. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10799>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

BOVERO, Michelangelo. Gramática de la democracia: principios y desarrollos. In: BOVERO, Michelangelo; FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Teoría de la democracia**: dos perspectivas comparadas. México, Ciudad de México: Instituto Nacional Electoral, 2016. Disponível em: < [http://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/DECEYEC/eventos/Conferencias\\_magistrales/docs/13.pdf](http://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/DECEYEC/eventos/Conferencias_magistrales/docs/13.pdf)>. Acesso em: 03 dez. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais. Brasília: Senado, 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (...). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03 out. 2017.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 25 set. 1946. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm)> Acesso em: 04 nov. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n. 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 08 de janeiro de 1932. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D20910.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D20910.htm)> Acesso em: 05 dez. 2012.

BRASIL. Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de março de 1967. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0201.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm) > Acesso em: 05 dez. 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.240, de 8 de maio de 1941. Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. **Coleção de Leis Brasileira**, Rio de Janeiro, 8 maio, 1941. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3240.htm) > Acesso em: 14 nov. 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 jun. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm)> Acesso em: 01 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 3.164, de 1º de junho de 1957. Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do artigo 141, da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 4 jun. 1957. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3164.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3164.htm) > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 3.502, de 21 de dezembro de 1958. Regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 22 dez. 1958. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L3502.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3502.htm) > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 jul. 1965. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm) > Acesso em: 23 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1985. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm) > Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 abr. 1991. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm) > Acesso em: 23 nov. 2017.

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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 jun. 1992. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm). **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 jan. 1999a. Disponível em: < Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.> Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 nov. 1999b. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9873.htm)> Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 ago. 2013a. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm) > Acesso em: 01 out. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 ago. 2013b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)> Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Bresser, 1995. Disponível em: < <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt na SS 2887/BA. CE - Corte Especial. Relatora: Min.: Laurita Vaz. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 set. 2017a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%282887%29+E+%28%22LAURITA+VAZ%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1065588/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Benedito Gonçalves. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 fev. 2011a. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%281065588%29+E+%28%22HAMILTON+CARVALHIDO%22%29.min.&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%281065588%29+E+%28%22HAMILTON+CARVALHIDO%22%29.min.&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true) > Acesso em: 5 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 968.447/PR. Primeira Turma. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 maio. 2015a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 93767 - Habeas Corpus . Segunda Turma Relator: Min. Celso de Mello. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 abr. 2014a. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2593586> > Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Inq 3387 AgR. Segunda Turma Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 fev. 2016a. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4186243> > Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 909446 / RN. Primeira Turma Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 fev. 2010a. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=909446&b=ACOR&p=true&l=10&i=14> > Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1379659/DF. Segunda Turma Relator: Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 abr. 2017b. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1379659&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1379659&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR) > Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1166311/MG. Quinta Turma. Relator: Min. Jorge Mussi. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 mar. 2012a. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1166311&b=ACOR&p=true&l=10&i=3> > Acesso em: 5 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1253368 / MG. Primeira Turma. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 dez. 2014b. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1253368&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1253368&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR) > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1660398/PE. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 jun. 2017c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1183504/DF. Segunda Turma. Relator: Min. Humberto Martins. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 jun. 2010b. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%281183504%29+E+%28%22HUMBERTO+MARTINS%22%29.min.&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%281183504%29+E+%28%22HUMBERTO+MARTINS%22%29.min.&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true) > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 765212/AC. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 jun. 2010c. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28765212%29+E+%28%22HERMAN+BENJAMIN%22%29.min.&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=10> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 9/DF. Primeira Seção. Relator: Min. Pedro Aciole. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 dez. 1989.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1164881 / MG. Primeira Segunda. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 out. 2010d. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%281164881%29+E+%28%22MAURO+CAMPBELL+MARQUES%22%29.min.&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4> > Acesso em: 5 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 827.445/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Relator para acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 mar. 2010e. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28827445%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28827445%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true) > Acesso em: 5 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 997.564/SP. Primeira Turma. Relator: Min. Benedito Gonçalves. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 mar. 2010f. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28997564%29+E+%28%22BENEDITO+GON%27ALVES%22%29.min.&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2> > Acesso em: 5 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 798679 / RJ. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 jun. 2017d. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=798679&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=798679&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR) > Acesso em: 5 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 719548 / PR. Segunda Turma. Relator: Min. Eliana Calmon. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 nov. 2008a. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=719548&b=ACOR&p=true&l=10&i=5> > Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 14868 / RJ. Segunda Turma. Relator: Min. José Delgado. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 abr. 2005a. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=14868&b=ACOR&p=true&l=10&i=13> > Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 801846 / AM/2005/0199938-0. Primeira Turma. Relator: Min. Denise Arruda. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 fev. 2009. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200501999380&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200501999380&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR) > Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 986752 / RS. Segunda Turma. Relator: Min.: Castro Meira. **Diário de Justiça**, Brasília, 06 dez. 2012b. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=986752&b=ACOR&p=true&l=10&i=6> > Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1096020 / SP. Primeira Turma. Relator: Min.: Benedito Gonçalves. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 nov. 2010g. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1096020&b=ACOR&p=true&l=10&i=7> > Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1071138 / MG. Primeira Turma. Relator: Min.: Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 dez. 2013c. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1071138&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1253368 / MG. Primeira Turma. Relator: Min.: Napoleão Nunes Maia Filho. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 dez. 2014b. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1253368&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1253368&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR)> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 8627/DF. Terceira Seção. Relator: Min.: Paulo Medina. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 nov. 2006a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%288627%29+E+%28%22PAULO+MEDINA%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 9814/DF. Terceira Seção. Relator: Min.: Paulo Medina. **Diário de Justiça**, Brasília, 19 out. 2005b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%289814%29+E+%28%22PAULO+MEDINA%22%29.min.&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 951389 / SC. Primeira Seção. Relator: Min. Herman Benjamin. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 04 maio 2011b. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27951389%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%27951389%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27951389%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%27951389%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO) > Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1454640/ES. Primeira Turma. Relator: Min. Benedito Gonçalves. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 05 nov. 2015b. Disponível em: < [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%281454640%29+E+%28%22BENEDITO+GON%27ALVES%22%29.min.&&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%281454640%29+E+%28%22BENEDITO+GON%27ALVES%22%29.min.&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true) > Acesso em: 6 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 705294 AgR-segundo / SP. Primeira Turma. Relatora: Min. Rosa Weber. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 nov. 2017e. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28705294%29+%28%28ROSA+WEBER%29%2ENORL%2E+OU+%28ROSA+WEBER%29%2ENORV%2E+OU+%28ROSA+WEBER%29%2ENORA%2E+OU+%28ROSA+WEBER%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd6tus5o> > Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 683235 RG / PA - PARÁ. Tribunal Pleno - meio eletrônico. Relator: Min. Cezar Peluso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 abr. 2012c. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28683235%29%28683235%2ENUME%2E+OU+683235%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y82j334w> e > Acesso em: 5 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 809338 AgR-ED / RJ - Rio De Janeiro. Primeira Turma. Relator: Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 mar. 2017f. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28809338%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb8ps6af> > Acesso em: 5 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário nº 378375. Relator(a) Min. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 107, 6 jun. 2016b. p. 9-10.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 13.942/DF. Relator(a) Min. Vilas Boas. **Diário de Justiça**, Brasília, 30 abr. 1964. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1427972> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 12512/DF. Relator(a) Min. Lafayette de Andrada. **Diário de Justiça**, Brasília, 3 out. 1963. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1427672> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança MS 24584/DF. Tribunal Pleno. Relator(a) Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 jun. 2008b. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2141808> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança MS 20069. Tribunal Pleno. Relator(a) Min. Cunha Peixoto. **Diário de Justiça**, Brasília, 15 abr. 1977. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=20069&classe=MS> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24631. Tribunal Pleno. Relator(a) Min. Joaquim Barbosa. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 fev. 2008c. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2159173> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24073/DF. Tribunal Pleno. Relator(a) Min. Carlos Velloso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 out. 2003. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1969143> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REsp 751832 / SC. Primeira Turma. Relator(a) Min. Teori Albino Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 mar. 2006b. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28751832%29+E+%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&processo=751832&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2> > Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 27031. Relator(a) Min. Luiz Gallotti. Primeira Turma. **Diário de Justiça**, Brasília, 3 dez. 1956. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000137167&base=baseAcordaos> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669069/MG. primeira Turma. Relator(a) Min. Teori Albino Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 abr. 2016c. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4189164>> Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 636553/RS. Relator(a) Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília, 25 jun. 2012d. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4043019> > Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Com Agravo 833158/MG. Relator(a) Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 ago. 2015c. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4623409>> Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 473. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 dez. 1969a. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em: 29 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 478. **Diário Eletrônico de Justiça, do Trabalho**. Brasília, 10 dez. 1969b. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=478.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas> > Acesso em 30 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 13. **Diário de Justiça Eletrônico**, n. 162, 29 ago. 2008d. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes> > Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo: 11.882. João Augusto Ribeiro Nardes. Belo Horizonte, TCU, 2016.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito administrativo constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: ed. Lúmen Júris, 2006.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: F Bastos, 1977

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. Freitas Bastos, 1960. v. 1.

CONSTANT, Benjamin. Livro I - Das ideias herdadas sobre o escopo da autoridade política. In: CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Tradução de Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

COSTA, Felipe Pinelli Padalino. **Capacidade eleitoral passiva**: curso: 1º Seminário de direito eleitoral: temas relevantes para as eleições de 2012. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Pedro Jorge. **Dolo penal e sua prova**. Coordenação de Cláudio Brandão. São Paulo: Atlas, 2015.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil**: percursos do pensamento constitucional no século XIX (1824-1891). São Paulo: Almedina, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. Conversão dos atos administrativos. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 87, p. 386–390, jan./mar. 1967.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 11. ed. Madri: Civitas, 2002. v. 1.

ERNST-WOLFGANG, Böckenförde. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Baden-Baden: Nomos, 1993.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução Alexander Araújo de Souza, et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ, Sergio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 47-66, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45800/45098>>. Acesso em: 01 out. 2017.

FORSTHOFF, Ernst. **Tratado de derecho administrativo**. 5.ed. Madrid: 1958.

FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2008.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

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

GASPARIN, Diógenes. **Direito administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Luis Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.2.

GUERRA, Camila. A incompatibilidade entre o princípio republicano e o instituto da reeleição: uma análise crítica. **Resenha Eleitoral - Revista Técnica**, n. 7, jan./jun. 2015. Disponível em: <[http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes/n-7-jan-jun-2015/integra/index092d.html?no\\_cache=1&tx\\_news\\_pi1%5Bnews%5D=9361&tx\\_news\\_pi1%5Bmonth%5D=June&tx\\_news\\_pi1%5Byear%5D=2015&cHash=c5d8168455fb98da4870e58fafcf41b8](http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/revista-tecnica/edicoes/n-7-jan-jun-2015/integra/index092d.html?no_cache=1&tx_news_pi1%5Bnews%5D=9361&tx_news_pi1%5Bmonth%5D=June&tx_news_pi1%5Byear%5D=2015&cHash=c5d8168455fb98da4870e58fafcf41b8)>. Acesso em: 25 jul. 2016.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Direito, liberdade, moralidade**. Porto Alegre: 1987.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raizes do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1936.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo**: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. São Paulo: Marcial Pons, 2016. (Direito penal & criminologia).

JAKOBS, Gunther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopres. Barueri: Manole, 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 100, jan./dez. 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. 4. ed. Porto Alegre: Sulinas, 1964.

MANFREDINI, Karla M. **Democracia representativa brasileira**: o voto distrital puro em questão. Florianópolis: Sulinas, 2008.

MANIN, Bernard. As metamorfoses do governo representativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 10, n. 29, p. 5-34, out. 1995.

MANN, Thomas. **A morte em Veneza**. São Paulo: Hemus, 1970.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Improbidade administrativa à luz da hermenêutica constitucional. **Revista de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 69, p. 110-134, out./dez. 2009.

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

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Título do artigo. **Revista Fórum Administrativo**, n. 10, p. 1.291, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 2, n. 19, p. 1160-1164, 2002.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. São Paulo: Manole, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MERKL, Adolf. **Teoria general del derecho administravio**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**: ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Processo: 101.215. Segunda Câmara. Relator: Simão Pedro Toledo. Belo Horizonte, 02 set. 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NOJIRI, Sergio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2000. 66.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de; CAMPOS, Alexandra Cerqueira. Poder de polícia: anotações à margem de Agustín Gordillo. In: OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Direito administrativo: Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

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

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 2010.

PEDREIRA NETO, Targino Machado. A inconstitucionalidade do instituto da reeleição. **Paraná Eleitoral**, Curitiba, n. 66, p.15-18, out./dez. 2007. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3773/A-inconstitucionalidade-do-instituto-da-reeleicao>>. Acesso em: 27 jul. 2016.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

SAMPAIO, Nelson de Sousa. Sistema eleitoral, história. **Revista de informação Legislativa**, v. 20, n. 78, p. 773-192, abr./jun. 1983. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181288>>. Acesso em 27 jul. 2016.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. MS: 506070 /SC 2011.050607-0. Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz. Primeira Câmara de Direito Público. **Diário de Justiça**, Brasília, 13 set. 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v.1.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ANTUNES, Cármen Lúcia (Org.).

**Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 97-98.

SCHMITT, Carl. **Teoria de La Constitucion**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro n. 237, p.271-315, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couto%20e%20silva.pdf>>. Acesso em 27 set. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 47. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUTO, Isabella. Das 105 mil ações de improbidade administrativa, Justiça julgou apenas 53 mil. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 4 jun. 2015. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/06/04/interna\\_politica,654725/acoes-de-improbidade-desafiam-justica-no-pais.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2015/06/04/interna_politica,654725/acoes-de-improbidade-desafiam-justica-no-pais.shtml)>. Acesso em 3 out. 2017.

SOUZA, Adriano. TCU inocenta ex-prefeito de falhas no Hospital Municipal e devolução de dinheiro. **Gazeta do Triângulo**, 9 mar. 2016. Disponível em: <<http://gazetadotriangulo.com.br/tmp/noticias/tcu-inocenta-ex-prefeito-de-falhas-no-hospital-municipal-e-devolucao-de-dinheiro/>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. **Atos administrativos inválidos**. São Paulo: Forum, 2012.

SOUZA, Eduardo Stevanato Pereira de. **Regime jurídico e a classificação dos atos administrativos inválidos**. 2011. 218f. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <  
<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5549/1/Eduardo%20Stevanato%20Pereira%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em 27 set. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SUSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. São Paulo: Del Rey, 2009.

VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*. 4. ed. Milano, IT: A. Giuffrè, 1972.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da Invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: RT, 1990.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milano: A. Giuffrè, 1952.