



Universidade de Brasília – UnB  
Faculdade de Direito – FD  
Programa de Pós-Graduação em Direito

RAPHAEL ROCHA DE SOUZA MAIA

O DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE O STJ E O CONGRESSO  
NACIONAL: O CASO DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA – LEI Nº 14.230/2021

Brasília – DF  
2023

RAPHAEL ROCHA DE SOUZA MAIA

O DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE O STJ E O CONGRESSO  
NACIONAL: O CASO DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA – LEI Nº 14.230/2021

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília como  
requisito parcial para obtenção do título de  
Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Argemiro  
Cardoso Moreira Martins

Brasília – DF

2023

**RAPHAEL ROCHA DE SOUZA MAIA**

**O DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE O STJ E O CONGRESSO  
NACIONAL: O CASO DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA – LEI Nº 14.230/2021**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

O candidato foi considerado \_\_\_\_\_ pela banca examinadora em 27 de março de 2023.

---

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins (Orientador)

Universidade de Brasília

---

Professor Doutor Marcos Leite Garcia (Membro externo)

Universidade do Vale do Itajaí

---

Professor Doutor Luiz Henrique Urquhart Cademartori (Membro externo)

Universidade Federal de Santa Catarina

---

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto (Membro interno)

Universidade de Brasília

Brasília, 27 de fevereiro de 2023.

## AGRADECIMENTOS

Eis aqui a surpreendente conclusão de um longo trajeto entre as primeiras tentativas, o ingresso na Universidade de Brasília e a conclusão desta dissertação – um período de intenso aprendizado pessoal e acadêmico.

E, diante do término deste período, não posso deixar de registrar aqui alguns breves agradecimentos. Primeiramente, sou grato à Renata, que carrega pedaço do meu coração fora do peito. Palavras não são suficientes para descrever o sentimento, o aprendizado, o apoio, a calma e as lembranças desse período e do seu papel na concretização desse trabalho.

Ao João Vicente, que carrega outro pedaço do meu coração por aí e cujos passos e risadas preenchem a casa – você trouxe alegria, leveza e foco quando necessários e um dia te contarei toda a história desse período.

Também tenho que registrar os agradecimentos aos meus pais, Maria Lúcia e Ayrton, que sempre me estimularam nessa caminhada e deram todas as possibilidades para tanto, e à minha irmã, Laryssa, que acompanhou cada passo desse trabalho.

Sou muito grato à Universidade de Brasília, cujos funcionários e professores foram essenciais no trajeto. Sem o apoio e a inspiração de vocês esta pesquisa não seria possível. Em particular, gostaria de agradecer ao Professor Argemiro Martins, cuja orientação foi fundamental no desenvolvimento do trabalho em seus momentos mais delicados, e à Professora Beatriz Vargas, que muito estimulou o ingresso na vida acadêmica.

Por último, não posso deixar de agradecer também aos amigos queridos que estiveram ao meu lado durante esse trajeto sugerindo novas reflexões e me apoiando, e ao escritório Silveira & Unes, especialmente nas pessoas de Flávio Unes e Marilda Silveira, professores gentis na advocacia, na academia e na vida.

Outros tantos nomes e agradecimentos poderiam ser citados e formulados, mas o fato é que as palavras são insuficientes em comparação com o sentimento, que não pode ser retratado de forma fidedigna. E, ciente da minha incapacidade de traduzir em palavras esse sentimento, só me resta registrar o mais sincero agradecimento a todos que de alguma forma tornaram possível esse momento mais que especial.

## RESUMO

A Constituição de 1988 conferiu grande destaque ao controle da Administração Pública e dos agentes públicos, com capítulo específico esmiuçando a sua organização. Uma das formas utilizadas para garantir a observância desta organização e de seus princípios é a ação de improbidade administrativa, regulada pela Lei nº 8.429/1992 que, em sua redação original, era omissa em diversos aspectos essenciais, como o conceito de improbidade administrativa e a proporcionalidade das sanções. Por consequência dessa omissão do Legislativo, a ação de improbidade administrativa acabou sendo utilizada nas mais diversas situações, diante de circunstâncias mais ou menos graves. Coube então ao Poder Judiciário, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, a conformação do tema e de seus elementos-chaves, o que foi alvo de severas críticas doutrinárias que denunciavam as consequências negativas oriundas da interpretação que o Judiciário conferiu ao tema. Argumentava-se, em essência, que a improbidade administrativa se tornou panaceia para todos os problemas da Administração Pública e que a jurisprudência não observava as garantias dos acusados. Tais críticas foram em boa medida incorporadas na Lei nº 14.230/2021, que reformou a Lei nº 8.429/1992 e negou a jurisprudência consolidada no âmbito do Poder Judiciário. O presente trabalho dedica-se ao estudo dessa mudança, isto é, à alteração, por meio de lei, da jurisprudência vigente tomando por base a teoria dos diálogos institucionais, que preconiza a interação entre o Judiciário e o Legislativo para decisão de temas constitucionais complexos. Pretende-se averiguar como a jurisprudência construída na vigência da Lei nº 8.429/1992 em sua redação original influenciou na interação entre os diferentes poderes e culminou na Nova Lei de Improbidade Administrativa e o potencial explicativo da teoria, desenvolvida em um país de tradição jurídica distinta, para situações que ocorrem no Brasil.

**Palavras-Chave:** Improbidade Administrativa; Diálogo Institucional; Superior Tribunal de Justiça; Congresso Nacional.

## ABSTRACT

The 1988 Constitution gave great prominence to the control of the Public Administration and its agents, with a specific chapter detailing its organization. One of many ways to enforce compliance within this organization and its principles is the action of administrative improbity, regulated by Law 8.429/1992 and which, in its original wording, was silent on several essential aspects, such as the concept of administrative improbity and the proportionality of sanctions. As a result of this legislative omission, the action of administrative improbity ended up being used in the most diverse situations, even in the face of spurious situations. It was up to the Judiciary, notably the Superior Court of Justice, to shape the theme and its key elements, which was the target of severe criticism that denounced the negative consequences caused by the interpretation that the Judiciary gave to the theme. It was argued, in essence, that administrative improbity had become a panacea for all the problems of Public Administration and that the jurisprudence did not observe the guarantees of the accused. Such criticisms were largely incorporated into Law 14.230/2021, which reformed Law 8.429/1992 and denied the jurisprudence. The present work is dedicated to the study of this change, that is, to the alteration, by means of law, of the jurisprudence, based on the theory of institutional dialogues, which advocates the interaction between the Judiciary and the Legislative for the definition of complex constitutional issues. It is intended to find out how the jurisprudence built during the validity of Law 8.429/1992 in its original wording influenced the interaction between the different powers and culminated in the new law of improbity and the explanatory potential of the theory, developed in a country with a distinct legal tradition, to situations that occur in Brazil.

**Keywords:** Administrative Improbity. Institutional dialogue. Superior Court of Justice. National Congress.

## LISTA DE ABREVIATURAS

**AC – Ação cautelar;**  
**ADC – Ação declaratória de constitucionalidade;**  
**ADI – Ação direta de inconstitucionalidade;**  
**ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental;**  
**AgInt – Agravo interno;**  
**AgRg – Agravo regimental;**  
**AIA – Ação de improbidade administrativa;**  
**ANAFE – Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais;**  
**ANAPE - Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal;**  
**ANAUNI – Associação Nacional dos Advogados da União;**  
**AO – Ação originária;**  
**AP – Ação penal;**  
**ARE – Recurso extraordinário com agravo;**  
**AREsp – Agravo em recurso especial;**  
**CF – Constituição Federal;**  
**CP – Código Penal;**  
**CPC – Código de Processo Civil;**  
**CPP – Código de Processo Penal;**  
**Des. Conv – Desembargador convocado;**  
**DEM – Democratas;**  
**DJ – Diário da Justiça;**  
**DJe – Diário da Justiça Eletrônico;**  
**EDcl – Embargos de declaração;**  
**EDv – Embargos de divergência;**  
**EREsp – Embargos de divergência em recurso especial;**  
**HC – Habeas corpus;**  
**Inq. – Inquérito;**  
**j. – Julgamento;**  
**LAC – Lei Anticorrupção;**  
**LACP – Lei da Ação Civil Pública;**  
**LAP – Lei da Ação Popular;**  
**LC – Lei Complementar;**  
**LIA – Lei de Improbidade Administrativa;**  
**LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro;**  
**NLIA – Nova Lei de Improbidade Administrativa;**  
**Min. – Ministro(a);**

**MS – Mandado de Segurança;**  
**PDT – Partido Democrático Trabalhista;**  
**Pet – Petição;**  
**PL – Projeto de Lei;**  
**PODEMOS – Podemos mudar o Brasil;**  
**QO – Questão de ordem;**  
**Rcl – Reclamação;**  
**RE – Recurso extraordinário;**  
**REsp – Recurso especial;**  
**RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados;**  
**RISF – Regimento Interno do Senado Federal;**  
**SINPROFAZ - Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional;**  
**STF – Supremo Tribunal Federal;**  
**STJ – Superior Tribunal de Justiça.**

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>11</b> |
| <b>1. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>   | <b>21</b> |
| 1.1 A Lei nº 8.429/1992.....   | 21        |
| 1.2 A difícil definição do que é improbidade administrativa.....   | 28        |
| 1.3 O direito administrativo sancionador como solução ao direito administrativo do medo e ao apagão das canetas..... | 39        |
| <b>2. A MUDANÇA LEGISLATIVA: DA LEI Nº 8.429/1992 (LIA) À LEI Nº 14.230/2021 (NLIA).....</b>                         | <b>50</b> |
| 2.1 A Lei nº 8.429/1992 e sua jurisprudência.....  | 52        |
| 2.1.1 O conceito de improbidade administrativa.....  | 52        |
| 2.1.2 O bloqueio de bens.....  | 58        |
| 2.1.3 A proporcionalidade das sanções.....   | 60        |
| 2.2 O Projeto de Lei nº 10.887/2018.....   | 62        |
| 2.3 As audiências públicas.....  | 70        |
| 2.3.1 Os debates menores.....  | 71        |
| 2.3.2 A legitimidade ativa.....  | 72        |
| 2.3.3 O conceito de improbidade administrativa.....  | 75        |
| 2.3.4 O bloqueio de bens.....  | 79        |
| 2.4 A Nova Lei de Improbidade Administrativa.....  | 79        |
| 2.4.1 O conceito de improbidade administrativa.....  | 82        |
| 2.4.2 O bloqueio de bens.....  | 86        |
| 2.4.3 A proporcionalidade das sanções.....   | 88        |
| 2.5 Observações parciais.....  | 91        |
| <b>3. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS.....</b>   | <b>94</b> |

|  |            |
|--|------------|
| <b>3.1 A separação de poderes: o modelo norte-americano de <i>checks and balances</i>.....</b> | <b>96</b>  |
| <b>3.1.2 A separação de poderes no Brasil na visão do Supremo Tribunal Federal.....</b>        | <b>105</b> |
| <b>3.2 A teoria dos diálogos institucionais.....</b>   | <b>111</b> |
| <b>3.2.1 Os diálogos institucionais: a visão do Supremo Tribunal Federal.....</b>              | <b>115</b> |
| <b>3.3 Diálogos institucionais: a perspectiva de Gargarella.....</b>                           | <b>123</b> |
| <b>3.4 A importância do comportamento do Judiciário perante os diálogos institucionais..</b>   | <b>130</b> |
| <br>   |            |
| <b>CONCLUSÃO: LIA E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS.....</b>   | <b>136</b> |
| <br>   |            |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>146</b> |

## INTRODUÇÃO

A pesquisa se debruça sobre a Nova Lei de Improbidade Administrativa e, mais especificamente, sobre o processo legislativo que culminou na sua sanção presidencial, à luz da teoria dos diálogos institucionais, analisando o Congresso Nacional e o Poder Judiciário.

Antes de se adentrar no tema, é importante esclarecer que a “nova” Lei de Improbidade – Lei nº 14.230/2021, é, na verdade, uma reforma da “antiga” Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429/1992. Todavia, como se verá, as alterações realizadas foram tão significativas que os adjetivos se justificam. Dessa forma, ao longo do trabalho, sempre que se fizer referência à LIA, antiga LIA, trata-se da LIA em sua redação original, antes da Lei nº 14.230/2021, e sempre que se fizer referência à NLIA, trata-se da Lei nº 8.429/1992 em sua redação atual, pós Lei nº 14.230/2021.

Em sua redação original, a Lei de Improbidade Administrativa alterou profundamente a realidade e mentalidade do gestor público e daqueles que contratam com a Administração Pública<sup>1</sup>, com a arrecadação de quase cento e quinze bilhões de reais e condenação de mais de quatorze mil pessoas<sup>2</sup>, sendo considerada um dos mais importantes instrumentos de controle da Administração Pública e dos agentes públicos<sup>3</sup>.

A ampla legitimidade passiva da LIA, que incide para servidores públicos<sup>4</sup>, agentes políticos<sup>5</sup>, contratados da Administração Pública<sup>6</sup> (direta e indireta<sup>7</sup>) e mesmo para aqueles que temporariamente tratam com a Administração Pública, como estagiários<sup>8</sup> e

---

<sup>1</sup> Napoleão Nunes Maia Filho afirma que a lei de improbidade causou uma “revolução francesa” nos “costumes” da Administração Pública (MAIA FILHO, Napoleão N. Garantismo judicial na ação de improbidade administrativa: crítica ao punitivismo e ao eficientismo legalista no domínio do direito sancionador. Fortaleza: Curumim, 2015, p. 80).

<sup>2</sup> Informações do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa, do Conselho Nacional de Justiça, prestadas em 13.10.2015 *apud* voto do Min. Roberto Barroso no AgR na Pet nº 3.240, Relator: Min. Teori Zavascki, Relator para Acórdão: Min. Roberto Barroso, j. 10.05.2018. DJe 22.08.2018.

<sup>3</sup> Frise-se que o controle da Administração Pública é inerente ao Estado Democrático de Direito e diversos autores ressaltam que não é possível se falar em democracia sem a ideia de responsabilidade dos governantes e dos agentes estatais. (cite-se, por exemplo: FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.; e BROSSARD, Paulo. O impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992). Nesse sentido, a ação de improbidade adquire especial relevância e sua importância no sistema jurídico como instrumento de controle da atividade administrativa e de combate à corrupção foi objeto de inúmeros depoimentos nas audiências públicas referentes à NLIA.

<sup>4</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.579.678, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para Acórdão.: Min. Benedito Gonçalves. DJe: 04.06.2019; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp nº 1.621.947, Relator: Min. Francisco Falcão. DJe: 07.12.2020.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 976.566, Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJe: 26.09.2019.

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1.113.260, Relator: Min. Francisco Falcão. DJe: 07.05.2018.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 444.558, Relator: Min. Sérgio Kukina. DJe: 30.08.2018.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.352.035, Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 08.09.2015.

comissionados<sup>9</sup>; e as diferentes sanções passíveis de aplicação<sup>10</sup> (multa civil, perda de bens, ressarcimento do dano, perda da função pública, proibição de contratação com o poder público e suspensão dos direitos políticos), além dos efeitos secundários da condenação (a depender do caso, atraindo a inelegibilidade da Lei da Ficha Limpa) explicam em parte a importância dessa lei.

A larga utilização da LIA pôs em debate diversos aspectos da norma, como a desproporcionalidade das sanções impostas<sup>11</sup>, a inconstitucionalidade da lei<sup>12</sup> e a má técnica legislativa, sobretudo do artigo 11, cuja abrangência excessiva era criticada, dentre outros, por Cláudio Ari Mello<sup>13</sup> e Marcelo Figueiredo<sup>14</sup>.

Em síntese, as críticas à LIA ressaltavam a banalização do conceito de improbidade, isto é, criticava-se que a lei e especialmente seus aplicadores enquadravam como improbidade administrativa atos meramente irregulares ou equivocados, o que acarretaria insegurança jurídica e medo aos gestores de decidirem.<sup>15,16</sup>

---

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp nº 1.745.179, Relator: Min. Francisco Falcão. DJe: 08.10.2021.

<sup>10</sup> Alguns autores defendem que as sanções da improbidade administrativa por vezes superam a sanção penal (cf. WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar F. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun. 1998. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em 23 dez. 2022). A natureza distinta das sanções e a necessidade de se analisar os casos concretos impedem a comparação direta, mas é questionável se a pena de reclusão de seis meses (pena mínima no caso de auxílio a suicídio – art. 122, do CP) é mais severa que a suspensão dos direitos políticos por oito anos (prazo máximo de suspensão dos direitos políticos por lesão ao erário na redação original da LIA). Com isso, quer-se destacar a severidade das sanções possíveis na LIA e que não se sustenta o raciocínio de que a pena criminal é mais gravosa por si só.

<sup>11</sup> DIPP, Gilson L. A dosimetria das sanções por improbidade administrativa. *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa: 30 anos do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 291-300. Disponível em <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/131263/Doutrina\\_30\\_anos.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/131263/Doutrina_30_anos.pdf)>. Acesso em 16 jul. 2019.

<sup>12</sup> Há autores que entendem ser inconstitucional a sanção de proibição de contratação com o Poder Público e a imposição de multa. Nesse sentido, cf. MATTOS, Mauro R. G. de. O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92. 4ª ed. Niterói: Ímpetus, 2009. Outra parcela da doutrina entende que há inconstitucionalidade por usurpação de competência, que não seria da União, mas sim de cada ente federativo. Nesse sentido, cf. HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da lei de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 14, n. 55, p. 187-211, jan./mar. 2014. Disponível em <<http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/109>>. Acesso em 25 de jul. 2019.

<sup>13</sup> MELLO, Cláudio A. Improbidade administrativa. *In*: DI PIETRO, Maria S. Z.; SUNDFELD, Carlos A. (Org.). Doutrinas essenciais: direito administrativo – vol. VII – agentes públicos e improbidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 795.

<sup>14</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações. *In*: BUENO, Cássio S.; PORTO FILHO, Pedro P. de R. (Coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 328-342.

<sup>15</sup> GUIMARÃES, Fernando V. O direito administrativo do medo e a ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, n. 71, 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-criese-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 25 de jul. 2019.

<sup>16</sup> “Incompetência não pode ser tratada como improbidade”, diz ministro do TCU. *CONJUR*, 30 mai. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu>>. Acesso em 25 de jul. de 2019.

A crítica quanto ao uso excessivo da ação de improbidade, incluindo situações de mera irregularidade, motivou, ainda em 2001, pequena reforma (Medida Provisória nº 2.225-45/2001) que introduziu a fase de defesa prévia. Ou seja, tal qual nas ações penais originárias (regidas pela Lei nº 8.038/1990) e nos crimes de servidores públicos, após a propositura da ação e antes de seu recebimento, o acusado deveria ser notificado, possibilitando o esclarecimento dos fatos e a extinção sumária da ação<sup>17</sup>.

Essa reforma não alcançou o efeito desejado. Por um lado, ações de improbidade ainda correspondem a percentual significativo das ações em curso<sup>18</sup>, demonstrando numericamente que não houve redução no ajuizamento de ações de improbidade. Por outro, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acabou por diminuir a eficácia da reforma legislativa, já que a inobservância dessa etapa de defesa prévia configurava nulidade relativa, cujo reconhecimento dependia da demonstração de prejuízo por parte do acusado, não bastando a simples condenação<sup>19</sup>, de modo que as críticas relativas à ação de improbidade se avolumaram.

Paralelamente ao descontentamento generalizado com a LIA e à sensação de injustiça que predominava<sup>20</sup>, a Câmara dos Deputados formou Comissão de Juristas para a reforma da LIA, que culminou em projeto de lei analisado por Comissão Especial na Câmara de Deputados, pelo Senado Federal e restou convertido na Lei nº 14.230/2021, a NLIA.

Contudo, é interessante observar como o PL submetido à apreciação do Congresso

---

<sup>17</sup> Segundo Marcelo Figueiredo, essa e outras alterações pontuais promovidas pelo legislador “parecem ser uma resposta do legislador a uma má utilização da ação de improbidade” (FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 17). Este mesmo ideal – resposta do legislador a uma má utilização da ação de improbidade, norteou a edição da Lei nº 14.230/2021, como será visto.

<sup>18</sup> O jornal Estado de Minas noticia que em 2015 eram mais de cento e cinco mil ações de improbidade em curso no Brasil. Estado de Minas, 04 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 22 dez. 2022.

<sup>19</sup> Dois precedentes do STJ demonstram o esvaziamento da defesa prévia: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp nº 1.008.632, Relator: Min. Mauro Campbell. DJe: 09.03.2015 – nulidade relativa da inobservância da defesa prévia; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.894.276, Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 26.04.2021 – prejuízo que não se configura a partir da condenação. Vale destacar que na audiência pública referente à NLIA, o sr. Fabiano Tresolin reconheceu que esses entendimentos do STJ acabaram por anular a eficácia da defesa prévia.

<sup>20</sup> Como será exposto ao longo do trabalho, durante o processo legislativo da NLIA, as críticas gerais à redação original eram exatamente no sentido da banalização da improbidade administrativa e dos problemas e injustiças que essa confusão causava. É relevante observar que essas críticas foram, de certa forma, confirmadas por membros da magistratura, como o Min. Herman Benjamin, que reconheceu que a lei original igualava “alho com bugalho”; e membros do Ministério Público, como o sr. Fernando Comim, membro do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC) e o sr. Adriano Marcus Britto de Assis, representante da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que reconheceram o ajuizamento de ação de improbidade para coagir agentes públicos a realizar determinadas ações.

Nacional é radicalmente distinto da lei sancionada. Com efeito, na elaboração do PL, a Comissão de Juristas adotou três diretrizes explícitas: i) a incorporação da jurisprudência do STJ; ii) a atualização da LIA em conformidade com leis supervenientes, como o CPC/2015, a Lei nº 13.665/2018 (que alterou a LINDB) e a Lei Anticorrupção; e iii) a incorporação de mecanismos que se demonstraram exitosos no âmbito penal, como a possibilidade de transação.

A lei sancionada, por sua vez, foi atualizada conforme a LINDB, a LAC e outras leis supervenientes, bem como incorporou mecanismos exitosos do âmbito penal, como a transação e a unificação das sanções. Entretanto, aparenta ser uma resposta do Legislativo ao Judiciário e mais especificamente ao STJ já que, em larga medida, busca afastar e reformar a jurisprudência então vigente.

Logo após a promulgação, diversas críticas foram feitas à NLIA, como a inconstitucionalidade por proteção insuficiente ao patrimônio público e vedação ao retrocesso;<sup>21</sup> a inconveniência da lei por violação à Convenção de Mérida diante do enfraquecimento do combate à corrupção;<sup>22</sup> e a aprovação do PL a “toque de caixa”.<sup>23</sup>

Essa peculiar movimentação entre poderes origina a pesquisa. A explícita resposta do Legislativo ao Judiciário, alterando radicalmente a compreensão do que é improbidade administrativa, põe em debate o papel desses poderes na conformação do tema.

De um lado, o Poder Judiciário, que rechaça influências externas e, notadamente, a Primeira Seção do STJ, responsável pela uniformização da jurisprudência nacional sobre o

---

<sup>21</sup> As inconstitucionalidades foram arguidas nas ADIs nº 7.042, nº 7.043, nº 7.156, nº 7.236, e nº 7.237. Respectivamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 7.042, Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 31.08.2022. DJe: 05.09.2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 7.043, Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 31.08.2022. DJe: 05.09.2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 7.156, Relator: Min. André Mendonça; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 7.236, Relator: Min. Alexandre de Moraes.; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 7.237, Relator: Min. Alexandre de Moraes. O tema da NLIA também foi enfrentado no ARE nº 843.989, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ARE nº 843.989, Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 18.08.2022. DJe: 12.12.2022.).

<sup>22</sup> WANIS, Rodrigo O. M. A insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: a criação de uma ação *sui generis* e o retrocesso protetivo de suas consequências. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 83, p. 149-170, jan./mar. 2022. Disponível em <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2587299/Rodrigo%20Ot%C3%A1vio%20Mazieiro%20Wanis.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2022.

<sup>23</sup> CASTRO, Leonardo B. A falta de cautela da nova lei de improbidade administrativa. Instituto Não Aceito Corrupção, 19 ago. 2021. Disponível em <<https://www.naoaceitocorruptao.org.br/post/a-falta-de-cautela-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em 22 dez. 2022.; e CASADO, José. Viva o país da corrupção e da impunidade, em que ser desonesto compensa. VEJA, 25 ago. 2022. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/coluna/jose-casado/viva-o-pais-da-corrupcao-e-da-impunidade-em-que-ser-desonesto-compensa>>. Acesso em 22 dez. 2022.

tema<sup>24</sup>, composta atualmente por membros oriundos da magistratura e do Ministério Público e que muitas vezes deixa de analisar o mérito da causa por questões processuais<sup>25</sup>.

De outro, o Congresso Nacional, órgão representativo por excelência, composto por agentes públicos de origens distintas e que são os principais sujeitos passivos das ações de improbidade, com possibilidade de inovar no ordenamento jurídico, sem qualquer óbice ao enfrentamento do tema.

Desse confronto surgem importantes reflexões que tangenciam, dentre outros, a separação de poderes e os mecanismos de freios e contrapesos – sobretudo em relação ao Poder Judiciário. É notório que a principal teoria desse mecanismo, idealizada por James Madison<sup>26</sup>, parte do pressuposto de que o Judiciário seria o poder menos perigoso<sup>27</sup>, de modo que os controles internos e externos se apresentam deficientes<sup>28</sup>.

Todavia, ser menos perigoso não o torna indene de riscos. De fato, em termos históricos, a grande preocupação com a independência do Poder Judiciário consubstanciou-se na possibilidade de julgamentos decisionistas.<sup>29</sup>

É nesse contexto que se coloca a possibilidade do Congresso Nacional se valer de lei para alterar o entendimento jurisprudencial dos tribunais, atuando como espécie de revisor do Poder Judiciário, fulminando o dogma da “última palavra”. Esse é o foco da teoria dos diálogos institucionais, idealizada no Canadá<sup>30</sup> e que preconiza a interação entre os poderes, sem que

---

<sup>24</sup> Ao STJ cabe a uniformização da jurisprudência infraconstitucional (art. 105, III, da CF/88). A Primeira Seção, composta pela Primeira e Segunda Turmas, é o órgão competente para apreciação das causas envolvendo o tema de improbidade administrativa.

<sup>25</sup> Estudo feito por grupo de pesquisa que analisou 721 acórdãos prolatados entre 2005 e 2018 revela que até 30% dos recursos especiais não são analisados por incidência de Súmula nº 07/STJ, que veda a interposição de recurso especial para reanálise fático-probatória. Importante considerar que esse índice desconsidera outros óbices processuais que também impedem a análise meritória. (CARNEIRO, Rafael A. STJ em números: improbidade administrativa. JOTA, 06 jun. 2020. Disponível em <[https://wpcdn.idp.edu.br/idpsiteportal/2020/06/STJ-em-n%C3%BAmeros\\_-improbidade-administrativa-JOTA-Info-1.pdf](https://wpcdn.idp.edu.br/idpsiteportal/2020/06/STJ-em-n%C3%BAmeros_-improbidade-administrativa-JOTA-Info-1.pdf)>. Acesso em 22 dez. 2022.)

<sup>26</sup> MADISON, James. *Federalist nº 51: The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*. Disponível em <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-51-60#s-lg-box-wrapper-25493427>>. Acesso em 22 dez. 2022.

<sup>27</sup> HAMILTON, Alexander. *Federalist nº 78: the judiciary department*. Disponível em <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493470>>. Acesso em 22 dez. 2022.

<sup>28</sup> Especificamente no âmbito nacional, é importante considerar a forte e ampla atuação do Poder Judiciário, que deve decidir as causas submetidas ao seu juízo, com possibilidade de decisões com efeito *erga omnes* e vinculante, o que põe em debate a suposta debilidade desse poder. Por outro lado, os mecanismos existentes para controle do Poder Judiciário, em especial do STF, são falhos, haja vista a inexistência de qualquer registro de impeachment de Ministro, a insuficiência de corregedorias estaduais e a insubmissão do STF ao CNJ. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3.367, Relator: Min. Cezar Peluso, j. 13.04.2005. DJ: 25.04.2005.)

<sup>29</sup> MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.167-178.

<sup>30</sup> A teoria dos diálogos institucionais começou a ser estruturada na década de 1980, a partir da constituição canadense e a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*), que permite ao Parlamento a manutenção por determinado período de leis julgadas inconstitucionais pela Suprema Corte. (cf. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. *El diálogo de la carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la carta de derechos no sea algo tan malo Después de todo)*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial*

o Poder Judiciário detenha a exclusividade de decidir o que é constitucional.

Essa teoria tem se destacado no cenário nacional e latino-americano, sendo objeto de diversos estudos<sup>31</sup> e constando, inclusive, de decisões judiciais<sup>32</sup>. A intensa pesquisa em torno do tema tem apontado paulatinamente novos rumos e limites para os diálogos institucionais.

Se a teoria original, desenvolvida no contexto canadense, limitava-se a analisar a interação entre o Judiciário e o Legislativo em temas constitucionais, há decisão judicial que menciona o diálogo institucional entre o Judiciário e o Executivo para melhor execução de políticas públicas<sup>33</sup>.

No âmbito acadêmico, Gargarella<sup>34</sup>, embora analisando exclusivamente a interação Judiciário-Legislativo, busca alargar a incidência dos diálogos institucionais para temas além do direito constitucional, além de conferir novo fundamento teórico. O autor defende que os diálogos institucionais não devem ser interpretados como um mecanismo de freios e contrapesos típico da separação de poderes, mas sim sob a perspectiva da democracia deliberativa, proposta por Habermas, o que por óbvio possui outras implicações.

Nessa teoria, o próprio processo legislativo ganha peculiaridade, como a necessidade de adoção desta ou daquela espécie legislativa e a necessidade ou não de superação dos argumentos adotados na(s) decisão(ões) judicial(is).

Dessa breve descrição, é visível que a teoria dos diálogos institucionais se aplica e explica a NLIA<sup>35</sup>, o que traz consigo complexidades que não podem ser ignoradas. É nesse contexto que se desenha o presente trabalho, que tem dois objetivos: o primeiro é a descrição e o entendimento do processo de mudança da Lei de Improbidade Administrativa, com foco na interação entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Trata-se aqui de analisar a harmonia entre os Poderes, as diferentes posturas e a compreensão do que seria improbidade

---

*como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 13-43).

<sup>31</sup> Sérgio Antônio Ferreira Victor, Conrado Hübner Mendes, Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetti, Roberto Dalledone Machado Filho e Miguel Gualano de Godoy, Luís Roberto Barroso e Roberto Gargarella são alguns dos autores que se debruçam sobre o tema.

<sup>32</sup> Ao pesquisar pela expressão “diálogos institucionais” na jurisprudência do STF, é possível encontrar vinte e dois acórdãos nos quais essa expressão consta como termo de indexação.

<sup>33</sup> BRASIL. Referendo na medida cautelar na ADPF nº 709, Relator: Min. Roberto Barroso, j. 05.08.2020. DJe 07.10.2020.

<sup>34</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 108-146.

<sup>35</sup> Repita-se que diante da insatisfação, da necessidade de modernização e compatibilidade com leis supervenientes, o Congresso Nacional instalou Comissão de Juristas para reforma da LIA, a qual foi presidida por Ministro do STJ e contou com expressiva participação de membros do Poder Judiciário, que totalizavam quatro dos onze membros). A comissão formulou o PL incorporando o entendimento dos tribunais. Ao ser apreciado pelo Congresso Nacional, o PL foi substancialmente alterado em direção contrária, configurando, em tese, o diálogo institucional.

administrativa na visão de cada um dos Poderes.

O segundo objetivo é a análise da capacidade explicativa dos diálogos institucionais no caso brasileiro. Tratando-se de teoria formalizada em país de tradição jurídica distinta da brasileira, é relevante questionar em que medida esse modelo pode explicar situações e fenômenos jurídicos nacionais.

A teoria dos diálogos institucionais foi desenvolvida como uma forma de valorização do aspecto democrático, permitindo que a maioria decida aspectos polêmicos ao invés de um reduzido número de juízes, como ocorre ordinariamente no controle de constitucionalidade. Assim, é relevante se questionar em que medida essa teoria, desenvolvida em um país cujo controle de constitucionalidade é considerado fraco, consegue explicar fenômenos de países com controle de constitucionalidade considerado forte ou ultraforte<sup>36</sup>.

A hipótese do trabalho se confunde com o seu objetivo: a teoria dos diálogos institucionais, com alguma adaptação, tem potencial explicativo das relações institucionais entre o Judiciário e o Legislativo e, particularmente no que tange à pesquisa, se adequa ao caso da Nova Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 14.230/2021.

A análise do potencial explicativo da teoria por óbvio perpassa pela consideração de seu aspecto descritivo e propositivo, de seus limites e fundamentos e da realidade institucional nacional, tanto sob a perspectiva do Poder Judiciário quanto sob a perspectiva do Poder Legislativo.

A relevância da pesquisa decorre de seu próprio escopo. Em primeiro lugar, constrói-se um panorama da Lei de Improbidade Administrativa e seus principais aspectos e alterações. Trata-se de importante lei de controle da Administração Pública, sua atuação e seus agentes, correspondendo por parte significativa das ações em andamento.

---

<sup>36</sup> As críticas ao controle de constitucionalidade serão abordadas ao longo do trabalho, especialmente no capítulo três. Em resumo, argumenta-se que o controle de constitucionalidade é autoritário ao permitir que um número reduzido de juízes, que não foram eleitos pelo povo diretamente, julgue inconstitucional leis aprovadas pela maioria parlamentar. Os diálogos institucionais buscam contornar essa crítica, inserindo o Parlamento nessa dinâmica, permitindo que a decisão judicial seja alterada pelo legislador. Ocorre que o Canadá é conhecido por ter um controle de constitucionalidade fraco, em que a Suprema Corte não tem o poder para declarar a inconstitucionalidade de normas ou para dar cumprimento a essa decisão. (cf. TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2009). É perceptível que os diálogos institucionais se adequam facilmente a este modelo, mas é questionável em que medida esta teoria se adequa e explica fenômenos de um país como o Brasil, que possui um modelo forte de controle de constitucionalidade, em que a Suprema Corte tem a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de leis e dar cumprimento a esta decisão (cf. TUSHNET, Mark. Op. cit.). Vale observar que alguns autores, como Virgílio Afonso da Silva, classificam o sistema brasileiro como ultraforte, na medida em que, para além da característica do sistema forte, a Constituição possui amplo rol de cláusulas pétreas, insuscetível de mudança. (cf. SILVA, Virgílio A. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009. Disponível em <<https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>>. Acesso em 09 jan. 2023.)

Em segundo lugar, os poderes constituídos devem ser harmônicos e independentes entre si (art. 2º, da CF/88), de modo que a interação entre o Judiciário e o Legislativo deve ser foco de estudo, especialmente porque a função legislativa depende, de certa forma, do primeiro.

Em terceiro lugar, o trabalho também se faz relevante ao analisar duas perspectivas diferentes dos diálogos institucionais, a primeira, proposta por Hogg e Bushell<sup>37</sup>, e a segunda proposta Gargarella<sup>38</sup>; avaliando qual delas possui mais potencial explicativo de fenômenos da democracia e do direito brasileiro.

A pesquisa se estrutura em três capítulos, tendo por pano de fundo sempre os Poderes Judiciário e Legislativo e a interação entre eles. O primeiro capítulo se debruça sobre a improbidade administrativa em si, analisando sua origem na Constituição de 1988 e sua regulamentação pela Lei nº 8.429/1992, na qual se observa omissão do Legislativo na definição de diversos conceitos essenciais ao tema. Essa omissão legislativa, associada à ampla legitimidade passiva, permitiu a utilização da norma nas mais diversas hipóteses e alterou o panorama do controle da Administração Pública, não encontrando paralelo em outros sistemas jurídicos.

Diante da omissão legislativa, coube ao Judiciário definir os aspectos essenciais da improbidade administrativa diante dos casos concretos, o que foi alvo de grandes críticas doutrinárias que denunciavam o uso indiscriminado da ação de improbidade administrativa e a consequente paralisia da Administração Pública, o chamado “direito administrativo do medo”.

As críticas têm como referencial teórico o direito administrativo sancionador e, em síntese, defendem a necessidade de se presumir a boa-fé do gestor, de se reconhecer a natureza sancionatória e repressiva da ação de improbidade e de se observar, no âmbito da improbidade administrativa, princípios constitucionais inerentes à aplicação de sanções e que são tipicamente associados ao direito penal, como a proporcionalidade, a culpabilidade, o devido processo legal, a pessoalidade da sanção, dentre outros.

O segundo capítulo analisa a mudança legislativa em si, averiguando de que forma as críticas em face da LIA foram apreendidas pela NLIA. Para tanto, o trabalho se debruça sobre o entendimento do Judiciário que se formou na vigência da LIA, discorrendo sobre o esvaziamento do conceito de dolo, a presunção do dano e a possibilidade de improbidade por violação aos princípios administrativos, o que acaba por corroborar as críticas doutrinárias

---

<sup>37</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. Op. cit., p. 13-43.

<sup>38</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

anteriormente expostas.

Após, a pesquisa apresenta brevemente o PL e como a jurisprudência se refletiu na proposta legislativa para então se dedicar às audiências públicas que foram realizadas. As audiências públicas são de máxima importância para compreensão da razão legislativa e da lei sancionada, vez que ali são verbalizadas diversas críticas ao entendimento do Judiciário sobre o tema.

Busca-se compreender de que forma da improbidade e suas múltiplas nuances foram abordadas e criticadas por diferentes grupos de interesse – advocacia, magistratura, advocacia pública, Ministério Público, associação de Prefeitos Municipais, dentre outros.

Ato contínuo, o trabalho discorre sobre a NLIA e ressalta, de um lado, a influência dos debates travados no Congresso Nacional e das críticas doutrinárias e, de outro, de que maneira a NLIA altera, responde e, em grande medida, nega o entendimento do Judiciário sobre o que é improbidade administrativa.

O terceiro capítulo discorre sobre a teoria dos diálogos institucionais. Para tanto, recorda-se a separação de poderes tal qual concebida por James Madison em “Os Federalistas”<sup>39</sup> e como os mecanismos de freios e contrapesos foram desenhados para controle e repartição do poder político, em um momento que pairava grande desconfiança sob o Poder Legislativo<sup>40,41</sup>. A pesquisa preocupa-se em delimitar a teoria madisoniana em seu tempo e contexto histórico, bem como apontar as falhas desse modelo, como exposto por Dahl<sup>42</sup>, apresentando na sequência brevemente o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

É feita, então, a descrição da teoria dos diálogos institucionais, tal qual concebida por Hogg e Bushell<sup>43</sup>, suas vantagens, limitações e fundamentações teóricas, analisando o potencial explicativo dessa teoria ao direito brasileiro. Não se trata aqui de análise de direito comparado, mas sim de se avaliar se essa teoria pode descrever com acuidade e analisar de forma propositiva alguns fenômenos do direito brasileiro. Para tanto, o trabalho considera se as vantagens, as limitações e as fundamentações teóricas desenvolvidas no contexto canadense

---

<sup>39</sup> MADISON, James. *Federalist* nº 51: *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*. Disponível em < <https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-51-60#s-lg-box-wrapper-25493427>>. Acesso em 22 dez. 2022.

<sup>40</sup> MADISON, James. *Federalist* nº 10: *The same subject continued the union as a safeguard against domestic faction and insurrection*. Disponível em <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed10.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp)>. Acesso em 26 dez 2022.

<sup>41</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

<sup>42</sup> DAHL, Robert A. A preface to democratic theory: expanded edition. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

<sup>43</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. Op. cit., p. 13-43.

também se fazem presente no contexto nacional com base em algumas legislações aprovadas no Congresso Nacional como resposta ao Judiciário, observando também o comportamento judicial em face dessas alterações promovidas pelo Legislativo.

Prosseguindo na análise dos diálogos institucionais, o trabalho se dedica à perspectiva de Gargarella<sup>44</sup> que, repita-se, amplia o conceito de diálogo institucional para toda e qualquer interação entre o Judiciário e o Legislativo e confere novo fundamento teórico aos diálogos institucionais, aproximando-os da teoria deliberativa proposta por Habermas, o que acarreta algumas relevantes diferenças. Ademais, o autor pontua algumas limitações teóricas e práticas distintas da abordagem tradicional dos diálogos institucionais, notadamente o comportamento do Judiciário, que pode inviabilizar as situações dialógicas e que se fazem pertinentes em um contexto de controle de constitucionalidade forte.

A pesquisa caminha, então, para a conclusão, considerando o quanto exposto nos três capítulos. Adotando o conceito de diálogo institucional proposto por Gargarella, que não se limita à jurisdição constitucional, é possível afirmar que a NLIA configura diálogo institucional, no sentido de que houve reação do Legislativo ao Judiciário. Todavia, não se identifica o diálogo em sua perspectiva habermasiana, isto é, a coerção do melhor argumento, de modo que a perspectiva de Hogg e Bushell se apresenta mais adequada ao cenário nacional.

Na sequência, o trabalho aponta que o potencial explicativo da teoria de Hogg e Bushell, contudo, perpassa pela compreensão de distinções que os diálogos institucionais assumem em países de controle forte e fraco de constitucionalidade e, por último, discorre-se brevemente sobre o comportamento dos Tribunais, notadamente o STF e o STJ, em torno da NLIA, concluindo que o Judiciário tem de certa forma estimulado o diálogo institucional ou, quando menos, tem demonstrado deferência em torno da nova legislação.

---

<sup>44</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

## 1. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

### 1.1 A Lei nº 8.429/1992

Este primeiro capítulo tem por objetivo apresentar o tema da improbidade administrativa e o seu regime constitucional, previsto no art. 37, §4º, da CF/88, e que se espalha para outros ramos do direito.

A ideia de probidade não é nova ou estranha ao direito, estando presente em diversos normativos. Mais especificamente, o seu descumprimento há muito é tido como crime de responsabilidade, ensejando o processo de impeachment (art. 4º, V, da Lei nº 1.079/1950, detalhado no art. 9º, da mesma lei; art. 4º, X, do Decreto-lei nº 201/1967<sup>45</sup>), de cassação de mandato (art. 7º, I, do Decreto-lei nº 201/1967) e administrativo disciplinar em face de servidores (art. 132, IV, da Lei nº 8.112/1990).

Contudo, anteriormente à Constituição Federal de 1988 e à edição da Lei nº 8.429/1992 (LIA), não havia nada que se assemelhasse à ação de improbidade administrativa, que possui forte cunho sancionatório e repressivo.

Os anais da Assembleia Constituinte revelam, nesse sentido, que a improbidade administrativa foi inserida sem maiores debates quanto a sua conceituação. Em linhas gerais, o que se percebe é a equiparação da improbidade administrativa com a desonestidade e a corrupção<sup>46</sup>, visando apenas o efetivo controle da Administração Pública. Nesse contexto, o maior debate se deu em torno do que futuramente seria o art. 15 da CF/88, que estabeleceu a inelegibilidade por inobservância da probidade administrativa<sup>47</sup>.

O constituinte Nelson Jobim alertou que as expressões contidas no dispositivo, dentre as quais, “probidade administrativa”, eram “tecnicamente anêmicas, ou seja, vazias de conteúdo, que seriam definidas na legislação complementar, ou mesmo nos regulamentos e, talvez, pelo juízo da própria Justiça Eleitoral”<sup>48</sup> e que hipóteses de inelegibilidade deveriam

---

<sup>45</sup> O art. 4º, X, do Decreto-lei nº 201/1967, estabelece como infração político-administrativa do Prefeito Municipal agir de forma incompatível com o decoro e dignidade do cargo. É possível afirmar que o conteúdo deste inciso remete à improbidade administrativa, ainda que de forma indireta, tendo em vista o art. 9º, 7, da Lei nº 1.079/1950, que estabelece como “crime de responsabilidade contra a probidade na administração proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo”.

<sup>46</sup> Diversos discursos retratam como a administração pública brasileira é marcada por casos de corrupção, faltando aos administradores a probidade administrativa.

<sup>47</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Anais da Assembleia Constituinte. Comissão de Sistematização. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2023.

<sup>48</sup> Ibid., p. 593.

ser fixadas claramente pela Constituição e não de forma indireta por leis.

O alerta feito por Nelson Jobim quanto à indeterminação de conceitos relevantes ao tema da improbidade administrativa revelou-se acertado e acarretou diversos problemas ainda hoje enfrentados. Em 1991, o Executivo encaminhou ao Congresso o Projeto de Lei nº 1.446/1991, que regulamentava o art. 37, §4º, da CF/88 e que previa a perda de bens daqueles condenados por lesão ao patrimônio público. A exposição de motivos, redigida pelo Ministro Jarbas Passarinho, revela, novamente, a preocupação com o eficiente controle da Administração Pública<sup>49</sup>:

Trata-se, Senhor Presidente, de proposta legislativa destinada a dar execução ao disposto no art. 37, § 4º. da Constituição (...). A medida, a todos os títulos da maior relevância política e administrativa, insere-se no marco do processo de modernização do País, que Vossa Excelência vem perseguindo com obstinação (sic) e sem desfalecimentos (...). Sabendo Vossa Excelência que uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País, é a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos, e que a sua repressão, para ser legítima, depende de procedimento legal adequado - o devido processo legal - impõe-se criar meios próprios à consecução daquele objetivo sem, no entanto, suprimir as garantias constitucionais pertinentes, caracterizadoras do estado de Direito. Assim, de maneira explícita, o texto proposto define, claramente, quais os casos de enriquecimento ilícito, para os fins da lei, com o que se garante o respeito ao princípio da legalidade, pedra angular do estado de Direito. (...). Com relação ao procedimento tendente a apurar os casos de enriquecimento ilícito, está ele disciplinado com a devida minúcia, não apenas para orientar os aplicadores de lei, como também para garantir ao Estado a certeza de sua correta e criteriosa observância, sem margem a desmandos e arbitrariedades.

Ao longo da tramitação do projeto, os congressistas expressaram grande preocupação “não apenas à conceituação do ilícito como [também] à sua apenação”<sup>50</sup>, à luz do devido processo legal e da advertência do então Deputado Federal Nelson Jobim acerca da “tendência muito grande, tendo em vista a situação de corrupção do País, de se criar instrumentos tipicamente policiais na fiscalização da atividade pública.”<sup>51</sup>

A proposta suscitou enorme debate no Legislativo, recebendo ao todo trezentas e duas emendas<sup>52</sup> na Câmara dos Deputados e cinco substitutivos no Senado Federal, ampliando

---

<sup>49</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1991, ano XLVI, nº 99, p. 68. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17AGO1991.pdf#page=68>>. Acesso em 10 jul. 2019.

<sup>50</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1992, ano XLVII, nº 41, p. 65. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03ABR1992.pdf#page=65>>. Acesso em 10 jul. 2019.

<sup>51</sup> Ibid., p. 67.

<sup>52</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1991, ano XLVI, nº 131, p. 157. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03OUT1991.pdf#page=157>>. Acesso em 10 jul. 2019.

o seu escopo, inicialmente restrito aos casos de enriquecimento ilícito (art. 9º, da LIA), para o formato atual, punindo também a violação de princípios administrativos (art. 11, da LIA) e o dano ao erário (art. 10, da LIA)<sup>53</sup>, na esteira dos rumorosos casos de corrupção dos “Anões do Orçamento” e do “PC Farias”.

Além da ampliação do escopo, aumentou-se as penalidades da Lei de Improbidade Administrativa, que passou a prever a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos, a aplicação de multas que poderiam chegar a 100 (cem) vezes o valor da remuneração do agente público, a proibição de contratação com o poder público, o ressarcimento<sup>54</sup> e a perda de bens.

Daí a advertência do Ministro Teori Zavascki<sup>55</sup> no sentido de que “o ato de improbidade, embora não tenha natureza penal, mantém laços fortes com a seara criminal”, perceptível a partir das “consequências das reprimendas, sendo que somente a pena privativa de liberdade é característica da ação penal. No mais, as consequências são iguais”. No mesmo sentido é o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes e do jurista Arnoldo Wald, para os quais as sanções da improbidade administrativa “em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória”<sup>56</sup>.

É visível, portanto, a inovação da Constituição e principalmente do legislador ordinário, ao dispor sobre improbidade administrativa. Nas palavras de Marcelo Figueiredo:<sup>57</sup>

“o que há de mais próximo, ou de mediato, no dispositivo constitucional a ser analisado parece ser – aí sim um desenvolvimento ou uma simbiose – advinda do direito constitucional e do direito administrativo. Do primeiro, colhe-se todas as teorias da responsabilização dos agentes políticos e seus impedimentos e do direito administrativo, a teoria do desvio de poder, do abuso de poder, o questionamento acerca do mérito do ato administrativo, tudo caminhou para o desenvolvimento do conceito de moralidade administrativa, sobretudo a partir dos precursores

---

<sup>53</sup> A Lei Complementar nº 157/2016 introduziu o art. 10-A, punindo também a concessão indevida de benefício fiscal, posteriormente revogada pela Lei nº 14.230/2021, que transformou o dispositivo em inciso do art. 10. Para além disso, leis esparsas também preveem o ato de improbidade administrativa, como o Estatuto da Cidade e a Lei das Eleições, por exemplo.

<sup>54</sup> Como será exposto ao longo do trabalho, embora a LIA tratasse o ressarcimento como sanção, a doutrina e a jurisprudência consideravam como mero retorno à situação original, antes do ato ímprobo, não se tratando, portanto, de sanção propriamente dita.

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AgRg na Pet nº 3.240. Relator: Min. Teori Zavascki. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, j. 10.05.2018. DJe: 22.08.2018.

<sup>56</sup> O Ministro Gilmar Mendes, em coautoria com o Professor Arnoldo Wald, sustentou “não se tratar de uma ação qualquer, mas de ‘ação civil’ de forte conteúdo penal, com incontestáveis aspectos políticos”, destacando que “a sentença condenatória proferida nessa peculiar ‘ação civil’ é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória.” (MENDES, Gilmar F.; WALD, Arnoldo. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun. 1998. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 04 de jul. 2019).

<sup>57</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. Comentário ao art. 37, §4º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; *et. al.* (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2018, p. 967.

doutrinários trabalhos franceses, tendo Maurice Hariou como um marco referencial do tema, em seu *Précis de Droit Administratif*, bem como assim Welter, em seu *Le Contrôle Jurisdictionnel de la Moralité Administrative*. A doutrina francesa sempre teve forte influência no direito administrativo brasileiro. Desta ao direito constitucional positivo, foi um passo.

Não há ascendente histórico direto, em linha reta, do art. 37, §4º, da Constituição Federal, porque como afirmamos o tema da moralidade administrativa do ângulo constitucional foi verdadeiramente inovador a partir de 1988. Assim, é a partir deste marco histórico (de 1988) que ele assumiu renovada perspectiva e sistematização constitucional e posteriormente legal”

Fábio Medina Osório destaca que a Lei nº 8.429/1992 aproximou o Brasil da legislação internacional. O autor define a improbidade administrativa como espécie de má gestão da coisa pública e, nessa perspectiva, ressalta que a legislação possui paralelo com o código internacional de conduta dos titulares de cargos públicos da ONU, com a *mauvaise gestion* da União Europeia, com a honra funcional no Conselho de Estado francês, com a *maladministration* do *common law*, e outras. Observando a peculiaridade inerente de cada regime, Medina Osório destaca que tais normativos buscam punir a má administração, intencional ou culposa<sup>58</sup>, fora do âmbito penal.

Há de se destacar, contudo, a dificuldade inerente a essa comparação. Certamente existem legislações internacionais que punem a má gestão para além do âmbito penal, como recordou Fábio Medina Osório. Todavia, é perceptível a diferença: enquanto a *maladministration* do *common law* é investigada por *ombudsman*, de forma extrajudicial, com objetivo de intermediar o conflito entre a parte lesada e a entidade que causou a lesão e cujas consequências podem variar desde um pedido formal de desculpas à indenização<sup>59</sup>, a improbidade é investigada pelo Ministério Público (ou entidade lesada) de forma judicial e os interesses em disputa não se resumem à parte lesada, mas seriam de toda a coletividade, com sanções que beiram à seara criminal.

Na conjuntura nacional, o interesse público deve ser particularmente destacado para a compreensão do tema, na medida em que justificou diversos entendimentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça na vigência da LIA em sua redação original<sup>60</sup>, como remessa

---

<sup>58</sup> Como será visto adiante, na vigência da LIA havia divergência doutrinária quanto à constitucionalidade da improbidade culposa. Enquanto alguns defendiam a possibilidade, outros entendiam que a improbidade significa essencialmente a desonestidade e que não é possível ser desonesto de forma culposa. Fábio Medina Osório se posiciona em favor da improbidade culposa na linha do que previsto por esses normativos internacionais. (OSÓRIO, Fábio M. Teoria da improbidade administrativa: má gestão, corrupção, ineficiência. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.).

<sup>59</sup> SANFORD, Mark. The Local Government Ombudsman. Briefing paper nº 04117, 2017. Disponível em: <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04117/SN04117.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2022.

<sup>60</sup> A ideia é de que o interesse público, a indisponibilidade dos direitos em disputa e necessidade de se resguardar os direitos difusos implicam regras materiais e processuais específicas, como pode se perceber de julgados do STJ.

necessária em caso de improcedência e a possibilidade de condenação em dano moral coletivo.

Mesmo em relação ao objeto, embora seja possível se traçar certa semelhança entre *maladministration* e improbidade administrativa, vez que ambas punem, por exemplo, a violação à legalidade, tem-se que a primeira é mais ampla, abarcando outras situações de falha de comunicação<sup>61</sup>.

De forma análoga, o código internacional de conduta dos titulares de cargos públicos<sup>62</sup> se apresenta muito estreito em relação à improbidade administrativa, sem disposições a terceiros e focado no combate da corrupção em âmbito administrativo, deixando de lado situações como nepotismo, por exemplo.

Certamente é possível se afirmar a existência, no âmbito internacional e nacional, de um direito à boa administração pública que pode ser definido como:<sup>63</sup>

“direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas e omissivas.”

Tal conceito deriva do Estado Democrático de Direito e implica que as escolhas administrativas devem ser legítimas, eficazes, motivadas, proporcionais, imparciais, transparentes, justificadas e sustentáveis, consentâneas com o texto constitucional, não se cogitando de decisão absolutamente discricionária e insindicável. Nessa perspectiva, a atuação da Administração Pública é vinculada (e controlada) em razão da sua finalidade e pressupõe a observância dos parâmetros constitucionais e legais.

Todavia, os instrumentos legais para tutela desse direito apresentam variações significativas que não podem ser ignoradas. No caso brasileiro, um desses instrumentos é a LIA que, seja em razão da sua abrangência - tutela do patrimônio público material e imaterial nas mais diversas situações, dentre elas “guerra fiscal”<sup>64</sup>, nepotismo<sup>65</sup>, “rachadinha”<sup>66</sup>, contratação

---

Cf., por exemplo, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.554.380. Relator: Min. Manoel Erhardt (Des. Conv.), j. 28.09.2021. DJe: 14.10.2021.

<sup>61</sup> SANFORD, Mark. Op. cit., p. 5.

<sup>62</sup> UNITED NATIONS. General Assembly Resolution 51/59 on Action against Corruption. 28 jan. 1997. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime\\_Resolutions/1990-1999/1996/GeneralAssembly/A-RES-51-59.pdf](https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/1990-1999/1996/GeneralAssembly/A-RES-51-59.pdf)>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>63</sup> O conceito é derivado da Carta de Direitos Fundamentais de Nice. (FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.)

<sup>64</sup> Art. 10-A, da LIA, revogado pela Lei nº 14.230/2021, que o substituiu pelo art. 10, XXII.

<sup>65</sup> Art. 11, *caput*, da LIA, revogado pela Lei nº 14.230/2021, que o substituiu pelo art. 11, XI.

<sup>66</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no AREsp nº 17.974. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 08.11.2011. DJe: 11.11.2011.

irregular de funcionário público<sup>67</sup> e nomeação de logradouros públicos<sup>68</sup>; seja em razão dos aspectos processuais – amplitude de legitimados passivos e ativos; seja ainda em razão das possíveis sanções, que beiram a seara penal e que produzem efeitos secundários (como a inelegibilidade em alguns casos), apresenta peculiaridades que impedem a comparação direta com leis internacionais e não se esgota na simples má gestão.

Corroborando esse entendimento, cite-se estudo realizado por Maria Gabriela Freitas Cruz<sup>69</sup> que, comparando o ordenamento jurídico brasileiro e o francês, concluiu que não há nesse último um correspondente à improbidade administrativa enquanto ilícito administrativo e que o conceito de probidade por lá é bem restrito quando comparado com o ordenamento jurídico nacional. Assim, embora seja possível identificar no direito francês algumas decisões administrativas que tutelem a moralidade administrativa, o conceito de improbidade possui, conforme Cruz, peculiaridades sem correspondente direto, especialmente no que tange à punição de atos violadores de princípios administrativos.

Dito isso, é importante registrar o alcance e a modificação operada pela LIA comparativamente a outros normativos que também punem a improbidade e o caráter inovador da norma que pode ser percebido especialmente a partir do seu artigo 11.

Notadamente, os bens jurídicos tutelados, que não se esgotam no erário, e a natureza essencialmente formal das condutas punidas (vez que não se exige a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público), representaram grandes avanços em relação às legislações então vigentes<sup>70</sup>.

A natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa também a destacou da ação civil pública e da ação popular. Enquanto a LIA tem feição nitidamente sancionatória, com graves sanções impostas aos condenados, as primeiras têm eficácia apenas ressarcitória, sem maiores punições<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgInt no AREsp nº 963.260. Relator: Min. Sérgio Kukina, j. 02.08.2018. DJe: 08.08.2018.

<sup>68</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp nº 1.146.592. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 04.05.2010. DJe: 11.05.2010.

<sup>69</sup> CRUZ, Maria G. F. O ato de improbidade encontra correspondente na França? In: DIAS, Maria T. F.; PEREIRA, Flávio H. U. (Coord.). O direito administrativo social e econômico: análises de direito comparado. São Paulo: Almedina, 2021, p. 213-233.

<sup>70</sup> A Lei Pitombo-Godói e a Lei Bilac-Pinto que, de certa forma, antecedem a LIA, se aplicavam apenas em caso de prejuízo ao erário causado por servidor público (ou a aquele diretamente vinculado à Administração Pública) e exigiam, ainda, o trânsito em julgado de ação penal reconhecendo o dano causado. (MORAES, Alexandre de. A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário público mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. In: MARQUES, Mauro C. (Coord.). Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Forense, 2017, p. 19-38.)

<sup>71</sup> FERRAZ, Luciano. Dano *in re ipsa* cria, sem lei, novo tipo de improbidade administrativa. Conjur, 04 mai.

Ao longo dos anos, vale dizer, a sentença condenatória da improbidade administrativa incorporou aspectos secundários, corroborando a sua natureza sancionatória, como a inelegibilidade da Lei da Ficha Limpa (art. 1º, I, “I”, da LC nº 64/1990) e a proibição de assunção de função de confiança ou cargo em comissão (cite-se, por exemplo, a Resolução nº 156/2012 do Conselho Nacional de Justiça<sup>72</sup> e a Lei da Ficha Limpa em âmbito municipal<sup>73</sup>).

Mais do que isso, os tipos abertos observados na norma<sup>74</sup> permitiram a utilização da ação de improbidade de forma inovadora: rápida pesquisa na jurisprudência do STJ permite identificar ações de improbidade por fraude à licitação<sup>75</sup>, por desvio de materiais públicos<sup>76</sup>, pela não prestação de contas<sup>77</sup> e também por situações peculiares, como a emissão de atestado médico em benefício próprio para assumir cargo público<sup>78</sup> (o conteúdo do atestado posteriormente foi confirmado pela junta médica do concurso), a não implementação de políticas públicas<sup>79</sup> e o emplacamento de frota municipal com identificação alfanumérica que alude ao partido político do Prefeito Municipal<sup>80</sup>.

Nesse particular, o artigo 11 possui especial significância, pois enquanto “lesão ao erário” e “enriquecimento ilícito” são conceitos razoavelmente concretos, o mesmo não pode ser dito sobre violação a princípios administrativos. Isso porque, na medida em que não há

---

2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/interesse-publico-dano-in-re-ipsa-cria-tipo-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>72</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 156, de 08 de agosto de 2012. Proíbe a designação para função de confiança ou a nomeação para cargo em comissão de pessoa que tenha praticado os atos que especifica, tipificados como causa de inelegibilidade prevista na legislação eleitoral, e dá outras providências. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/56>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>73</sup> Cite-se, por exemplo, o caso do Município de Mogi das Cruzes – SP (Prefeitura de Mogi das Cruzes, 2022. Disponível em: <<https://www.mogidascruzes.sp.gov.br/pagina/secretaria-de-governo/noticia/mogi-das-cruzes-tera-ficha-limpa-municipal-que-impedira-posse-de-condenados-pela-justica>>. Sem autor: Mogi das Cruzes terá Ficha Limpa Municipal, que impedirá posse de condenados pela Justiça. Acesso em: 26 dez. de 2022.).

<sup>74</sup> A LIA possui estrutura normativa em torno de grandes tipos e os artigos 9º, 10 e 11 possuem a mesma estrutura. O *caput* indica a conduta a ser punida – o enriquecimento ilícito, o dano ao erário e a violação a princípios administrativos e, na sequência, os incisos enumeram algumas condutas em que se teria configurado o ato de improbidade administrativa. Ocorre que, na medida em que os incisos são meramente exemplificativos, permitiu-se a utilização da LIA de forma criativa, muitas vezes definindo no caso concreto e após os fatos se a conduta era improbidade administrativa ou não.

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgInt no REsp nº 1.953.135. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 21.03.2022. DJe: 25.03.2022.

<sup>76</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgInt no AREsp nº 1.851.577. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, j. 04.10.2021. DJe: 07.10.2021.

<sup>77</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgInt no REsp nº 1.877.639. Relator: Min. Francisco Falcão, j. 24.02.2021. DJe: 01.03.2021.

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no AREsp nº 73.968. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 02.10.2012. DJe: 29.10.2012.

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgRg no AREsp nº 159.858. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 21.02.2013. DJe: 07.03.2013.

<sup>80</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.553.124. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07.02.2017. DJe: 07.03.2017.

sequer consenso sobre quais são os princípios da Administração Pública, é fácil imaginar a sua profícua utilização nas mais diversas situações<sup>81</sup>.

Assim, somado a outras inovações, como a ampla legitimidade – ativa e passiva, e as orientações jurisprudenciais desfavoráveis aos acusados (algumas detalhadas no segundo capítulo), a Lei de Improbidade Administrativa tornou-se a principal lei de combate à corrupção, sendo-lhe permitida a sua ampla utilização.

## 1.2 A difícil definição do que é improbidade administrativa

Há de se destacar, contudo, que parte da inovação, do alcance e da importância que a Lei nº 8.429/1992 desempenha na tutela da boa administração pública veio de certa omissão do Poder Legislativo, que não atuou na conformação e acomodação do tema.

De forma mais específica, em que pese a advertência do então Deputado Federal Nelson Jobim acerca da necessidade de se delimitar bem o conteúdo normativo da lei diante da tendência de se criar “institutos policialescos”<sup>82</sup>, a LIA foi econômica – para não dizer omissa, em diversos aspectos.

A ausência de conceituação do que é improbidade administrativa associada à ausência de parâmetros definidos de proporcionalidade da sanção<sup>83</sup> por parte do Legislativo impuseram a sua definição pelo Poder Judiciário. A partir disso, pode-se inquirir: afinal, o que é improbidade administrativa?

Tal questionamento, longe de ser uma indagação retórica, é importante ao se

---

<sup>81</sup> Estudo feito pela Confederação Nacional de Municípios (CNM) revela que mais de 52% das acusações referem-se a violações a princípios e que pouco mais de 34% das condenações tomam por base esse dispositivo. (CARNEIRO, Rafael A. Ações de improbidade no STJ: o que se condena? Jota, 04 jan. 2022. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-aco-es-de-improbidade-o-que-se-condena-04012022>>. Acesso em: 26 dez. 2022.)

<sup>82</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Diário do Congresso Nacional. Seção I. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1992, ano XLVII, nº 41, p. 65. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03ABR1992.pdf#page=65>>. Acesso em 10 jul. 2019.

<sup>83</sup> A LIA apenas trouxe a previsão das sanções, mas não trouxe balizas. Assim, a dosimetria fica à cargo do juiz sentenciante. Há precedente do STJ destacando a gravidade da sanção de perda dos direitos políticos, que consistiria, junto com a perda da função pública, nas “mais drásticas das penalidades estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa, devendo, por isso, serem aplicadas apenas em casos graves.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1.013.434. Relator: Min. Og Fernandes, j. 29.03.2017. DJe: 31.03.2017.). Todavia, estudo empírico realizado revelou que a suspensão dos direitos políticos é a segunda pena mais aplicada (atrás apenas da multa), demonstrando a problemática aqui aludida (CARNEIRO, Rafael A. Sanções por improbidade: existe dosimetria? Jota, 11 jan. 2022. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-sancoes-por-improbidade-dosimetria-11012022>>. Acesso em: 03 set. 2022).

considerar a existência de outras formas de punição de ilícitos, como, por exemplo, o Código Penal, o Decreto-lei nº 201/1967 (para prefeitos), a Lei nº 8.112/1990 (para servidores públicos federais), a Lei nº 1.079/1950 (para Governadores), a Lei nº 12.846/2013 (para empresas), o Código de Ética da profissão<sup>84</sup>, o próprio Código Civil, a Lei nº 8.443/1992 (que regulamenta o Tribunal de Contas da União), e outros normativos.

Essa plêiade de regimes sancionadores levou o legislador a incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro o art. 22, §3º, que afirma que “As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

Além disso, deve-se apontar que parte desses regimes também punem a improbidade, cite-se, por exemplo, o art. 132, IV, da Lei nº 8.112/1990 que estabelece a pena de demissão ao servidor público em caso de improbidade administrativa. Há, então, alguma diferença entre a improbidade administrativa prevista na LIA e a improbidade administrativa prevista nessas outras leis?

A convivência da improbidade administrativa com outros regimes sancionatórios e com a especificidade da LIA foi observada pelo ex-Procurador-Geral da República Aristides Junqueira Alvarenga, para quem "atos administrativos contrários aos princípios da legalidade ou da moralidade administrativa (mas não com índole de improbidade) devem ser perseguidos por ação popular ou por ação civil pública, mas não por ação de improbidade administrativa"<sup>85</sup>.

Pois bem, como dito anteriormente, a Lei nº 8.429/92, em sua redação original, não trouxe qualquer definição do que seria o ato de improbidade. Antes, procurou exemplificar condutas que configurariam improbidade administrativa a partir dos bens jurídicos tutelados (princípios administrativos – art. 11 da LIA; lesão ao erário – art. 10 da LIA; e enriquecimento ilícito – art. 9º da LIA).

Ocorre que tal definição não se mostrou suficiente, sobretudo no que se refere aos princípios administrativos, e logo surgiram questionamentos judiciais se determinada conduta se configuraria ou não como improbidade administrativa.

Diante de casos concretos, o Poder Judiciário procurou estabelecer o conceito de

---

<sup>84</sup> O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), por exemplo, exige que o advogado condizente com a profissão, sob pena de punição, isto é, estabelece-se por meio de lei um dever de agir moralmente (BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República [1994]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em: 13 fev. de 2023).

<sup>85</sup> ALVARENGA, Aristides J. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito brasileiro. *In*: BUENO, Cássio S.; PORTO FILHO, Pedro P. de R. (Coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 111.

improbidade administrativa. Em 2011, o Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de se debruçar originariamente<sup>86</sup> sobre o tema e, na ocasião, o Ministro Teori Zavascki conceituou a improbidade administrativa como sendo a lesão intencional e tipificada da coisa pública (*res publica*)<sup>87</sup>:

Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.

O Supremo Tribunal Federal, ademais, reconheceu a importância e a imprescindibilidade do elemento subjetivo, isto é, da vontade do agente (dolo e/ou culpa) para a tipificação do ato de improbidade.<sup>88</sup>

Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário (...). A lei de improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção, exigindo, dessa forma, o elemento subjetivo para sua caracterização. Nesse exato sentido, MARIA ZANELLA DI PIETRO afirma que “o enquadramento da lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto” (Direito Administrativo. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 675). Afastou-se, portanto, a responsabilização objetiva do servidor público ou de terceiro, pois a finalidade da lei é responsabilizar e punir o administrador desonesto, que, deliberadamente, pratique condutas direcionadas à corrupção.

Para além da judicialização da questão, a doutrina também enfrentou a discussão sobre

---

<sup>86</sup> É importante destacar que, considerando as sanções impostas, inclusive de perda da função, houve discussão sobre a competência para julgamento da ação de improbidade administrativa. Muitos defendiam o foro por prerrogativa de função, o que chegou a ser reconhecido por lei (Lei nº 10.628/2001, posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.797/DF) e pela jurisprudência do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl nº 2.138. Relator: Min. Nelson Jobim. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 13.06.2007. DJe: 18.04.2008.). Este entendimento posteriormente foi revisto, sedimentando a inexistência de foro por prerrogativa de função em ações de improbidade administrativa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AgRg na Pet nº 3240. Relator: Min. Teori Zavascki. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, j. 10.05.2018. DJe: 22.08.2018.), salvo para Ministros do STF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. QO na Pet nº 3.211. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Menezes Direito, j. 13.03.2008. DJe: 27.06.2008.). Essas discussões permitiram ao STJ se debruçar originariamente sobre o tema da improbidade administrativa em algumas poucas ocasiões.

<sup>87</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AIA nº 30. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 21.09.2011. DJe: 28.09.2011.

<sup>88</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. AO nº 1.833. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 10.04.2018. DJe: 08.05.2018.

a necessidade de dolo e/ou culpa para configuração do ato de improbidade administrativa, mas com foco na identidade ou não dos conceitos de ilegalidade, de imoralidade e de improbidade. Para melhor compreensão do tema, o trabalho se aprofundará, a seguir, em diferentes perspectivas teóricas e doutrinárias referentes à questão.

Emerson Garcia<sup>89</sup> manifestou-se, por exemplo, afirmando que a moralidade, a legalidade e a probidade administrativa se confundem. É evidente, porém, que se há identidade entre ilegalidade e improbidade, não há que se falar em dolo ou culpa, já que o ato de improbidade seria configurado a partir da simples conduta írrita às normas e princípios jurídicos.

O problema dessa definição, então, está no fato de que diante de qualquer mandado de segurança ou *habeas corpus* que fosse provido, deveria a autoridade coatora responder também por improbidade, vez que caracterizada a ilegalidade. Trata-se, sem dúvida, de interpretação que não encontra respaldo legal.

Para contornar essa questão, defende-se que a tipificação da improbidade deveria ser feita à luz da proporcionalidade de forma a se evitar a aplicação da LIA em situações de pouca ou nenhuma relevância.

Ocorre que o teste de proporcionalidade não se afigura suficiente para evitar abusos. Isso porque é difícil definir situações de relevância ou não para a deflagração da improbidade administrativa. Embora existam situações limítrofes em que se tem certeza da incidência ou não da LIA, a maior parte dos casos está compreendido em uma zona de penumbra na qual, dependendo da interpretação a ser feita, pode haver ou não a incidência do normativo.

Em outras palavras, a fluidez propiciada pelo teste de proporcionalidade não confere certeza suficiente para se saber de antemão se haverá incidência ou não da Lei de Improbidade Administrativa, ferindo-se a segurança jurídica, a tipicidade e as garantias fundamentais dos acusados.

Corroborando com o que foi dito acima, sob uma perspectiva fática, inúmeras situações peculiares (quando não espúrias) continuaram a ser questionadas em juízo, o que, inclusive, foi amplamente relatado no Congresso Nacional quando da elaboração da Nova Lei de Improbidade Administrativa.

Uma segunda corrente de pensamento defende a identidade entre imoralidade e improbidade, o que implica a necessidade de, ao menos, culpa para sua configuração. Nesse

---

<sup>89</sup> GARCIA, Emerson. Improbidade é sinônimo de desonestidade? Revista JUS, Belo Horizonte, v. 43, nº 26, jan./jun. 2012.

sentido, cite-se Celso Ribeiro Bastos<sup>90</sup>, Waldo Fazzio Júnior<sup>91</sup> e José Afonso da Silva<sup>92</sup>.

Em suma, se a ilegalidade se afigura como algo objetivo, decorrente da simples violação da lei, a imoralidade exige algo a mais – o elemento subjetivo, isto é, o dolo ou a culpa. A exigência do elemento subjetivo, por sua vez, atenderia, em primeiro lugar, ao conceito de sanção.

Nesse contexto, Rafael Munhoz de Mello<sup>93</sup> situa o conceito de sanção no âmbito da Constituição da República. Segundo o autor, haveria um núcleo constitucional sancionatório, isto é, de princípios constitucionais que devem ser observados em qualquer situação em que haja a aplicação de sanção. Um desses princípios, cabe dizer, é a culpabilidade, assim entendida como a imposição de sanção unicamente a quem voluntariamente contribuiu ou cometeu a infração administrativa.

Nesse ponto, é imprescindível diferenciar o ilícito civil do ilícito administrativo, do qual a improbidade se apresenta como espécie. Enquanto o ilícito civil pode ser definido como fato antijurídico, danoso, cometido com intenção de prejudicar e que pode ser atribuído ao seu autor, o ilícito administrativo decorre de violação voluntária de um dever estatutário ou de outra norma que discipline a atuação do agente administrativo, devendo a correspondente sanção ser aplicada por autoridade no exercício de função administrativa<sup>94</sup>.

As distinções entre esses ilícitos são visíveis: enquanto o ilícito civil apresenta um caráter genérico, o ilícito administrativo só é aplicável ao agente administrativo e decorre da violação de um dever previsto em estatuto. O ilícito civil tem por consequência a reparação, o

---

<sup>90</sup> BASTOS, Celso R.; MARTINS, Ives G. Comentários à constituição do Brasil: Vol. 3º, Tomo III, arts. 37 a 43. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 163.

<sup>91</sup> FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2007, p. 71.

<sup>92</sup> A rigor, José Afonso da Silva afirma que a improbidade seria uma imoralidade administrativa qualificada. Haveria o dever do funcionário servir a Administração de forma honesta, ética e leal, e o descumprimento destes deveres, qualificado pela lesão ao erário e pela correspondente vantagem indevida configuraria a improbidade administrativa. Ocorre que, nesta hipótese, é questionável qual a verdadeira diferença entre improbidade e imoralidade administrativa. O autor parece aludir ao teste de proporcionalidade, por conta da gravidade das sanções. Nada obstante, para além das ressalvas já indicadas quanto ao uso do teste de proporcionalidade para definição do regime jurídico, há de se considerar que o próprio autor menciona que a probidade administrativa poderia ser tutelada por meio de ação popular, tal qual a moralidade administrativa. Dessa forma, José Afonso da Silva equipara moralidade e improbidade, cuja distinção residiria unicamente no tratamento jurídico dispensado, tendo em vista as severas sanções da última; ontologicamente não haveria qualquer diferença. (SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 646-647.)

<sup>93</sup> MELLO, Rafael M. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>94</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Do ilícito administrativo. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, vol. 68, n. 1, 1973, p. 135-159. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66693>>. Acesso em: 26 dez. 2022. No mesmo sentido: MELLO, Celso A. B. de. Curso de direito administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ilícito administrativo atinge a vinculação do agente público ao Estado; enquanto o ilícito civil pode se materializar de forma objetiva (responsabilidade objetiva do infrator), o ilícito administrativo requer a voluntariedade, isto é, o dolo ou a culpa; enquanto a vítima no ilícito civil é o particular ou pessoas jurídicas privadas, no ilícito administrativo a vítima é a sociedade como um todo.

A voluntariedade característica do ilícito administrativo também concretiza a ideia de falibilidade do gestor público, a concepção de que simples equívocos podem ocorrer na Administração Pública, especialmente diante de sua complexa estrutura moderna, o que não significa aceitar vícios. É dizer: a autotutela da Administração Pública ainda permite que atos administrativos sejam anulados e corrigidos e, na via judicial, a ação popular e a ação civil pública também permitem a anulação de ato lesivo ao patrimônio público (podendo, inclusive, haver ressarcimento), mas a punição, a aplicação de sanções aos agentes públicos só se justifica caso haja voluntariedade na conduta reputada ilícita, sobretudo porque não é possível identificar a desonestidade de forma objetiva.

De forma análoga, Fábio Medina Osório<sup>95</sup> define a improbidade como “espécie de má gestão pública”. Tal qual José Afonso da Silva, o autor afirma que a improbidade seria uma espécie de imoralidade administrativa qualificada, consubstanciada na violação da ética e eficiência funcional, reservando-a para os casos mais graves.

Um problema com essa equiparação, contudo, é a ausência de conceituação do que é moralidade administrativa, conceito que foi incorporado no Brasil principalmente a partir de Hely Lopes Meirelles, com base nas lições de Maurice Hariou, mas sem rigor técnico quanto ao seu conteúdo ou consulta aos escritos originais, o que causou distorções interpretativas<sup>96</sup>.

Até 1988 havia certo consenso de que a moralidade administrativa era sinônimo de desvio de poder, mas com a Constituição Federal de 1988 e a constitucionalização desse princípio (art. 37, *caput*, da CF/88), surgiram outras interpretações que possibilitaram o aumento do controle dos atos da Administração Pública sob a perspectiva da moralidade o que, se por um lado possui efeito dissuasivo, em excesso pode causar paralisia da própria Administração<sup>97</sup>.

Em linhas gerais, a moralidade é interpretada como a obrigação do administrador

---

<sup>95</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2018, p. 82.

<sup>96</sup> JARDIM, Flávio J. de M.; Pereira, Flávio H. U. Direito claramente determinado: a necessária evolução da aplicação do princípio da moralidade nos processos sancionadores. In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. G. (Org.) O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017, p. 442-456.

<sup>97</sup> Ibid., p. 442-456.

público observar, tanto na sua conduta interna quanto em sua conduta externa, os preceitos éticos, isto é, o que é honesto e desonesto, consubstanciando a ideia do bom administrador.<sup>98</sup> Não se trata aqui de remissão da moralidade comum, que é própria do indivíduo, mas sim àquela que se encontra protegida pelo ordenamento jurídico<sup>99</sup> e que pode ser apreendida a partir das normas vigentes<sup>100</sup>.

Voltando-se a uma outra perspectiva doutrinária, uma terceira corrente de pensamento define a improbidade como uma categoria específica de ilícito, que não se confunde com a ilegalidade ou com a moralidade. Nesse sentido, Flávio Henrique Unes Pereira e Márcio Cammarosano apontam que a Constituição da República confere tratamento diferenciado aos conceitos de imoralidade, de ilegalidade e de improbidade, cuja distinção se daria a partir do elemento subjetivo.<sup>101</sup> Conforme os autores:

Percebe-se, claramente, que em mais de uma passagem o constituinte atrelou a (im)probidade administrativa à imposição de sanções de extrema gravidade: i) no art. 15, V, e art. 37, § 4o., ao prever a suspensão ou perda dos direitos políticos; ii) no art. 37, § 4o., ao dispor sobre a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário; e, no art. 85, ao disciplinar o crime de responsabilidade. Tal constatação autoriza concluir que a improbidade administrativa, diferentemente da ilegalidade ou imoralidade, somente ocorre na perspectiva de grave abuso do direito ou do desvio de finalidade, a atrair, necessariamente, o elemento subjetivo por parte do agente público. Caso contrário, não subsistiria diferença alguma entre (im)probidade e (i)moralidade administrativas, e até mesmo em relação à (i)legalidade.

De forma análoga, Isabela Giglio Figueiredo afirma que “os atos de improbidade implicam a violação de um dever moral e também a violação de um dever legal”, caracterizando-se a partir do elemento subjetivo.<sup>102</sup> Cite-se, ainda no mesmo sentido, Marcelo Figueiredo<sup>103</sup>, Napoleão Nunes Maia Filho e Mário Henrique Goulart Maia<sup>104</sup>, Clóvis

<sup>98</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 22.

<sup>99</sup> MELLO, Celso A. B. de. Op. cit., p. 120.

<sup>100</sup> Vale observar, contudo, que não é tão simples saber o que é e qual é a extensão da moralidade albergada pelas normas jurídicas, bastando lembrar que alguns autores defendem que o direito tutela uma moralidade mínima de atuação e deveres de agentes, mas também uma moralidade mais elevada, de aspiração daquilo que se deseja ser e alcançar na sociedade (SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Lei e Leviatã: resgatando o estado administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 61).

<sup>101</sup> PEREIRA, Flávio H. U.; CAMMAROSANO, Márcio. O elemento subjetivo na improbidade administrativa: por uma responsável motivação das decisões judiciais. Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 241, ano 28, jan./fev./mar. 2016. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/stj-revista-eletronica-2016\\_241.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/stj-revista-eletronica-2016_241.pdf)>. Acesso em: 16 jul. 2019.

<sup>102</sup> FIGUEIREDO, Isabela G. Improbidade administrativa: dolo e culpa. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 45.

<sup>103</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. Proibidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>104</sup> MAIA FILHO, Napoleão N.; MAIA, Mário H. G. Improbidade administrativa: breves estudos sobre a justa causa e outros temas relevantes de direito sancionador. Fortaleza: Impreco, 2014.

Beznos,<sup>105</sup> Calil Simão<sup>106</sup> e outros.

Há de se observar, contudo, que mesmo dentro dessa terceira corrente doutrinária, majoritária, há sensíveis diferenças. Enquanto alguns autores defendem que a probidade seria decorrência da moralidade, já que a primeira seria a instrumentalização da última<sup>107</sup>, outros afirmam que a probidade seria mais ampla que a moralidade, porquanto consideraria outros princípios, como a impessoalidade e a eficiência<sup>108</sup>. Assim, embora haja concordância em relação ao fato de que probidade e moralidade não se confundem, não há concordância quanto à extensão desses conceitos.

Em linhas gerais, porém, é possível dizer que essa corrente doutrinária entende que a improbidade seria regime específico, destinado a sancionar atos graves de má-gestão, de corrupção das instituições e de flagrante violação aos princípios administrativos, isto é, trata-se de punir a desonestidade do agente público, realçando o caráter sancionatório dessa ação e a sua proximidade com o direito penal, que pode ser percebida (i) a partir das graves sanções da ação de improbidade, que por vezes superam as sanções penais; (ii) a partir da equiparação entre as sanções da improbidade administrativa e dos crimes comuns, como a suspensão dos direitos políticos nos termos do artigo 15 da CF/88; (iii) a partir do conteúdo das condutas tipificadas, que se aproximam de diversos tipos penais e dos chamados crimes de responsabilidade<sup>109</sup>.

A grande dificuldade que se põe em torno dessa corrente de pensamento coloca-se na configuração e no conceito de dolo, como pode ser percebido a partir do julgamento do REsp nº 765.212/AC, de relatoria do Ministro Herman Benjamin (DJe 23.06.2010).

Nesse caso, houve a veiculação de propaganda oficial do município, custeada com verba pública, com o nome e a fotografia de políticos que, em violação ao art. 37, §1º, da CF/88, foram acusados de improbidade administrativa.

---

<sup>105</sup> BEZNOS, Clóvis. Improbidade administrativa – reflexões. In: MELLO, Celso A. B. de; *et al* (Coords.). Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 273-309.

<sup>106</sup> SIMÃO, Calil. A desonestidade e a deslealdade como elementos essenciais do conceito de improbidade administrativa. In AUFIERO, Aniello; LINS, James (Coords.). Do combate à improbidade administrativa: considerações sobre a lei nº 8.429/92 e afins. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 33-50.

<sup>107</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace P. Probidade administrativa. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 101-113.

<sup>108</sup> MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre A. de A. A tutela do patrimônio público. In: VITORELLI, Edilson (Org.). Manual de direitos difusos. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 502.

<sup>109</sup> Respeitando posicionamentos em sentido contrário, há de ser feita a ressalva, contudo, que crimes de responsabilidade não se tratam propriamente de crime, mas de infração político-administrativa, recebendo este nome em razão de tradução equivocada de *high crimes and misdemeanors*, como sinalizam Brossard (BROSSARD, Paulo. O impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992) e José Frederico Marques (MARQUES, José F. Observações e apontamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Editora Saraiva, 1961).

Após absolvição no âmbito do Tribunal Estadual por ausência de dolo, com o entendimento de que a conduta seria meramente irregular, o Ministério Público interpôs Recurso Especial. Quando do julgamento no Superior Tribunal de Justiça, o voto do relator sinalizou que a mera voluntariedade da conduta bastava para a configuração da improbidade, mas o voto vista estabeleceu a aproximação entre o direito penal e o direito administrativo sancionador.

Notadamente, o voto vista elucidou que há um microsistema de proteção à moralidade administrativa que, pautado pela segurança jurídica e pela justiça (enquanto um valor que orienta o sistema normativo) deve observar a adequação valorativa, de modo que haja certa igualdade na valoração de situações. Com base nessa lógica, seria possível a aproximação de valores e princípios típicos do direito penal ao direito administrativo sancionador e, ainda que não haja a incidência de “todas as regras e princípios” daquele ramo do direito ou com a mesma extensão, estas regras e princípios devem orientar a aplicação das normas sancionadoras no âmbito administrativo.

O voto vista continuou expondo as gravidades das sanções da LIA e rechaçou a possibilidade da simples voluntariedade para configuração do ato de improbidade, sob pena de se atrair a lógica do direito civil<sup>110</sup>, afastando-se o princípio da culpabilidade e a lógica do direito penal. O ministro vistor concluiu, com base em estudos de direito penal, que a vontade “pressupõe uma conduta com resultado querido”. Ou seja, o dolo, segundo o voto vista, residiria na intenção do agente e não se confunde com a voluntariedade, que seria o simples agir.

Na sequência, o relator pediu vista regimental e reformulou o seu voto, adequando-o ao voto vista. Em seu novo voto, o relator ressalva seu ponto de vista, de que seria possível a configuração de improbidade administrativa por ato culposo, argumentando que a LIA também atinge o agente que é displicente no desempenho da função pública e reafirma que “seria um exagero caracterizar improbidade administrativa cada vez que o administrador causasse um dano”.

Na sequência, por meio de seu novo voto, o relator afirma que o dolo na improbidade administrativa “reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta, comissiva ou omissiva, que não se coadune com os princípios administrativos” e não seria necessário analisar “se o agente atua com intenção específica de violar a lei ou com outra especial finalidade”.

Assim - considerando que na prática a exigência de dolo genérico, direto ou eventual

---

<sup>110</sup> Recorde-se aqui a já aludida distinção entre ilícito civil e ilícito administrativo.

não teria maiores repercussões no combate à improbidade administrativa - o relator adotou o entendimento de que seria necessária a configuração do dolo genérico para o ato de improbidade administrativa, entendido como a simples vontade de praticar ato contrário à lei.

A discussão observada em torno do caso bem retrata a dificuldade dessa corrente doutrinária. Assentar a distinção da improbidade e da imoralidade a partir da vontade do agente, da má-fé da conduta, da desonestidade do administrador e do dolo perpassa dificuldades inerentes à conceituação do que é o dolo e a má-fé do agente.

Como é cediço, há diferentes teorias de dolo, diferentes modalidades,<sup>111</sup> e a distinção entre dolo e culpa nem sempre é clara, bastando recordar a culpa consciente e o dolo eventual. Ademais, como relatou o voto vista do caso analisado, considerando a complexa natureza da improbidade administrativa, que tangencia a seara penal, administrativa e civil, não há clareza se o dolo deve ser analisado à luz do direito civil ou do direito penal.

Outro debate doutrinário relevante relacionado à definição do ato de improbidade administrativa trata da possibilidade da improbidade culposa.

Em regra, a equiparação entre imoralidade e improbidade implica no reconhecimento e possibilidade da improbidade administrativa em sua modalidade culposa. Com efeito, na medida em que a imoralidade equivale à improbidade e esta se configura a partir da culpa, não exigindo o dolo, então é possível a improbidade culposa.

Fábio Medina Osório, que defende a improbidade como má gestão, também defende a improbidade culposa, argumentando ser legítima a sanção aplicada aos administradores por atos “gravemente culposos, dentro de um esquema de tipicidade montado sobre as bases da legalidade e da segurança jurídica”.<sup>112</sup>

Segundo o autor, a própria Constituição, ao proteger a eficiência e a economicidade (art. 37, *caput*, da CF/88), somada a existência de crimes culposos contra a Administração Pública, como o peculato (art. 312, §2º, do Código Penal), estimulariam e legitimariam a punição de atos culposos. Nesse contexto, seria necessário observar a adequação valorativa, de forma que haja certo paralelismo na valoração de condutas ilícitas. Diante da possibilidade de improbidade culposa, para manutenção da proporcionalidade, o ato culposo deve ser punido de

---

<sup>111</sup> Dentre outros, cf. AMERICANO, Odin. Da culpabilidade normativa. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 6, 1954. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/search/authors/view?givenName=Odin&familyName=Americano&affiliation=&country=&authorName=Americano%20C%20Odin>>. Acesso em 26 dez. 2022; BACIGALUPO, Enrique. Direito penal: parte geral. São Paulo: Malheiros, 2005; BRANDÃO, Cláudio. Da culpabilidade na dogmática penal. In: MENDES, Gilmar F.; BOTTINI, Pierpaollo C.; PACELLI, Eugenio (Coord.). Direito penal contemporâneo: questões controversas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 195-212.

<sup>112</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2018, p. 237-238.

forma mais branda do que o ato doloso.

O reconhecimento da improbidade culposa, porém, não é exclusividade daqueles que equiparam ilegalidade e improbidade. Martins Júnior, por exemplo, embora compreenda que probidade e moralidade são institutos distintos, sendo o primeiro a instrumentalização do segundo<sup>113</sup>, entende que seria possível a improbidade culposa, especialmente em caso de violação à princípios, de forma a garantir máxima eficácia aos dispositivos legais.

Nessa hipótese, é necessária a presença de culpa grave e de grave violação dos princípios administrativos que demonstrem a violação da ética. A violação à probidade administrativa, especialmente à legalidade, seria demonstrada caso houvesse a nítida intenção de violar a lei e ofensa à ética,<sup>114</sup> e deveria haver na aplicação da sanção a observância da proporcionalidade, de modo que o ato culposo fosse sancionado com menor intensidade.

Tal raciocínio, contudo, incorre em diversos impasses: se o dolo é quando o agente quis atingir o resultado, há, na modalidade dolosa, “nítida intenção” de violação da lei, o que torna difícil distinguir o dolo e a culpa grave, e se revela problemático para fins de dosimetria da sanção. Não fosse suficiente, há de se destacar que o raciocínio se sustenta em conceitos de elevada abstração, como “grave violação”, “princípios administrativos”, “ética” e “nítida intenção”.

Com isso, quer-se dizer que a admissão da improbidade culposa, sobretudo quando orientada de forma a conferir maior eficácia aos dispositivos, perpassa por dificuldades conceituais e práticas que tendem aproximar a improbidade da irregularidade, o que não é admitido.

Dessa forma, a inconstitucionalidade (ou, quando menos, impropriedade) da improbidade culposa foi arguida por diversos fundamentos: ora porque é impossível ser desonesto sem dolo ou por simples imperícia, negligência e imprudência<sup>115</sup>, ora porque deve ser estabelecido paralelo entre a Lei nº 8.429/1992 (LIA), o Código Penal e outros normativos que dispõem sobre probidade administrativa, especialmente a Lei nº 1.079/1950 (Lei do Impeachment).<sup>116</sup>

No âmbito legal e jurisprudencial, a redação original da Lei de Improbidade

---

<sup>113</sup> Para Martins Júnior, a improbidade requer “uma especial qualificação do ato e seus efeitos, demonstrativa da inabilitação moral e do desvio ético de conduta do agente público” (MARTINS JÚNIOR, Wallace P. Op. cit., p. 114).

<sup>114</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace P. Op. cit., p. 285.

<sup>115</sup> Nesse sentido, cf. MAIA FILHO, Napoleão N.; MAIA, Mário H. G. Op. cit., p. 120-123; e PEREIRA, Flávio H. U.; CAMMAROSANO, Márcio. Op. cit., p. 577-604.

<sup>116</sup> Nesse sentido, cf. BEZNOS, Clóvis. Improbidade administrativa – reflexões. In: MELLO, Celso A. B. de; *et al* (Coords.). Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 273-309.

Administrativa punia expressamente a improbidade culposa em caso de lesão ao erário (art. 10), o que era profundamente criticado sobretudo por aqueles que destacam a diferenciação entre a improbidade e a imoralidade a partir do elemento subjetivo. A constitucionalidade do dispositivo, contudo, nunca chegou a ser enfrentada diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

No Superior Tribunal de Justiça, o tema foi debatido não sob a perspectiva de legalidade do artigo 10, mas sim, a partir do questionamento se seria possível a punição, a título de culpa, em caso de enriquecimento ilícito (art. 9º) e violação a princípios (art. 11), consolidando ao final, como acima visto, o entendimento de que se admitiria a modalidade culposa apenas em caso de lesão ao erário por expressa disposição da lei.<sup>117</sup>

### **1.3 O direito administrativo sancionador como solução ao direito administrativo do medo e ao apagão das canetas**

Do arcabouço teórico explorado no tópico anterior, percebe-se a dificuldade de se conceituar o que é improbidade administrativa. Há consenso de que a LIA se destina a atos reputados graves que ofendem a moralidade e a lealdade das instituições<sup>118</sup>. Contudo, essa definição é insuficiente para a identificação do ato de improbidade.

Como decorrência da omissão legislativa, ora sob a perspectiva do filtro de proporcionalidade, por aqueles que equiparam a improbidade e a ilegalidade; ora sob a perspectiva do que é moralidade, por aqueles que equiparam a improbidade e a imoralidade; e ora sob a perspectiva do que é dolo e culpa, as distintas correntes esbarram em problemas práticos que acabaram por relegar ao Ministério Público e especialmente ao Poder Judiciário, em última análise, a definição do que é improbidade.

Ou seja, os tipos abertos trazidos pela Lei nº 8.429/1992 refletem grande desconfiança em relação ao administrador<sup>119</sup> e procuram abarcar o máximo de situações possíveis, na

---

<sup>117</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AIA nº 30. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 21.09.2011. DJe: 28.09.2011.

<sup>118</sup> Recorde-se que mesmo aqueles que defendem a improbidade por simples violação à legalidade reconhecem a necessidade de se estabelecer um filtro de proporcionalidade e que não seria possível o ajuizamento de ação de improbidade para toda e qualquer situação em que haja violação da legalidade.

<sup>119</sup> André Rosilho destaca que algumas legislações editadas no início dos anos 1990, como a LIA e a Lei nº 8.666/1993, como consequência do turbilhão político daquele momento, marcado pelo impeachment de Fernando Collor e outros escândalos de corrupção, denotam grande desconfiança em relação ao Executivo, procurando, de forma quase irracional, aumentar o controle interno e externo, de modo a responder demandas populares e tentar

expectativa de que o Poder Judiciário e o Ministério Público, por suas características e responsabilidades institucionais punirão a corrupção e casos graves, atentando para simples irregularidades<sup>120</sup>.

Ocorre que a opção legislativa, de omissão na definição do tema, atrai o risco do casuísmo, de que situações idênticas recebam tratamentos distintos por razões pessoais, políticas, midiáticas etc., de que haja o abandono da finalidade da lei – punição do ímprobo, em favor de aumento do número de ações e de condenações<sup>121</sup>.

Essa, aliás, era a grande crítica da LIA e que deságua na sua reforma: a não distinção dos atos de improbidade administrativa de atos irregulares. Pois, em razão disso, para além da sensação de injustiça, tinha-se a aplicação das severas penas da improbidade administrativa para pequenos atos, que poderiam - e deveriam - ser apenados de forma distinta.

Por esse motivo, a LIA passou a ser apontada como a razão do “apagão das canetas” e do direito administrativo do medo. Os números impressionam: um estudo do Conselho Nacional de Justiça levantou que, em 2011, existiam 43.773 ações de improbidade em tramitação em todo o Brasil<sup>122</sup>. Mais recentemente, em 2019, Araripe constatou que se trata do segundo principal tema no âmbito do STJ, com mais de 4.800 acórdãos sobre o tema e mais de 4.000 processos no acervo<sup>123</sup>.

É de se concluir que dificilmente todas essas ações em andamento configurariam situação de corrupção e quebra de lealdade com as instituições. Alguns exemplos de ações de improbidade administrativas espúrias já foram dados nesse trabalho e outros poderiam ser dados (cite-se, por exemplo, o caso do Chefe de Gabinete condenado por prejuízo de R\$ 8,47, referente ao dispêndio de gasolina no transporte incorreto de utensílios particulares<sup>124</sup>).

---

conter a corrupção (ROSILHO, André. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2016. Disponível em <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/publico/Andre\\_Rosilho\\_Controla\\_da\\_Administracao\\_Publica\\_pelo\\_TCU\\_INTEGRAL.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/publico/Andre_Rosilho_Controla_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL.pdf)>. Acesso em: 26 dez. 2022).

<sup>120</sup> SUNDFELD, Carlos A.; KANAYAMA, Ricardo A. A promessa que a lei de improbidade administrativa não foi capaz de cumprir. Revista da AGU, Brasília, v. 12, n. 02, p. 409-426. Disponível em <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2789/2213>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>121</sup> Ibid., p. 412.

<sup>122</sup> SANTOS, Rodrigo V. dos. Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, *ebook*.

<sup>123</sup> CARNEIRO, Rafael A. STJ em números: improbidade administrativa. Jota, 06 jun. 2020. Disponível em <[https://www.jota.info/OPINIAO-E-ANALISE/ARTIGOS/STJ-EM-NUMEROS-IMPROBIDADE-ADMINISTRATIVA-06062020#\\_ftnref4](https://www.jota.info/OPINIAO-E-ANALISE/ARTIGOS/STJ-EM-NUMEROS-IMPROBIDADE-ADMINISTRATIVA-06062020#_ftnref4)>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>124</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 892.818. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 11.11.2008. DJe: 10.02.2010.

Essa ausência de critérios para a utilização da improbidade administrativa inculca receio tão grande nos administradores públicos que se recusavam a decidir. Sundfeld e Kanayama relatam que entre 2010 e 2015 por volta de 27% do orçamento dos municípios do Estado de São Paulo deixaram de ser executados, revelando o chamado apagão das canetas<sup>125</sup>.

O direito administrativo do medo<sup>126</sup> se apresenta como consequência do modelo de controle externo da Constituição de 1988: partindo da desconfiança com o gestor público, erigiu-se modelo de forte repressão da gestão e da coisa pública, o que acaba por causar a inação do gestor, já que a decisão, especialmente decisões inovadoras, envolvem riscos que podem desaguar em processos criminais, cíveis e administrativos<sup>127</sup>.

Se por um lado é indiscutível a necessidade do controle externo, o que por si só é suficiente para alterar o funcionamento da estrutura governamental, por outro é certo que o excesso e/ou a forma do controle externo produz efeitos deletérios que não podem ser desconsiderados. Não necessariamente uma maior quantidade de controle externo será algo positivo; não necessariamente o controle externo baseado em burocracia será positivo. Daí o chamado direito administrativo do medo, que tem inspiração em episódios históricos de corrupção nacional, e o “apagão das canetas”, que é a sua consequência e sintetiza a inação dos gestores públicos<sup>128</sup>.

É fácil perceber a importância da improbidade administrativa nesse contexto e, embora não seja a única ação repressiva<sup>129</sup>, trata-se da principal norma sancionadora e cujas maiores amarras repousam nos próprios órgãos acusatórios/decisórios. Daí porque se afirma que ser réu em ação de improbidade, caso se ocupe papel de gestor público, é apenas questão de tempo<sup>130</sup>.

---

<sup>125</sup> SUNDFELD, Carlos A.; KANAYAMA, Ricardo A. Op. cit.; p. 412.

<sup>126</sup> “Por Direito Administrativo do Medo, queremos significar: a interpretação e aplicação das normas de Direito Administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo em decidir dos agentes públicos, em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público” (SANTOS, Rodrigo V. dos. Op. cit., *ebook*).

<sup>127</sup> GUIMARÃES, Fernando V. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. Revista Direito do Estado, n. 71, 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>128</sup> SUNDFELD, Carlos A.; KANAYAMA, Ricardo A. Op. cit.; p. 412.

<sup>129</sup> Sundfeld e Kanayama afirmam que a Lei de Improbidade Administrativa apenas continuou a tradição iniciada com a Lei de Ação Civil Pública de amplo controle dos atos administrativos, a qual viabilizou a participação do Ministério Público e do Judiciário na definição do que seria interesse público (antes uma definição exclusiva do gestor). A óbvia dificuldade de se incluir o Judiciário e o Ministério Público na definição do interesse público é que a participação desses entes sempre se dá posteriormente ao momento da decisão propriamente dito e, sem assumir o ônus da escolha, sem enfrentar o momento e as dificuldades próprias deste momento, como o conhecimento limitado, acusam e defendem que a (melhor) decisão não era a escolhida, mas sim outra. No caso da LIA, tal dificuldade se apresenta de forma extremada, porquanto envolve a aplicação de graves sanções. (SUNDFELD, Carlos A.; KANAYAMA, Ricardo A. Op. cit.; p. 412.).

<sup>130</sup> SANTOS, Rodrigo V. dos. Op. cit., *ebook*.

Uma das formas de contornar esses problemas é a partir da incorporação expressa dos princípios do direito administrativo sancionador. Como exposto na seção anterior, a improbidade administrativa está em uma “zona de penumbra interpretativa”<sup>131</sup> entre o direito penal e o direito administrativo e muitos defendem a incidência e influência daquele ramo e de sua principiologia nesse último, ainda que de forma diluída.

No âmbito jurisprudencial, como acima relatado, o tema foi abordado no voto vista do julgamento do REsp nº 765.212/AC, de relatoria do Ministro Herman Benjamin (DJe 23.06.2010). Recorde-se que, na ocasião, o ministro vistor defendeu a necessidade de incidência do “direito sancionador”. Em seu voto, o ministro afirmou que é necessária a “adequação valorativa” de condutas em razão da segurança jurídica e da justiça (enquanto valor que orienta o sistema jurídico), de modo a se concretizar a igualdade.

Partindo dessa premissa, o voto vista constata a existência de um sistema normativo em defesa da moralidade administrativa, originado da Constituição de 1988 que perpassa pela Lei de Improbidade Administrativa (LIA), pela Lei da Ação Civil Pública (LACP) e pela Lei da Ação Popular (LAP) e que, por envolver a aplicação de graves sanções, deveria observar a incidência de normas e princípios típicos do direito penal.

Ressalvou-se, entretanto, que não se trata da incidência de todas as normas e princípios do direito penal, tampouco na extensão conhecida naquela seara, vez que as leis que compõem o sistema de defesa da moralidade não possuem caráter penal, mas sim sancionatório, de modo que os princípios e normas do direito penal devem orientar a aplicação de sanções. Nas palavras do voto vista: “É razoável pensar, pois, que pelo menos os princípios relacionados a direitos fundamentais que informem o Direito Penal devam, igualmente, informar a aplicação de outras leis de cunho sancionatório”.

Algumas críticas podem ser feitas ao raciocínio desenvolvido no mencionado voto vista, como por exemplo a afirmação de que a LAP e LACP possuem caráter sancionatório, mas, em linhas gerais o raciocínio desenvolvido encontra grande respaldo na doutrina.

Diversos autores sustentam que, diante da unicidade do *ius puniendi*,<sup>132</sup> a reprimenda de condutas, dentre elas o combate à corrupção, deve se dar de forma consentânea e à luz das

---

<sup>131</sup> Cf. voto do Min. Gilmar Mendes no ARE nº 843.989. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ARE nº 843.989. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 18.08.2022. DJe: 12.12.2022.)

<sup>132</sup> Acerca da unicidade do *ius puniendi* estatal cf. PEREIRA, Flávio H. U. Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007; OSÓRIO, Fábio M. Direito administrativo sancionador. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; MELLO, Rafael M. de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007; MAIA FILHO, Napoleão N. Garantismo judicial na ação de improbidade administrativa: crítica ao punitivismo e ao eficientismo legalista no domínio do direito sancionador. Fortaleza: Curumim, 2015.

balizas e limitações constitucionais, com observância das garantias processuais e constitucionais tipicamente associadas ao direito penal.

Para além da supremacia da constituição enquanto norte interpretativo de todo o sistema jurídico e, conseqüentemente, dos princípios ali dispostos - como ampla defesa e contraditório, devido processo legal etc. - estes autores observam primeiramente que não há distinção no conceito de ilícito e de sanção.

Segundo Rafael Munhoz de Mello, “a sanção é a consequência de um ilícito. É assim no campo do direito civil, do direito penal e do direito administrativo. Ontologicamente não há diferença entre umas e outras”, consistindo o ilícito na “inobservância de um dever jurídico, tenha ele natureza civil, penal ou administrativa”.<sup>133</sup>

Miguel Reale Júnior também reconhece essa identidade, afirmando que “Há um *jus puniendi* do Estado, que se expressa pela via penal ou administrativa”,<sup>134</sup> ambos submetidos aos princípios constitucionais.

Alguns autores reconhecem ainda que ambos os ramos do direito possuem origens históricas e finalidades semelhantes. Em relação ao aspecto histórico, Medina Osório recorda que havia a junção do Poder Executivo e do Poder Judiciário na figura do Rei, a quem cabia a aplicação da sanção. Nesse contexto, a sanção tinha conexão com as sanções de polícia. Com as revoluções liberais, a separação de poderes e o fortalecimento do Poder Judiciário, diversas das penalidades passaram ao âmbito judicial<sup>135</sup>.

Em relação à finalidade, tanto o direito penal quanto o direito administrativo se destinam ao controle social. Embora o direito penal seja mais voltado à sociedade e o direito administrativo seja mais específico, tutelando direitos e interesses da Administração, é certo que ambos se destinam à punição do infrator – daí o controle social<sup>136</sup>.

Vale rechaçar aqui o entendimento de que o direito administrativo se destinaria exclusivamente à defesa do Estado, já que, tendo em vista a complexidade da Administração Pública, com diferentes atividades e interesses não é possível a concepção do direito administrativo como um bloco com única finalidade.<sup>137</sup>

Outra aproximação entre ambos os ramos do direito é a tutela, pelo direito penal, de

---

<sup>133</sup> MELLO, Rafael M. de. Op. cit., p. 43.

<sup>134</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o *jus puniendi* geral. In: PRADO, Luiz R. (Coord.). Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 93.

<sup>135</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2015, p. 92-93.

<sup>136</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2015, p. 122.

<sup>137</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2015, p. 122.

aspectos morais tipicamente associados à sanção administrativa (notadamente os crimes contra a honra), além de interesses difusos e coletivos (cite-se, por exemplo, crimes ambientais)<sup>138</sup>, tipicamente associados ao direito administrativo.

É perceptível, ademais, a tendência de criminalização de ilícitos administrativos e vice-versa. Há certa “administrativização” do direito penal<sup>139</sup> decorrente de sua expansão, que se deu por diversas razões, como novos interesses sociais e novas configurações da sociedade<sup>140</sup>.

Por todos esses motivos, defende-se a aproximação entre o direito administrativo e o direito penal, o que resulta no direito administrativo sancionador, que pode ser definido como a manifestação do poder punitivo da Administração Pública exercido em face de ilícitos. Dessa forma, sempre que houver sanção aplicada e imposta pela Administração Pública, caberá à própria a aplicação de sanções, mas o poder punitivo estatal está jungido aos princípios e normas constitucionais, isto é, há um núcleo constitucional sancionatório que deve ser observado e que impede, por exemplo, sanções arbitrárias e desproporcionais<sup>141</sup>.

Outros autores trabalham com conceitos análogos. Após traçar a longa evolução do direito administrativo e seus conceitos essenciais, Medina Osório afirma que se observa a mudança do poder de polícia para o poder sancionador e que quando o direito punitivo incide em relações de direito administrativo, nasce o direito administrativo sancionador<sup>142</sup>.

Não há dúvidas de que a improbidade administrativa se insere nesse contexto de direito administrativo sancionador. O que se percebe é que os fundamentos da aproximação entre direito penal e direito administrativo permanecem válidos para a improbidade administrativa: a Constituição como norte interpretativo, a finalidade de controle social, a gravidade das penas etc.

Pode-se afirmar, de outro modo, que o fato da improbidade administrativa ser processada em juízo afastaria do direito administrativo sancionador, afinal, trata-se de ato a ser investigado e processado por vias judiciais, e não perante autoridade administrativa,

---

<sup>138</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2015. p. 123.

<sup>139</sup> LINDENMEYER ECHE, Luís M. O Direito Administrativo Sancionador e a falta de simetria com o Direito Penal. Conjur, 09 dez. 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>140</sup> SANCHEZ, Jesús M. S. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

<sup>141</sup> GONÇALVES, Benedito.; GRILO, Renato C. G. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. Revista de Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, p. 467-478. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>142</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2015. p. 87.

afastando-se em tese a natureza de direito administrativo.

A esse respeito, Medina Osório preconiza um conceito alargado de direito administrativo, segundo o qual haveria relação de direito administrativo quando houver (i) a presença, direta ou indireta, da Administração Pública *lato sensu*, ainda que a questão esteja em âmbito judicial; (ii) atividade administrativa que justifique e atraia o interesse público; (iii) a previsão específica de regime jurídico publicista.<sup>143</sup>

Como já mencionado e facilmente constatado, as mudanças sociais, especialmente as ocorridas na segunda metade do século XX, ocasionaram uma maior complexidade da administração pública e seus interesses, que culminou na transformação de conceitos-chaves para o direito administrativo, como interesse público e função e administração públicas, o que justifica o conceito ampliado acima exposto desse ramo do direito.

Ratificando, não há como afastar, no contexto atual, a natureza de direito administrativo (e, conseqüentemente, de direito administrativo sancionador) da improbidade administrativa pelo simples fato do ato ser processado perante juízo e não autoridade administrativa. Considerando a cláusula de inafastabilidade da jurisdição, a identidade do conceito de sanção e de ilícito, e a afinidade histórica e atual acima aludida, é possível afirmar que não há maiores distinções entre as sanções aplicadas por autoridades administrativas ou judiciais, além do fato de quem as aplica<sup>144</sup>.

Partindo do conceito alargado de direito administrativo e considerando a complexidade da Administração Pública atual, seus diferentes regimes e atividades e, ainda, que os princípios constitucionais também devem se aplicar no âmbito administrativo<sup>145</sup>, Medina Osório sugere a classificação da sanção administrativa não a partir da sua imposição pela Administração Pública, mas sim pela incidência, formal e material, do direito administrativo<sup>146</sup>, o que permite a aplicação do direito administrativo sancionador e seus princípios para o âmbito judicial e, notadamente, para a improbidade administrativa.

Em outras palavras, para Medina Osório o conceito de sanção administrativa não deve ser analisado sob a perspectiva de quem aplica a sanção, como tradicionalmente é feito.<sup>147</sup> A questão deve ser analisada sob o prisma das relações jurídicas de direito material, tendo em

---

<sup>143</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2015. p. 82-85.

<sup>144</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2015. p. 92-94.

<sup>145</sup> O que reforça a aludida existência de um núcleo constitucional sancionatório. Sobre o tema, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 24.268. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004. DJe: 17.09.2004.

<sup>146</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2015. p. 94.

<sup>147</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., p. 106. Para o conceito tradicional de sanções administrativa: MELLO, Celso A. B. de. Op. cit., p. 854-855.

vista a multiplicidade de interesses da Administração Pública atual, sua complexidade e seus diferentes regimes, além do fato de que, caso haja aplicação de sanção, devem ser observados os princípios constitucionais.

Pouco importa, então, que a legitimidade para levar adiante as acusações seja do Ministério Público ou outra pessoa jurídica especificada em lei, ou que a sanção seja aplicada pelo Poder Judiciário ao invés da Administração Pública, vez que os interesses da Administração continuam em disputa, tratando-se de simples opção legislativa sobre quem é legítimo para aplicação da sanção<sup>148</sup>.

Conclui-se, então, que o direito administrativo sancionador preconiza a existência de princípios constitucionais inerentes à função estatal sancionadora<sup>149</sup>, a qual pode se manifestar de diversas formas, como no direito penal e no direito administrativo<sup>150</sup>, em âmbito judicial ou administrativo. Ademais, esses princípios constitucionais inerentes à função sancionatória do Estado decorrem (i) da supremacia da constituição enquanto vetor interpretativo do sistema jurídico; (ii) da identidade conceitual de ilícito e sanção; (iii) da submissão da administração pública à legalidade; (iv) da vedação a arbitrariedades<sup>151</sup>.

Nessa conjuntura, qual seria o núcleo constitucional do regime sancionatório? Quais seriam os direitos e garantias que devem ser observados em todo e qualquer processo acusatório cuja consequência será a aplicação - ao “administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica” - de “um mal ou castigo” com “efeitos aflitivos” e “finalidade repressora ou disciplinar”?<sup>152</sup>

Buscando respostas a essa indagação, Gustavo Binenbojm<sup>153</sup> elenca (i) o devido processo legal; (ii) o contraditório; (iii) a ampla defesa; (iv) a legalidade; (v) a tipicidade; (vi) a segurança jurídica; (vii) a irretroatividade; (viii) a culpabilidade; (ix) a pessoalidade da pena e individualização da sanção; e (x) a razoabilidade e proporcionalidade da sanção.

---

<sup>148</sup> OSORIO, Fábio M. Op. cit., 2015, p. 94.

<sup>149</sup> O Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do STJ, defende a aplicação na improbidade administrativa dos “macro-comandos próprios do sistema jurídico-constitucional, com as suas diretrizes substantivas e procedimentais vertidas em garantias processuais”, aludindo à aplicação dos “institutos típicos do Processo Penal contemporâneo (...) aliás exigíveis em qualquer procedimento de que possa resultar a imposição de qualquer sanção ou restrição de qualquer direito subjetivo” (MAIA FILHO, Napoleão N. Op. cit., p. 82).

<sup>150</sup> PEREIRA, Flávio H. U. Op. cit., p. 56.

<sup>151</sup> OSORIO, Fábio M. Op. cit., 2015, p. 121.

<sup>152</sup> OSORIO, Fábio M. Op. cit., 2015, p. 106-107.

<sup>153</sup> BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança, 2014. Disponível em <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI3Mg%2C%2C>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

Outros aspectos poderiam ser acrescentados<sup>154</sup>, mas foge ao escopo do trabalho a delimitação precisa do que é e quais são os princípios do direito administrativo sancionador, bastando a compreensão de sua existência e a ciência dos principais, isto é, dos mais citados pelos diferentes autores.

No âmbito jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a existência do direito administrativo sancionador<sup>155</sup> e a incidência dos seus princípios na improbidade administrativa<sup>156</sup>, o que não significa, contudo, a reprodução irrefletida de institutos tipicamente associados ao direito penal.

Tanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,<sup>157</sup> quanto a doutrina já assentaram que “a legalidade das infrações e sanções administrativas não pode ser equiparada, sem cautelas, à legalidade penal”.<sup>158</sup>

Dessa forma, os autores que defendem a existência do direito administrativo sancionador reconhecem que é necessário identificar as diferenças de cada seara do direito, identificando o alcance de princípios tipicamente associados ao direito penal na improbidade administrativa<sup>159</sup>.

No mesmo sentido é a doutrina de Medina Osório<sup>160</sup> que, se por um lado, defende a incidência dos princípios do direito administrativo sancionador como reforço às garantias individuais, por outro, ressalta que há sensível distinção dogmática e de conteúdo entre o direito penal e o direito administrativo, o que não pode ser ignorado.

Novamente, foge ao escopo do trabalho a delimitação do alcance de cada um dos princípios do direito administrativo sancionador na improbidade administrativa<sup>161</sup>, bastando

---

<sup>154</sup> Por exemplo, Fábio Medina Osório indica ainda o princípio do *in dubio pro reo* e do *non bis in idem* (OSÓRIO, Fábio M. Op. cit.). Marcelo Borges de Mattos Medina, por sua vez, menciona o princípio da presunção de inocência (MEDINA, Marcelo B. de M. Conexão entre atos de improbidade administrativa. In: DI PIETRO, Maria S. Z.; SUNDFELD, Carlos A.(Org.). Doutrinas essenciais: direito administrativo – vol. VII – agentes públicos e improbidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1033).

<sup>155</sup> Dentre outros, cite-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp nº 1.153.083. Relator: Min. Sérgio Kukina, j. 06.11.2014. DJe: 19.11.2014.

<sup>156</sup> Cf. voto vista proferido pelo Min. Mauro Campbell no REsp nº 765.212 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 765.212. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 02.03.2010. DJe: 23.06.2010.) Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp nº 513.576. Relator: Min. Francisco Falcão. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki, j. 03.11.2005. DJ: 06.03.2006. Embora neste caso não se observe a expressão “direito administrativo sancionador”, afirmou-se que a fixação das sanções deve ser individualizada, “se for o caso, sob os princípios do direito penal”.

<sup>157</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3.330. Relator: Min. Ayres Britto, j. 03.05.2012. DJe: 22.03.2013.

<sup>158</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2015, p. 232.

<sup>159</sup> PEREIRA, Flávio H. U. Op. cit., p. 56-57. Nessa perspectiva, cf. MELLO, Rafael M. de. Op. cit., p. 43.

<sup>160</sup> OSÓRIO, Fábio M. Op. cit., 2015, p. 120.

<sup>161</sup> Os limites dos princípios do direito administrativo sancionador são abordados em diferentes obras e com diferentes vieses. Dentre outros, cf. OSÓRIO, Fábio M. Direito administrativo sancionador. 5ª ed. São Paulo:

neste momento compreender que se não é possível conferir o mesmo tratamento e extensão que no âmbito do direito penal, também não é possível a exclusão, isto é, a anulação e inobservância destes princípios constitucionais que buscam resguardar a racionalidade da sanção e a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, é fácil perceber como o direito administrativo sancionador enfrenta diversas das críticas formuladas à LIA em sua redação original e pode resolver o problema do direito administrativo do medo. Desse modo, na medida em que o administrador público deixa de decidir ou se sente coagido a decidir de determinada forma por receio de medidas judiciais e administrativas, o fortalecimento das suas garantias fundamentais e do seu direito de defesa resolve ou quando menos ameniza esse problema.

Por exemplo, a incorporação da irretroatividade combate a crítica<sup>162</sup> de sanções após a proibição da conduta<sup>163</sup>; a incorporação da pessoalidade da sanção combate a crítica de inconstitucionalidade da transmissão da sanção de multa<sup>164</sup>; a incorporação da tipicidade combate a crítica de inconstitucionalidade da violação de princípios sem conduta específica e tipificada<sup>165</sup>; a incorporação da proporcionalidade combate a crítica de desproporcionalidade das sanções<sup>166</sup>; e a culpabilidade combate a crítica de esvaziamento do dolo e imposição de sanções por mera irregularidade<sup>167</sup>.

Destaca-se, por fim, que as críticas à Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e ao direito administrativo sancionador acabaram por influenciar a redação da Lei nº 14.230/2021, a Nova Lei de Improbidade Administrativa. Na nova norma,

---

Revista dos Tribunais, 2015; PEREIRA, Flávio H. U. Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007; MELLO, Rafael M. de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>162</sup> PEREIRA, Flávio H. U.; MAIA, Raphael R. de S. A inconstitucionalidade da “violação a princípios” como improbidade administrativa. Jota, 18 ago. 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>163</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EREsp nº 1.193.248. Relator: Min. Og Fernandes. Relator para acórdão: Min. Herman Benjamin, j. 26.06.2019. DJe: 18.12.2020.

<sup>164</sup> CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio H. U.; MAIA, Raphael R. de S. Alteração da lei de improbidade administrativa: os avanços e retrocessos da proposta que tramita na Câmara dos Deputados. Jota, 12 fev. 2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alteracao-da-lei-de-improbidade-administrativa-12022020>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. REsp nº 951.389. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 09.06.2010. DJe: 04.05.2011.

<sup>165</sup> PEREIRA, Flávio H. U.; MAIA, Raphael R. de S. Op. cit.

<sup>166</sup> DIPP, Gilson L. A dosimetria das sanções por improbidade administrativa. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa: 30 anos do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 291-300. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/131263/Doutrina30anos.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2019.

<sup>167</sup> CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio H. U. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ. Revista CEJ, Brasília, ano XVII, n. 61, set./dez. 2013, p. 115-121. Disponível em <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1835/1793>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

diferentemente do que ocorreu na LIA, o Poder Legislativo atuou ostensivamente para definir o que é improbidade administrativa, separando-a da simples ilegalidade, para limitar sanções e dar segurança ao gestor para atuar e decidir.

Notadamente, a NLIA trouxe expressa definição do que é o ato de improbidade: ato doloso e tipificado nos artigos 9º, 10 e 11, além do que definam as leis esparsas (art. 1º, §1º da NLIA). A norma, ademais, reconheceu a natureza sancionatória da lei de improbidade, com atração dos “princípios constitucionais do direito administrativo sancionador” (art. 1, §4º, da NLIA).

Estabeleceu, ainda, para resguardar o gestor, que a ação de improbidade não poderia ser utilizada para tutelar políticas públicas, meio ambiente, e outros direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 17-D, da NLIA).

As sanções também foram profundamente alteradas, especialmente em caso de improbidade por lesão a princípios administrativos – justamente o caso mais frequente no Poder Judiciário.

Tais alterações legislativas serão analisadas com mais cuidado no próximo capítulo, cabendo destacar, desde já, que o presente trabalho não se dedica às minúcias e desdobramentos dessas alterações, mas à análise da mudança em si: de uma omissão do Legislativo em um primeiro momento, a qual estimula (e impõe) a atuação do Judiciário, para a forte atuação do Legislativo e certa contenção do Judiciário.

## 2. A MUDANÇA LEGISLATIVA: DA LEI Nº 8.429/1992 (LIA) À LEI Nº 14.230/2021 (NLIA)

O foco deste segundo capítulo é o estudo da mudança legislativa observada, com destaque ao comportamento do Poder Legislativo. O primeiro capítulo, ao apresentar o conceito de improbidade administrativa e sua natureza, salientou que embora estes questionamentos tenham sido objeto de reflexão para o legislador em 1991, não houve conformação legal do tema e coube ao Poder Judiciário estabelecer as diretrizes.

A insatisfação com as diretrizes firmadas pelo Poder Judiciário, manifestada na doutrina e concretizada no direito administrativo do medo foi captada na Lei nº 14.230/2021 (NLIA), de modo que em 2021, ao contrário do que ocorreu com a Lei nº 8.429/1992 (LIA) em sua redação original, preponderou a atuação do Poder Legislativo na conformação do tema.

Para o estudo dessa mudança legislativa, será apresentada de forma resumida e nesta ordem a legislação em sua redação original, com as principais polêmicas jurisprudenciais; o Projeto de Lei apresentado, que em larga medida incorporava a jurisprudência vigente; as audiências públicas; e, finalmente, a legislação aprovada.

Isso porque, como ficará claro, a NLIA é uma resposta do Poder Legislativo ao entendimento então adotado pelo Poder Judiciário. Dessa forma, a compreensão da magnitude da mudança realizada pelo legislador só pode ser plenamente apreendida à luz dos entendimentos jurisprudenciais até então adotados.

Desde já, é importante destacar que as controvérsias abaixo destacadas de modo algum esgotam o tema, tampouco foram as únicas que surgiram na vigência da LIA, em sua redação original.

Por exemplo, houve intenso debate sobre a legitimidade passiva do prefeito no processo de improbidade administrativa. Notadamente, questionava-se se, enquanto Chefe do Poder Executivo, o prefeito responderia por improbidade administrativa ou apenas por crime de responsabilidade (Decreto-lei nº 201/1967), sob pena de *bis in idem*.<sup>168</sup> Além do prefeito,

---

<sup>168</sup> Respeitando posicionamento diverso, considerando a natureza da responsabilização político-administrativa dos crimes de responsabilidade, tal interpretação ignora a sensível diferença existente entre o Prefeito (Chefe do Poder Executivo local) e o Presidente da República (Chefe de Governo e de Estado), as benesses conferidas ao último em razão do papel singular ocupado (notadamente, a imunidade prevista no art. 86, §4º, da CF/88) e as diferentes naturezas da improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade, pretendendo uma falsa igualdade entre ambos. O tema foi definido pelo Supremo Tribunal Federal sob o rito da repercussão geral no julgamento do RE nº 976.566, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes (DJe 26.09.2019), em que se assentou a tese de que “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei nº 201/1967) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da

vale dizer, a questão sobre a legitimidade passiva alcançou outros agentes<sup>169</sup>.

Os debates, ademais, questionavam a necessidade de litisconsórcio passivo<sup>170</sup>, o esvaziamento da defesa prévia<sup>171</sup>, o prazo prescricional<sup>172</sup>, a (in)existência de prescrição intercorrente<sup>173</sup> e a independência das instâncias<sup>174</sup>.

Assim, serão apresentados os principais dispositivos e entendimentos

---

autonomia das instâncias”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 976.566. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 13.09.2019. DJe: 26.09.2019.)

<sup>169</sup> Por exemplo se era cabível improbidade administrativa em face de diretor de organização não governamental, haja vista a natureza de direito privado desta entidade. O entendimento firmado pelo STJ foi de que, uma vez que se recebe dinheiro público, classifica-se como agente público para fins de aplicação da lei de improbidade administrativa (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgInt no REsp nº 1.845.674. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Redator do acórdão: Min. Gurgel de Faria, j. 01.12.2020. DJe: 18.12.2020.). Outro caso interessante que demonstra a abrangência do conceito de agente público é a possibilidade de mover ação de improbidade em face de estagiário (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 1.352.035. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 18.05.2015. DJe: 08.09.2015.). Ao final, o entendimento que se solidificou no âmbito do STJ é o de que a legitimidade passiva é a mais ampla possível, exigindo-se apenas que ao menos um agente público seja posto no polo passivo da ação (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgInt no AREsp nº 1.402.806. Relator: Min. Manoel Erhardt (Des. Conv.), j. 19.10.2021. DJe: 03.11.2021.).

<sup>170</sup> Não havia litisconsórcio passivo em razão da inexistência de previsão legal ou de relação jurídica entre as partes que justifique o julgamento uniforme. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgInt no REsp nº 1.872.310. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 05.10.2021. DJe: 08.10.2021.)

<sup>171</sup> Vislumbrando excessos na utilização da LIA, introduziu-se a defesa prévia. Tal qual nos crimes cometidos por servidores públicos (art. 514 a 516, do CPP), permitia-se ao acusado o esclarecimento dos fatos e a extinção da ação antes mesmo de seu recebimento. Todavia, a jurisprudência do STJ foi paulatinamente esvaziando a importância desta etapa prévia, com o entendimento de que sua inobservância é causa de nulidade relativa (*pas de nullité sans grief*) e com a prevalência do *in dubio pro societatis* no recebimento da ação, isto é, caso houvesse a mínima dúvida sobre a lisura dos atos, dever-se-ia receber a ação em defesa dos interesses da sociedade. O esvaziamento da defesa prévia pela jurisprudência do STJ foi reconhecido em audiência pública pelo sr. Fabiano Tresolin.

<sup>172</sup> Havia diversas lacunas sobre o prazo prescricional: a contagem do prazo prescricional em caso de reeleição, tendo em vista que a promulgação da LIA se deu antes da Emenda Constitucional nº 16/1997, que permitiu a reeleição; a contagem de prazo prescricional em caso de servidor efetivo ocupando cargo em comissão; e a necessidade de deflagração de ação penal para que a prescrição fosse contabilizada conforme a regra penal, entre outras. Respectivamente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 1.107.833. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, j. 08.09.2009. DJe: 18.09.2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 1.060.529. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, j. 08.09.2009. DJe: 18.09.2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EDv nos EREsp nº 1.656.383. Relator: Min. Gurgel de Faria, j. 27.06.2018. DJe: 05.09.2018.

<sup>173</sup> O STJ entendia que não era possível (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgInt no REsp nº 1.872.310. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 05.10.2021. DJe: 08.10.2021.), enquanto o STF admitia a possibilidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. AO nº 1.833. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 10.04.2018. DJe: 08.05.2018.)

<sup>174</sup> O art. 21 estabelecia a independência das instâncias, mas observam-se diversos precedentes em que a ação de improbidade administrativa afetou outras searas e vice-versa. Cite-se, por exemplo, no TRF-4 e no STF, respectivamente: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 5018911-71.2011.4.04.7200. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 22.08.2012. DJe: 23.08.2012; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. QO na AP nº 985. Relator: Min. Edson Fachin. Revisor: Min. Alexandre de Moraes, j. 06.06.2017. DJe: 08.03.2018. Na prática, o que se observa da jurisprudência e na doutrina é a interdependência das instâncias. (OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, penal e civil no âmbito da improbidade. *In*: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Forense, 2017, p. 93-112. No mesmo sentido: MACHADO, Antônio R. Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.)

jurisprudenciais que corroboraram à já mencionada importância da LIA, e que, ao mesmo tempo, permitem compreender as polêmicas que se originaram a partir da sua aplicação, que serão profundamente debatidas no processo de mudança da lei. Todavia, fica a ressalva de que para o esgotamento do tema é importante ter em mente a existência de outros dispositivos<sup>175</sup> e polêmicas<sup>176</sup>.

## **2.1 A Lei nº 8.429/1992 e sua jurisprudência**

A preocupação do legislador ordinário com o controle da Administração Pública culminou na edição da Lei nº 8.429/1992, que estabeleceu forte sistema repressivo em face do ímprobo e sofreu poucas alterações até a Lei nº 14.230/2021.

Como já exposto, em linhas gerais, a LIA se destina a todos aqueles que lidam com a Administração Pública direta ou indireta (servidores, políticos, contratados, estagiários etc.) por atos que causam enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou lesão aos princípios administrativos, sendo também aplicável àqueles que se beneficiem desses atos.

Em caso de procedência da ação, os agentes ímprobos e/ou beneficiários podem ser apenados com (i) multa civil; (ii) proibição de contratação com o poder público; (iii) suspensão dos direitos políticos; (iv) perda da função; ou (v) eventual ressarcimento e/ou perda de bens, se tais circunstâncias ocorrerem.

Diante das diversas lacunas legislativas, surgiram diversas polêmicas jurisprudenciais. Abaixo são apresentadas as principais e que foram profundamente debatidas pelo Congresso Nacional quando da elaboração da NLIA.

### **2.1.1 O conceito de improbidade administrativa**

---

<sup>175</sup> Embora os arts. 9º, 10 e 11 fossem os principais, existiam outros tipos de improbidade administrativa, como a concessão indevida de benefícios fiscais (guerra fiscal – prevista no art. 10-A e introduzida com a Lei Complementar nº 157/2016), e na legislação esparsa (por exemplo, art. 32, §2º, da Lei de Acesso à Informação).

<sup>176</sup> Até 2015 não se admitia a transação nas ações de improbidade (art. 17, §1, da LIA), o que passou a ser permitido por força da Medida Provisória nº 703/2015, que teve sua vigência encerrada em 29.05.2016. Em 2019 novamente alterou-se o dispositivo para permitir a transação desde que se observasse certos requisitos, como o integral ressarcimento do dano e o pagamento de multa. Ocorre que estes requisitos mínimos (e apenas esta parte) foram vetados pelo Presidente da República, surgindo o questionamento sobre a possibilidade de transação na ausência de lei reguladora. Em sua maioria, os precedentes judiciais (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Acordo no AREsp nº 1.314.581. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 23.02.2021. DJe: 01.03.2021.) e os Ministérios Públicos Estaduais entenderam que seria possível (vide, por exemplo, o Provimento nº 16/2021/PGJ, do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul).

Diante da inexistência de um conceito legal de improbidade administrativa, ou seja, diante de um conceito jurídico indeterminado, não definido na Constituição ou na lei, coube ao Poder Judiciário estabelecer as balizas do tema, isto é, traçar características que permitissem distinguir a improbidade administrativa do simples ato lesivo à moralidade.

Em um primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça debateu se haveria a necessidade ou não do elemento volitivo para caracterizar a improbidade, isto é, se seria preciso dolo ou culpa para caracterização da improbidade administrativa, sobretudo porque somente o artigo 10, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, mencionava ação “dolosa ou culposa”. A dúvida que pairava, portanto, era se a simples conduta caracterizaria improbidade administrativa, como alguns precedentes antigos sinalizavam.<sup>177</sup>

Especialmente em relação ao artigo 11 da referida norma, defendia-se a responsabilidade objetiva, justificando-se que todo agente público tem o dever de zelar pela legalidade e moralidade, como estabelecia o artigo 4º da LIA, que restaria violado diante de ilegalidades. O paralelo que era feito pelos defensores desse entendimento era com o crime de mera conduta.

Ao final, a jurisprudência da Corte Superior pacificou o entendimento de que a improbidade administrativa é uma ilegalidade qualificada, que exige o dolo para sua configuração, exceto no caso do artigo 10 da LIA, que, por expressa disposição legal, poderia ser caracterizado por culpa grave<sup>178</sup>.

Essa jurisprudência, contudo, não significou muito diante da orientação subsequente do dolo genérico. Notadamente, a partir do REsp nº 765.212, de relatoria do Ministro Herman Benjamin (DJe 23.06.2010), o STJ passou a entender que o dolo necessário para caracterizar a improbidade administrativa era o dolo genérico, assim compreendido como “vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”.

Na ocasião, o voto do Ministro Herman Benjamin chegou a mencionar que tal orientação – exigência de dolo – não traria diferença significativa no “terreno pragmático”. A partir daí, observou-se paulatinamente o esvaziamento do conceito de dolo – e de improbidade

---

<sup>177</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 617.851. Relatora: Min. Eliana Calmon, j. 06.12.2005. DJ: 19.12.2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 708.170. Relatora: Min. Eliana Calmon, j. 06.12.2005. DJ: 19.12.2005.

Observa-se, nesses precedentes, a implicação prática da discussão sobre o que exatamente significa improbidade administrativa, permitindo a aplicação das graves sanções de improbidade administrativa a partir da simples ilegalidade, independentemente de dolo/culpa do agente (isto é, conforme estes precedentes, haveria a equivalência desses institutos).

<sup>178</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AIA nº 30. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 21.09.2011. DJe: 28.09.2011.

administrativa, sobretudo ao se associar esse entendimento com o dever de conhecimento da lei (art. 3º, da LINDB).

Nessa perspectiva, se o dolo é a vontade de praticar o fato descrito na lei, é certo que a sua análise se dá a partir da simples voluntariedade, a partir da ocorrência do fato em si, e não há maior complexidade no “terreno pragmático”. Assim, na medida em que todo ato jurídico necessita de um *animus* para sua ocorrência e que essa vontade é suficiente para caracterizar o dolo, sobretudo porque há a presunção de conhecimento da lei, é possível enquadrar determinada conduta como improbidade a partir do seu simples cometimento.

Com efeito, poucos antes da publicação da Nova Lei de Improbidade Administrativa, observava-se que em inúmeros casos o Superior Tribunal de Justiça entendia configurada a improbidade administrativa a partir do simples fato.<sup>179</sup>

Nesse sentido, cabe citar, por exemplo, o julgamento do AREsp nº 1.327.393, de relatoria do Ministro Francisco Falcão (DJe 12.04.2019), no qual se condenou o ex-prefeito pela não prestação de contas de convênio, não obstante seja incontroverso que as contas foram prestadas (entendeu-se que as contas foram apresentadas somente após a ciência da propositura da ação, em tentativa de evitar a condenação). De outro modo, no julgamento do AgInt no AREsp nº 1.366.330, de relatoria do Ministro Francisco Falcão (DJe 23.05.2019), se reconheceu como ímproba e dolosa a contratação de servidores públicos sem concurso, embora autorizada por lei municipal cuja constitucionalidade não fora até então questionada. Por último, no julgamento do AgInt no AREsp nº 1.324.791, de relatoria do Ministro Francisco Falcão (DJe 14.05.2019), se afirmou que “o fato de terem sido evidenciadas irregularidades no certame já constitui ofensa aos basilares princípios da Administração Pública, regidos pela Lei nº 8.429/1992.”

Em relação ao elemento culposo, previsto no artigo 10 da LIA, como visto, muito se debateu na doutrina a respeito de sua constitucionalidade, argumentando-se, em essência, que improbidade e moralidade não se confundem e que a diferença desses conceitos deriva da própria Constituição Federal ao mencionar em contexto diferentes a moralidade (art. 5º, LXXIII e art. 37, *caput*, CF/88) e a improbidade (art. 14, §9º; art. 15, V; art. 85, V, da CF/88 e art. 97, §10, III; art. 101, §3º; e art. 104, II, do ADCT). Dessa forma, a improbidade é a imoralidade

---

<sup>179</sup> Frise-se que a então Procuradora-Geral da República Raquel Dodge reconheceu que havia incompreensão quanto à análise do dolo na improbidade. cf. BRASIL. Senado Federal. Nota taquigráfica da 28ª Reunião Ordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 55ª Legislatura. Brasília, Senado Federal: 12 jul. 2017. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/6346>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

qualificada pela intenção de malsã com a coisa pública, pelo desvio de finalidade, que não é compatível com a culpa<sup>180</sup>.

Corroborando com esse argumento, no julgamento do RE nº 852.475, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes (DJe 25.03.2019), firmou-se em repercussão geral o entendimento de serem “imprescritíveis as ações de ressarcimento ao Erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”<sup>181</sup>.

A ressalva à conduta dolosa se justificou “para que não fosse a hipótese colhida por escolhas políticas, escolhas administrativas”, aplicando-se somente aos casos de “enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros” ou de “dano intencional à Administração Pública”<sup>182</sup>.

No mesmo sentido, na medida cautelar na ADI nº 6.678, deferida monocraticamente pelo Ministro Gilmar Mendes (DJe 04.10.2021), determinou-se a suspensão de parte da Lei de Improbidade Administrativa que permitia a suspensão de direitos políticos em casos lesão ao erário por ato culposos.

Curiosamente, embora muito se tenha discutido a respeito da constitucionalidade da culpa na improbidade, nunca foi proposta ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema, tampouco houve repercussão geral sobre a questão.

Em relação à conduta reputada improba, isto é, em relação à ilegalidade e o bem jurídico tutelado pela lei, também pairavam grandes dúvidas.

Cite-se, por exemplo, o tipo de fraude à licitação (art. 10, VIII, da LIA). Desde sempre o Superior Tribunal de Justiça teve leitura abrangente sobre o dispositivo, bastando para sua configuração a “obtenção de vantagem econômica através da atividade administrativa antijurídica”, como, por exemplo, a participação em certame de pessoas impedidas para caracterização do ato ímprobo.<sup>183</sup>

A partir do julgamento REsp nº 817.921, de relatoria do Ministro Castro Meira (DJe 06.12.2012), o STJ interpretou o dispositivo de forma ainda mais abrangente e passou a entender que o dano causado pela fraude à licitação era *in re ipsa*, isto é, causado pela própria situação. Trata-se, portanto, de presumir o dano a partir da dispensa indevida de licitação. O

---

<sup>180</sup> Cf. por todos ALVARENGA, Aristides J. Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito brasileiro. In: BUENO, Cássio S.; PORTO FILHO, Pedro P. de R. (Coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 105-111.

<sup>181</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 852.475. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, j. 08.08.2018. DJe: 25.03.2019.

<sup>182</sup> Idem. cf. Explicação do Ministro Luís Roberto Barroso.

<sup>183</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 439.280. Relator: Min. Luiz Fux, j. 01.04.2003. DJe: 16.06.2003.

raciocínio é de que a dispensa indevida de licitação (a partir do fracionamento indevido, por exemplo) é suficiente para impedir proposta mais vantajosa à administração pública, causando prejuízo ao erário.

Dessa forma, considerando que a ninguém é dado o direito de desconhecer a lei (o que é suficiente para caracterização do dolo) e que se constatou a dispensa indevida de licitação (o que impede, por si só, a obtenção de proposta mais vantajosa e configura dano ao erário), a dispensa indevida de licitação era causa em si suficiente para procedência da ação de improbidade.

Assim, embora o STJ afirme que a presunção do dano não tenha o condão de trazer repercussão financeira para os acusados (a presunção do dano é para configuração do tipo, enquanto o ressarcimento, o dano ao erário, depende de efetiva demonstração<sup>184</sup>), tal argumento torna tanto mais estranha a situação, revelando a nítida intenção de se presumir o dano para condenar o acusado. Aliás, é de se observar que, em outros julgados, essa presunção foi expressamente afastada (ainda que em decisão monocrática), a revelar o equívoco desse entendimento<sup>185</sup>.

O aspecto da ilegalidade em relação aos artigos 9º e 11 da LIA, em sua redação original, também foi amplamente discutido na jurisprudência porque seus incisos, descrevendo condutas reputadas ímprobadas, eram meramente exemplificativos.

Há de se considerar que a ausência de um conceito claro e exato do que é improbidade administrativa impede a apreensão do bem jurídico tutelado pela lei, de modo que, em última análise, cabe ao julgador, após os fatos<sup>186</sup>, definir o que exatamente é improbidade.

Em defesa do rol aberto, seria possível argumentar que é inviável a descrição da realidade apenas com base em termos determinados e descritivos e que conceitos jurídicos indeterminados e normas em branco são necessários para aplicação da lei nas mais diversas situações. Todavia, no âmbito do direito sancionador é importante que o jurisdicionado tenha ciência antes do fato punível, com a descrição e característica de todos os elementos essenciais do comportamento ilícito.

Com isso, quer-se dizer que há de se observar o equilíbrio entre a abstração da lei, sua necessidade de atingir as mais diversas situações e a segurança jurídica de se ter conhecimento

---

<sup>184</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgInt no REsp nº 1.888.145. Relatora: Min. Regina Helena Costa, j. 01.03.2021. DJe: 05.03.2021.

<sup>185</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 1.265.026. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 13.05.2020. DJe: 15.05.2020.

<sup>186</sup> FRAGOSO, Heleno C. Lições de direito penal: a nova parte geral. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

prévio dos fatos puníveis. Se normas em branco desempenham importante papel no direito administrativo sancionador por darem concretude às situações e por permitirem a sua utilização em várias situações<sup>187</sup>, não se pode admitir a completa ausência de tipicidade e incerteza, como vigorava na LIA.

A controvérsia se acentuou também em relação ao artigo 11 da LIA, que pune atos que violam princípios administrativos. Isso porque, considerando a abstração inerente aos princípios administrativos<sup>188</sup>, que podem, inclusive, ser implícitos<sup>189</sup>, a indefinição acerca do elemento objetivo e o esvaziamento do dolo, caracterizado a partir da simples conduta, adquirem um peso maior, que permitiu a sua utilização residual – caso a conduta não se enquadrasse nos artigos 9º ou 10, então era possível o seu enquadramento no artigo 11.

Esta situação permitiu a utilização do artigo 11 em situações controversas e já mencionadas na pesquisa, como a não implementação de políticas públicas,<sup>190</sup> o emplacamento de veículos do município com as letras do partido do Prefeito,<sup>191</sup> a emissão de atestado médico em benefício próprio para assumir cargo público, o que foi posteriormente confirmado por outro atestado médico e imparcial,<sup>192</sup> a não prestação de contas de convênio, embora estas tenham sido prestadas (e julgadas regulares) ao tempo da propositura da ação,<sup>193</sup> a contratação de servidor sem concurso público, embora autorizado por lei municipal cuja constitucionalidade não foi questionada<sup>194</sup> etc.

Demonstrando a larga e controversa utilização desse dispositivo, cabe citar a vedação

---

<sup>187</sup> Aqui se evidencia a necessidade de se observar as diferenças entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Enquanto no direito penal normas em branco são consideradas exceções, no direito administrativo sancionador as normas em branco podem ser consideradas a regra, tendo em vista os diferentes normativos e estatutos da administração e daqueles que com ela travam relações (PEREIRA, Flávio H. U. Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2014).

<sup>188</sup> Em outra ocasião sustentou-se a inconstitucionalidade desta interpretação em razão da sua indeterminação - *void for vagueness* (PEREIRA, Flávio H. U.; MAIA, Raphael R. de S. A inconstitucionalidade da “violação a princípios” como improbidade administrativa. Jota, 18 ago. 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019>>. Acesso em: 26 dez. 2022). No mesmo sentido, cf. REZENDE, Juliana P. O artigo 11 da Lei nº 8.429/1992: análise quanto aos limites de sua aplicação. In: CAMMAROSANO, Márcio (Coord.). Controle da administração pública: temas atuais. São Paulo: Verbatim, 2015.

<sup>189</sup> GOMES, José J. Apontamentos sobre improbidade administrativa. In: SAMPAIO, José A. L.; *et al.* (Org.). Improbidade administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 239-294.

<sup>190</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgRg no AREsp nº 159.858. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 21.02.2013. DJe: 07.03.2013.

<sup>191</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.553.124. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07.02.2017. DJe: 07.03.2017.

<sup>192</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no AREsp nº 73.968. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 02.10.2012. DJe: 29.10.2012.

<sup>193</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgInt no AREsp nº 1.327.393. Relator: Min. Francisco Falcão, j. 09.04.2019. DJe: 12.04.2019.

<sup>194</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgInt no AREsp nº 1.366.330. Relator: Min. Francisco Falcão, j. 16.05.2019. DJe: 23.05.2019.

ao nepotismo. Com a edição da Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que vedava o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, instaurou-se profunda polêmica sobre o tema, sob a perspectiva formal (a possibilidade de regular o tema por meio de resolução de Tribunal Administrativo) e sob a perspectiva material (nepotismo não era crime ou violava qualquer princípio administrativo).

Diante da celeuma, a Associação dos Magistrados do Brasil ajuizou a ADC nº 12 (recorde-se, por oportuno, que um dos requisitos para deflagração de ADC é a controvérsia constitucional), na qual ingressaram como *amici curiae* algumas entidades representativas de juízes defendendo a inconstitucionalidade da norma.

O Supremo Tribunal Federal houve por bem julgar constitucional a Resolução, reconhecendo a força normativa do princípio da moralidade inserto no artigo 37, *caput* da Constituição, editando ainda a Súmula Vinculante nº 13. A partir daí, foram ajuizadas ações de improbidade questionando a ocorrência de nepotismo, inclusive para situações pretéritas ao julgamento da mencionada ADC e da Súmula Vinculante.

Ao chegar no Superior Tribunal de Justiça, a Primeira Turma entendeu que não era possível apenar o agente público por fatos anteriores à edição da Súmula Vinculante nº 13, dada a controvérsia constitucional então existente. Faltaria, sob uma perspectiva, a ciência do ilícito. De outro modo, a Segunda Turma entendeu que a força normativa do preceito da moralidade já constava da Constituição desde a sua edição e, portanto, seria possível a condenação. Ao ser dirimida a questão na Primeira Seção, entendeu-se possível a condenação anteriormente à edição da referida Súmula Vinculante<sup>195</sup>.

Desse breve apanhado, e especialmente desse exemplo do nepotismo, nota-se que ao longo da vigência da LIA em sua redação original, pairou grande dúvida sobre o que seria a improbidade administrativa no âmbito doutrinário e jurisprudencial. O Superior Tribunal de Justiça, ao enfrentar o tema, procurou estabelecer os elementos constitutivos da improbidade que, contudo, pouco acrescentaram e, em verdade, viabilizaram a utilização da Lei em situações questionáveis.

### **2.1.2 O bloqueio de bens**

---

<sup>195</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EREsp nº 1.193.248. Relator: Min. Og Fernandes. Relator para acórdão: Min. Herman Benjamin, j. 26.06.2019. DJe: 18.12.2020.

Outro tema que suscitou debates foi a indisponibilidade cautelar de bens. Nesse particular, se identificam três polêmicas.

A primeira refere-se à necessidade de se demonstrar o perigo da demora, isto é, o risco de dilapidação do patrimônio. O Superior Tribunal de Justiça, no âmbito de julgamento de Tema Repetitivo 701<sup>196</sup>, firmou a tese de que:

É possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam à conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro

Em outras palavras, para o STJ, diante de possíveis atos de improbidade administrativa, mesmo quando não houvesse qualquer ato ou tentativa de ocultação de patrimônio, ainda assim seria possível a decretação de indisponibilidade cautelar de bens. Entendeu-se que haveria um perigo da demora implícito, isto é, um risco inerente de dilapidação do patrimônio, e que militaria “em favor da sociedade”.

Argumentou-se que “diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário” e devolução de eventual enriquecimento ilícito decorrente de improbidade administrativa. O perigo da demora, que é inerente a qualquer cautelar, estaria “presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial ilegalmente auferido”.

Outro argumento por vezes utilizado ao se enfrentar o tema é o de que se trataria de prova difícil ou impossível de se produzir.

O STJ, portanto, tratou a indisponibilidade de bens tal qual tutela de evidência<sup>197</sup>, presumindo a possível dilapidação do patrimônio e a má fé do acusado. Nesse particular, há certa distorção em relação a outros casos que também envolvem o Estado, como, por exemplo, ações penais<sup>198</sup> e ações tributárias<sup>199</sup>, nas quais há de se demonstrar a necessidade da medida

---

<sup>196</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Tema Repetitivo 701. REsp nº 1.366.721. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Min. Og Fernandes, j. 26.02.2014. DJe: 19.09.2014.

<sup>197</sup> Ainda na vigência do CPC/1973 a doutrina defendeu que algumas das modalidades de tutela provisória previstas no artigo 273 daquele código não dependiam da urgência, isto é, do perigo da demora na prestação jurisdicional, mas apenas do direito em disputa (e da prova de que este direito estava ameaçado). O CPC/2015 positivou esta diferença, tratando nos artigos 300 e ss. da tutela de urgência (que depende do perigo da demora na prestação jurisdicional) e no artigo 311 e ss. da tutela de evidência (que depende apenas do direito em disputa e das provas de que este direito está ameaçado).

<sup>198</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC nº 742.699. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14.06.2022. DJe: 20.06.2022.

<sup>199</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 1.713.033. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 20.02.2018. DJe: 14.11.2018.

cautelar, que deve ser contemporânea aos fatos e não pode ser presumida. Afinal, se a justificativa para a presunção da má-fé do acusado é a facilidade de ocultação e dilapidação do patrimônio que os “velozes tráfegos” de dados permitem, tal presunção também deveria se dar em outros âmbitos.

A segunda polêmica em torno do bloqueio de bens se deu acerca da sua extensão pois, embora a lei afirmasse que o limite era “o integral ressarcimento” ou o “acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito” (art. 7º, parágrafo único, da LIA), era comum que se pleiteasse (e se deferisse) a indisponibilidade de bens para garantir também eventual multa a ser aplicada.

A terceira controvérsia dizia respeito à possibilidade de indisponibilidade de bens em caso de ato de improbidade por violação a princípios administrativos. O questionamento cingia-se da seguinte forma: ainda que não houvesse lesão ao erário ou enriquecimento ilícito, seria possível a indisponibilidade de bens de acusados, mesmo que para garantir exclusivamente eventual multa, em que pese a literalidade da lei?

Ambas as questões foram dirimidas pelo STJ no âmbito de julgamento de recurso repetitivo<sup>200</sup>, de forma afirmativa, fixando a tese de que “é possível a inclusão do valor de eventual multa civil na medida de indisponibilidade de bens decretada na ação de improbidade administrativa”, mesmo em caso de “demandas ajuizadas com esteio na alegada prática de conduta prevista no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, tipificador da ofensa aos princípios nucleares administrativos”.

Argumentou-se na ocasião a importância de se assegurar eventual condenação futura, o que abrange a pena pecuniária. É visível a interpretação ampliativa, sem respaldo legal, e que implica juízo condenatório, vez que é necessário, de forma, dosar a sanção a ser imposta em caso de procedência da ação. Tal interpretação, ainda, impôs severo ônus aos acusados, posto que ações de improbidade têm duração média de seis anos<sup>201</sup>.

### **2.1.3 A proporcionalidade das sanções**

---

<sup>200</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Tema Repetitivo 1055. REsp nº 1.862.792. Relator: Min. Manoel Erhardt (Des. Conv.), j. 25.08.2021. DJe: 03.09.2021. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Tema Repetitivo 1055. REsp nº 1.862.797. Relator: Min. Manoel Erhardt (Des. Conv.), j. 25.08.2021. DJe: 03.09.2021.

<sup>201</sup> COSTA, Flávio. Brasil leva 6 anos para julgar improbidade; demora dificulta recuperação de dinheiro público. UOL, 29 ago. 2017. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

A LIA também era criticada pela ausência de proporcionalidade das penalidades aplicadas. A primeira controvérsia que surgiu em torno do tema referiu-se à necessidade de aplicação das sanções em bloco, já que o artigo 12, *caput*, da norma, em sua redação original, previa que “está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações”.

Embora fosse interpretação minoritária, o legislador, em 2009, alterou a redação para mencionar que as sanções “podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente de acordo com a gravidade do fato”.<sup>202</sup>

Ainda, apesar de alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça naquele período demonstrarem sensibilidade com o tema e, inclusive, indicarem critérios de proporcionalidade da sanção<sup>203</sup>, tal entendimento não prosperou e o entendimento majoritário do STJ antes da NLIA era de impossibilidade de análise da proporcionalidade da sanção por incidência da Súmula nº 07/STJ<sup>204</sup>, que orienta a impossibilidade de apreciação do recurso por depender de revolvimento de fatos e provas.

A segunda controvérsia diz respeito à extensão da sanção de perda do cargo. Questionava-se se a sanção atingiria apenas o cargo que originou a ação ou se atingiria qualquer cargo ou função pública exercida quando do trânsito em julgado da sentença condenatória (o artigo 20 da LIA condiciona a eficácia dessa sanção ao trânsito em julgado).

Após idas e vindas, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a sanção se aplicaria para a perda de qualquer cargo ou função exercida quando do trânsito em julgado da condenação, porque a finalidade da lei seria a exclusão do condenado do serviço público<sup>205</sup>.

---

<sup>202</sup> A justificativa da alteração se baseia em comentário de Marcelo Figueiredo, questionando se haveria margem para o juiz aplicar sanções de forma isolada. O autor conclui que seria possível a aplicação isolada das sanções, mas critica a redação original do dispositivo. A justificativa defende a necessidade de se ressaltar a moderação e que sanção seja estabelecida a partir da gravidade da conduta. (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei da Câmara nº 47, de 2008. Altera os arts. 12 e 21 da Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3637100&ts=1630438143835&dispositivo=inline>>. Acesso em: 26 dez. 2022.)

<sup>203</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp nº 1.130.198. Relator: Min. Luiz Fux, j. 02.12.2010. DJe: 15.02.2010.

Colhe-se do voto condutor: “Consectariamente, para que a penalidade aplicada ao agente improbo obedeça ao máximo ao Princípio da Proporcionalidade, necessário se faz a observância dos seguintes tópicos: a) a lesividade e a reprovabilidade da conduta do agente improbo; b) o elemento volitivo – se o ilícito foi praticado por dolo ou culpa; c) a consecução do interesse público; d) a finalidade da norma sancionadora” (.).

<sup>204</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. Edição nº 38, 05 ago. 2015. Tese nº 10. Disponível em <<https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/JuriTeses/article/view/11268/11397>>. Acesso em 26 dez. 2022.

<sup>205</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EDv nos EREsp nº 1.701.967. Relator: Min. Gurgel de Faria. Relator para acórdão: Min. Francisco Falcão, j. 09.09.2020. DJe: 02.02.2021.

Tal interpretação, contudo, deixa de considerar que a sanção – e os fatos que a ensejaram, podem ser graves para um determinado cargo. Por exemplo, o uso indevido de arma de fogo é grave e relevante para militares ou cargos

Outras polêmicas em torno das sanções surgiram<sup>206</sup>, mas as mais relevantes sempre se pautaram pela questão da desproporcionalidade das sanções (por exemplo, a multa civil que, na hipótese de violação a princípios, poderia chegar a cem vezes a última remuneração percebida pelo agente), e pela questão da transmissibilidade aos herdeiros no caso de multa por enriquecimento ilícito ou dano ao erário<sup>207</sup>.

Um último aspecto a ser mencionado sobre a desproporcionalidade das sanções é a decisão liminar monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da ADI nº 6.678, em 01.10.2021, em que se determinou a suspensão de parte da Lei de Improbidade Administrativa que permitia a suspensão de direitos políticos em casos lesão ao erário por ato culposo ou em caso de violação a princípios administrativos.

Com isso, os condenados por improbidade administrativa por atos que violavam princípios administrativos não poderiam mais ter seus direitos políticos suspensos, tampouco aqueles que causaram dano ao erário por atos culposos.

Entendeu o Ministro que era desproporcional a suspensão dos direitos políticos por todo e qualquer ato de improbidade, sem considerar a gravidade do ato ou o elemento subjetivo porque se trata de norma restritiva de direito fundamental, de modo que a redação original violava a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

## 2.2 O Projeto de Lei nº 10.887/2018

A iniciativa de reformar a Lei de Improbidade Administrativa se deu em fevereiro de 2018, com a criação da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Mauro Campbell Marques<sup>208</sup>. A ideia era a atualização da lei “em relação à jurisprudência e em relação a leis

---

públicos que exijam/autorizem o porte de arma, mas é menos relevante para o cargo de analista de tribunal ou de defensor público.

<sup>206</sup> Por exemplo, inconstitucionalidade das sanções. Isso porque a Constituição, em seu art. 37, §4º, prevê as sanções de suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. Alguns doutrinadores sustentam então que sanções de multa, proibição de contratação com a Administração Pública, por não estarem previstos na Constituição, seriam inconstitucionais (cf. MATTOS, Mauro R. G. de. O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92. 4ª ed. Niterói: Ímpetus, 2009). Trata-se, novamente, de interpretação minoritária e que não chegou a ser discutida no âmbito do Judiciário.

<sup>207</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 1.407.862. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.12.2014. DJe: 19.12.2014.

A constitucionalidade desse entendimento, fulcrado no artigo 8º, *caput*, da LIA em sua redação original, era questionada, tendo em vista a pessoalidade da sanção e intransmissibilidade aos herdeiros, conforme disposição constitucional (art. 5º, XLV, CF/88).

<sup>208</sup> É relevante considerar a simbologia da comissão: a presidência coube a Ministro do STJ componente da

que surgiram após a edição da Lei de Improbidade, de 1992, como o Código de Processo Civil, de 2015 (Lei 13.105/15)<sup>209</sup>, abordando temas polêmicos como a autocomposição, a prescrição, a legitimidade, a gradação de penas etc.

Logo na instalação dos trabalhos, com membros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), da Defensoria Pública, do Ministério Público, dentre outros, instaurou-se o debate, especialmente no que tange à legitimidade ativa, com membros do Ministério Público defendendo a legitimidade exclusiva e representantes da OAB requerendo a possibilidade de também ajuizarem ação de improbidade.

Em novembro de 2018, o Projeto de Lei foi apresentado<sup>210</sup> e, embora tenha alguns pontos em comum com a lei sancionada (Lei nº 14.230/2021), tratava-se de iniciativa legislativa radicalmente distinta que, como dito, voltava-se à consolidação da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça<sup>211</sup>.

Desse modo, o PL nº 10.887/2018 continuava sem definir diretamente o que é o ato de improbidade administrativa, mas trouxe algumas relevantes alterações, como a extinção do ato na modalidade culposa<sup>212</sup> – uma das poucas divergências entre o PL e a jurisprudência do STJ<sup>213</sup>. Em relação ao dolo e à figura do dolo genérico, não havia qualquer alteração.

Em relação à ilicitude, não se propôs grandes mudanças no que se refere ao enriquecimento ilícito (art. 9º, da LIA). Tratando-se da lesão ao erário (art. 10, da LIA),

---

Primeira Seção (responsável pelo julgamento de ações de improbidade administrativa) e à época Presidente da Seção, enquanto a relatoria coube ao Desembargador Federal Ney Bello, do TRF-1. É visível, nesse contexto, o diálogo entre instituições e a reverência ao Judiciário.

<sup>209</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Anteprojeto sobre reforma da Lei de Improbidade será apresentado no dia 14 a Rodrigo Maia. Agência Câmara de Notícias, 08 jun. 2018. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/539896-anteprojeto-sobre-reforma-da-lei-de-improbidade-sera-apresentado-no-dia-14-a-rodrigo-maia/>>. Acesso em 26 dez. 2022.

<sup>210</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta atualiza a Lei de Improbidade Administrativa. Agência Câmara de Notícias, 08 nov. 2018. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/547581-proposta-atualiza-a-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em 26 dez. 2022.

<sup>211</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10.887/18. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018))>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>212</sup> Ao participar das audiências públicas na Câmara dos Deputados, o Desembargador Federal Ney Bello, integrante e relator da Comissão de Juristas responsável pela redação do PL nº 10.887/2018, afirmou que a ausência de uma definição do que o ato de improbidade foi uma opção deliberada. A justificativa é que a distinção entre improbidade e ilegalidade possui dificuldade conceitual inerente e, em certa medida, tautológica, tendo em vista os diferentes níveis que a questão envolve, como ato irregular, ato de corrupção, equívoco administrativo, má escolha administrativa, interpretação equivocada da lei e ato nulo. Não obstante, diante da necessidade de se trabalhar com um conceito de improbidade administrativa, a Comissão de Juristas entendeu que o ato de improbidade administrativa é a categoria mais elevada dos ilícitos, sob pena de se judicializar a Administração Pública. Nesse contexto, a improbidade administrativa é o desvio doloso que causa prejuízo ou aumento de patrimônio. A extinção da modalidade culposa foi considerada um dos pontos essenciais do projeto pelo Desembargador Federal.

<sup>213</sup> Frise-se, contudo, que não se tratava de jurisprudência propriamente dita, mas de aplicação de literal dispositivo de lei, já que a LIA em sua redação original que punia atos dolosos ou culposos que causavam lesão ao erário.

propôs-se a dupla tipificação por frustração da licitude/dispensa indevida de licitação.

Explica-se: em caso de efetiva configuração de prejuízo, haveria o enquadramento no artigo 10, VIII, da LIA; ao mesmo tempo, propôs-se a inserção do inciso XI ao art. 11 da norma, estabelecendo que a frustração da licitude/dispensa indevida de licitação configurava ato de improbidade por violação aos princípios administrativos.

Ou seja, o referido Projeto de Lei propunha uma dupla tipificação do ato de frustração da licitude/dispensa indevida de licitação a depender da existência de prejuízo efetivo, incorporando, pois, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, alterando apenas o seu fundamento jurídico.

Em relação aos princípios administrativos (art. 11, da LIA), propôs-se algumas relevantes alterações. Para além da criação do tipo acima descrito (art. 11, XI), de frustração da licitude de licitação, propôs-se a introdução de dois parágrafos, um no sentido de que a ação ou omissão oriunda de interpretação razoável do contrato, lei ou regulamento não configuraria improbidade administrativa e outro no sentido de que a lesão pelo agente público ao patrimônio material ou imaterial do particular também configuraria improbidade administrativa.

Em relação à indisponibilidade de bens, propôs-se a incorporação da jurisprudência do STJ, estabelecendo em lei a previsão legal de indisponibilidade de bens sob o regime de tutela provisória e sem necessidade de demonstração da urgência<sup>214</sup> para garantir o ressarcimento e eventual sanção patrimonial<sup>215</sup>, recaindo sobre quantos bens fossem necessários, independentemente de quando foram adquiridos<sup>216</sup> e até mesmo sobre bens de família, caso não houvesse bens o suficiente<sup>217</sup>.

Outras duas alterações relevantes constavam do Projeto de Lei nº 10.887/2018: a oitiva prévia do acusado (em regra, mas poderia ser dispensada em casos de ineficácia da medida ou outras situações “que recomendem a proteção liminar”) e a exigência de demonstração da justa causa<sup>218</sup>.

---

<sup>214</sup> Incorporando a jurisprudência do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. REsp nº 1.366.721. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Min. Og Fernandes, j. 26.02.2014. DJe: 19.09.2014.

<sup>215</sup> Incorporando a jurisprudência do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. REsp nº 1.862.792. Relator: Min. Manoel Erhardt (Des. Conv.), j. 25.08.2021. DJe: 03.09.2021.

<sup>216</sup> Incorporando a jurisprudência do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no REsp nº 1.260.737. Relator: Min. Sérgio Kukina, j. 20.11.2014. DJe: 25.11.2014.

<sup>217</sup> Incorporando a jurisprudência do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 1.837.848. Relator: Min. Francisco Falcão, j. 05.03.2020. DJe: 10.03.2020.

<sup>218</sup> Estas inovações foram consideradas um dos pontos essenciais do PL, conforme se manifestou o Desembargador Ney Bello em reunião da Comissão Especial. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Reunião da Comissão Especial

Também a proporcionalidade das sanções seria alterada, permitindo a transmissão aos herdeiros da multa (que poderia ser aumentada em até três vezes)<sup>219</sup> e da obrigação de ressarcimento<sup>220</sup>, além de permitir a condenação por danos não patrimoniais<sup>221</sup>, isto é, dano moral coletivo. A sucessão da multa e do ressarcimento, além disso, também seria aplicável em caso de sucessão empresarial.

Sugeriu-se, ainda, a conversão da perda de função em cassação de aposentadoria quando houvesse aposentadoria do servidor no curso do processo de improbidade<sup>222</sup> e alteração do período de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratação com o poder público (aumentando o período máximo e diminuindo o período mínimo<sup>223</sup>).

Também seria estabelecido em lei que a sanção de perda da função atingiria qualquer vínculo do agente público com o Poder Público<sup>224</sup> e ainda implicaria inabilitação para o exercício de qualquer outra função por cinco anos. Em relação à proibição de contratação com o Poder Público, essa seria, em regra, para todo o país<sup>225</sup> e se estabeleceria que em casos de menor ofensa haveria apenas o ressarcimento, a perda de bens e a multa civil<sup>226</sup>.

A proposta da Comissão de Juristas também continha outras significativas alterações, que diziam respeito às controvérsias surgidas na vigência da LIA, como o fim da defesa prévia,

---

do PL nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 16 out. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ueZprgrQ0dc>>. Acesso em: 26 dez 2022.)

<sup>219</sup> Frise-se que este foi considerado um dos pontos essenciais do PL pelo Desembargador Ney Bello, relator da Comissão de Juristas, que defendeu a constitucionalidade da proposta ao argumento de que a multa acompanha e incide sobre o patrimônio, não se tratando de sanção penal ou personalíssima. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Reunião da Comissão Especial do PL nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 16 out. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ueZprgrQ0dc>>. Acesso em: 26 dez 2022.)

<sup>220</sup> Neste ponto, propôs a incorporação da jurisprudência do STJ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 1.407.862. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.12.2014. DJe: 19.12.2014.) e a sua ampliação, porquanto a transmissão não estaria mais limitada a determinado tipo de improbidade.

<sup>221</sup> Incorporando a jurisprudência do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp nº 1.940.837. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 24.08.2021. DJe: 13.12.2021.

<sup>222</sup> Contrariando a jurisprudência do STJ, que não permitia a conversão (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EDv em REsp nº 1.496.347. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 24.02.2021. DJe: 28.04.2021.)

<sup>223</sup> Estes novos patamares permitiriam a melhor proporcionalidade das sanções e também foi indicado como um dos pontos essenciais do projeto pelo Desembargador Federal Ney Bello. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Reunião da Comissão Especial do PL nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 16 out. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ueZprgrQ0dc>>. Acesso em: 26 dez 2022.)

<sup>224</sup> Quando da propositura do PL, não havia jurisprudência unificada no STJ sobre o assunto. Durante a tramitação do PL, o STJ julgou os embargos de divergência no EREsp nº 1.701.967, decidindo que a perda da função deveria atingir qualquer vínculo do agente público com o Poder Público quando do trânsito em julgado da sentença condenatória. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EDv nos EREsp nº 1.701.967. Relator: Min. Gurgel de Faria. Relator para o acórdão: Min. Francisco Falcão, j. 09.09.2020. DJe: 02.02.2021.)

<sup>225</sup> Contrariando a jurisprudência do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgInt nos EDcl no REsp nº 1.300.198. Relator: Min. Sérgio Kukina, j. 06.10.2020. DJe: 18.11.2020.

<sup>226</sup> A extensão das sanções de proibição de contratação com o poder público e perda da função foram considerados um dos pontos essenciais do PL, conforme o Desembargador Ney Bello. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Reunião da Comissão Especial do PL nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 16 out. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ueZprgrQ0dc>>. Acesso em: 26 dez 2022.)

a possibilidade de transação e sua regulamentação<sup>227</sup>, a redução da legitimidade ativa ao Ministério Público<sup>228</sup> e a alteração da prescrição (aumentando os prazos prescricionais e estabelecendo diferentes prazos para diferentes pretensões)<sup>229</sup>. Algumas inovações também foram observadas, tal qual a unificação de sanções em caso de continuidade do ilícito e soma das sanções em caso de condutas distintas (com nítida inspiração na legislação penal).

É visível, então, que o PL nº 10.887/2018 buscou incorporar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>230</sup>. Contudo, é curioso notar como a mesma justificativa reconhece o uso indevido dessa ação, seja ao excluir a improbidade em sua modalidade culposa, seja ao justificar a inexistência de improbidade em caso de interpretação razoável da lei:

Quanto à aplicabilidade do art. 11 deste diploma legal, compreendeu-se – desde uma franca observação da realidade – que inúmeras alegações de improbidade são impingidas a agentes públicos e privados que praticaram atos protegidos por interpretações razoáveis, quer da doutrina, quer do próprio Poder Judiciário. Não são incomuns ações civis públicas por atos de improbidade administrativa ajuizadas em razão de o autor legitimado possuir uma interpretação acerca de princípios e regras destoante da jurisprudência dominante ou 'em desconformidade com outra interpretação igualmente razoável, quer seja dos setores de controles internos da administração, quer dos Tribunais de Contas.

Em razão dessa situação de fato, assaz corriqueira, o texto faz incluir o conceito de “interpretação razoável da lei, regulamento ou contrato”. Cuida-se de cláusula aberta que deverá ser objeto de preenchimento de seu sentido deontico por parte dos intérpretes da lei e colmatado pelo Poder Judiciário. A cláusula aberta da

---

<sup>227</sup> Incorporando a jurisprudência do STJ: (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Acordo no AREsp nº 1.314.581. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 23.02.2021. DJe: 01.03.2021.). A possibilidade de transação e o estabelecimento do ressarcimento como requisito para transação foram considerados dois dos pontos essenciais do PL pelo Desembargador Federal Ney Bello, que argumentou serem necessários para se adequar ao sistema sancionatório, já que se permitia transação na Lei Anticorrupção, na Ação Penal e na Ação Civil Pública. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Reunião da Comissão Especial do PL nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 16 out. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ueZprgrQ0dc>>. Acesso em: 26 dez 2022.)

<sup>228</sup> Este também foi considerado um dos pontos essenciais do PL conforme o Desembargador Federal Ney Bello e se justifica para eliminar o “jogo político” que era feito por meio da ação de improbidade e que piorou com a edição da lei da ficha limpa. Ademais, justificou-se que é difícil que o Ministério Público, enquanto guardião da sociedade, não saiba de determinado ilícito e que, de mais a mais, sempre se pode oficiá-lo para ciência e providências. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Reunião da Comissão Especial do PL nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 16 out. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ueZprgrQ0dc>>. Acesso em: 26 dez 2022.)

<sup>229</sup> Outro ponto essencial do PL, conforme o Desembargador Ney Bello. Buscava-se dar um tratamento mais “racional” para o tema. Propôs-se o prazo de dez anos a partir do fato, com suspensão de três anos com a instauração de inquérito civil, vinte anos em caso de ressarcimento de dano e perda de valores e imprescritibilidade para o reaver de bens da Administração Pública. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Reunião da Comissão Especial do PL nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 16 out. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ueZprgrQ0dc>>. Acesso em: 26 dez 2022.)

<sup>230</sup> Constatou da justificativa do projeto: “Após o seu jubileu de prata, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA carecia de revisão (...) para adaptar-se às construções hermenêuticas da própria jurisprudência, consolidadas em decisões dos Tribunais”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 10.887/18. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018))>. Acesso em: 26 dez. 2022.)

razoabilidade da interpretação é necessária, haja vista a total impossibilidade de previsão de interpretações tidas por razoáveis, quando do momento legislativo de criação da norma.

Ou seja, é no mínimo curioso que se reconheça o uso indevido da ação de improbidade e seus excessos, como denunciado pelas críticas expostas no primeiro capítulo, cuja origem pode ser atribuída à jurisprudência do STJ, mas, ainda assim, que essa interpretação viciada oriente a redação da nova lei e seja incorporada à legislação.

Em que pese essa contradição, o Projeto de Lei foi apresentado pelo Deputado Roberto Lucena, então filiado ao partido PODEMOS/SP, e encaminhado à Comissão Especial (art. 34, II, do RICD<sup>231</sup>) em abril de 2019, que foi composta por 34 membros titulares<sup>232</sup> e instaurada em agosto de 2019.

Logo na sessão de instalação da Comissão Especial<sup>233</sup>, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM/RJ), destacou a importância do projeto, já que a lei de improbidade possuía uma “estrutura de tipos que é muito aberto, que vem inviabilizando até o próprio interesse dos agentes públicos de assumir posições relevantes no nosso país; o artigo 11, principalmente, nele cabe tudo”, aludindo ao já mencionado direito administrativo do medo. Em seu entendimento, a LIA promovia uma “generalização de malfeitos” e a “criminalização da política”, daí porque necessária a reforma para que a lei fosse “muito objetiva, clara, que ela puna de fato os erros dos agentes público”, mas que não impedisse que pessoas “de bem” assumissem cargos públicos.

O Ministro Mauro Campbell<sup>234</sup> também discursou na ocasião e destacou os avanços ocasionados pela lei de improbidade em sua redação original e explicou que o projeto apresentado se baseou em três eixos: i) incorporar à lei todo o “assentamento jurisprudencial” do STJ; ii) atualizar a lei em relação às leis posteriores (por exemplo, o CPC/2015 e a LINDB);

---

<sup>231</sup> Art. 34 do RICD: “As Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer sobre: (...) II - proposições que versarem matéria de competência de mais de três Comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito, por iniciativa do Presidente da Câmara, ou a requerimento de Líder ou de Presidente de Comissão interessada.”

<sup>232</sup> A listagem completa pode ser encontrada na Ata da Presidência que instituiu a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 10.887 de 2018. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/prop\\_mostrarintegra?codteor=1789648&filename=TramitacaoPL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29](https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra?codteor=1789648&filename=TramitacaoPL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29)>. Acesso em: 26 dez. 2022. Trata-se de comissão com membros dos partidos Novo, Partido dos Trabalhadores, Movimento Democrático Brasileiro, Partido Republicano Brasileiro (atual Republicanos), Partido Socialista Brasileiro, Democratas, Partido Social Democrático, Partido Social Liberal, Partido Liberal, Partido Progressistas (atual Progressistas), Solidariedade, Partido Comunista do Brasil e Partido Democrático Trabalhista.

<sup>233</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Reunião de instalação da Comissão Especial do PL nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 28 ago. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=3MkogA2AP5A&t=33s>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>234</sup> Idem.

iii) incorporar ao direito administrativo sancionador “alguns mecanismos que já demonstraram sucesso na área penal”, como, por exemplo, a possibilidade de transação. Nesse espírito, se submeteu o projeto para “democraticamente fazer toda a análise necessária ao aprimoramento da gestão pública e do controle da gestão pública”.

O Deputado Tadeu Alencar (PSB/PE), presidente da Comissão Especial, corroborou o discurso proferido pelo Deputado Rodrigo Maia<sup>235</sup> e destacou dois pontos abordados pelo projeto e que eram, na sua opinião, de suma importância: i) a extinção da modalidade culposa; e ii) a dosimetria da pena.

O discurso do Deputado Tadeu Alencar, ainda, deu a entender que a improbidade deveria ser aplicar precipuamente para casos em que haja prejuízo ao erário e ressaltou a preocupação da Comissão Especial em “ouvir todos aqueles que tenham uma contribuição a dar”, como o Superior Tribunal de Justiça, a advocacia (pública e privada), o Ministério Público, a Confederação Nacional de Municípios (CNM) e a academia.

O relator, Deputado Carlos Zarattini (PT/SP), se comprometeu ao debate amplo e incorporação de sugestões<sup>236</sup>, colocando em pauta imediatamente audiência pública com diversos especialistas.

Os deputados integrantes da comissão também discursaram, endossando os discursos já proferidos<sup>237</sup>, especialmente do Deputado Rodrigo Maia, citando que a lei então vigente era “muito dura”, permitia o “ativismo” do Poder Judiciário e do Ministério Público, sem qualquer premiação ao bom gestor.

Os discursos também transpareceram os ideais da comissão, buscando um “equilíbrio” na lei, a “ponderação” para identificar as situações ímprobas das simples irregularidades e a “coragem” para salvaguardar as pessoas “de bem” que desejam entrar na política.

É interessante observar que alguns traços da lei sancionada foram mencionados nessa sessão, como o necessário diálogo com a LINDB; a necessidade de se alterar o projeto submetido à comissão, que internalizava alguns dos problemas identificados e a necessidade de se estabelecer um rol taxativo ao artigo 11, referente a atos de improbidade violadores de princípios administrativos.

Ao final, foram aprovados os requerimentos de audiência pública com diversos

---

<sup>235</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Reunião de instalação da Comissão Especial do PL nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 28 ago. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=3MkogA2AP5A&t=33s>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>236</sup> Idem.

<sup>237</sup> Idem.

especialistas, além de conferências nas cidades de São Paulo, Recife e Porto Alegre para maior pluralidade, que permitiram que eventuais interessados que não pudessem comparecer à Brasília pudessem se manifestar, e cuja duração se estendeu entre os meses de setembro e novembro de 2019.

O início da pandemia do Coronavírus, em março de 2020, atrasou a apresentação do relatório direto no Plenário (vez que as comissões do Congresso Nacional não funcionaram durante o período), e isso veio a ocorrer apenas em outubro de 2020. O substitutivo apresentado pelo relator Carlos Zarattini modificou radicalmente o projeto original<sup>238</sup>.

Dentre outras relevantes alterações, cabe citar: i) a necessidade de dolo específico para configuração da improbidade administrativa; ii) o fim do dano *in re ipsa*, isto é, da presunção de dano, especialmente no caso de fraude à licitação; iii) a exclusão do artigo 11, de forma que atos violadores de princípios administrativos que não causassem prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito deveriam ser apenados pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965) e pela Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985); iv) a impossibilidade de transmissão de multa aos herdeiros; v) a necessidade de urgência (*periculum in mora*) para se deferir o bloqueio de bens; vi) a limitação temporal do bloqueio de bens; vii) a manutenção da defesa prévia; viii) o litisconsórcio passivo necessário; ix) o prazo de cento e oitenta dias para o inquérito civil (prorrogáveis por uma única vez por igual período); e x) a proibição de julgamento antecipado da lide.

Em junho de 2021, aprovou-se a urgência do projeto e, ato contínuo, o relator Carlos Zarattini apresentou segundo substitutivo<sup>239</sup>, que trouxe relevantes alterações, como por exemplo i) a retomada do artigo 11, mas com rol taxativo de condutas; ii) a inaplicabilidade da LIA para partidos políticos; iii) a alteração da ordem preferencial de bloqueio de bens, dos menos líquidos para os mais líquidos; iv) o fim da defesa prévia; v) a ampliação dos efeitos das sentenças civis, penais e administrativas pelos mesmos fatos; e vi) a alteração do prazo prescricional, incluindo aí a prescrição intercorrente.

Após a aprovação em Plenário (com 403 votos favoráveis), o Projeto de Lei foi encaminhado ao Senado Federal em julho de 2021.

Em agosto de 2021, realizou-se audiência pública no Plenário do Senado Federal com a presença do Ministro Mauro Campbell Marques, e representantes da Confederação Nacional

---

<sup>238</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo ao Projeto de Lei nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1938173&file name=Tramitacao-PL%202505/2021%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20p1%2010887/2018\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1938173&file name=Tramitacao-PL%202505/2021%20(N%C2%BA%20Anterior:%20p1%2010887/2018))>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>239</sup> Idem.

de Municípios (CNM), da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), do Instituto Não Aceito Corrupção, da Associação Brasileira dos Municípios, do Ministério Público, da Frente Nacional de Prefeitos (FNP), e da Advocacia Geral da União, além dos deputados Carlos Zarattini e Roberto de Lucena, relator e autor do PL, respectivamente<sup>240</sup>.

Com o retorno das atividades das comissões, o projeto foi encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), distribuído ao senador Weverton Rocha (PDT/MA) e, novamente, realizou-se audiência pública com o Ministro Herman Benjamin, do STJ, o representante da Frente Nacional de Prefeitos (FNP), o representante do Instituto Transparência Brasil, o advogado Lucas de Castro Rivas, o representante do Instituto Não Aceito Corrupção e o Professor Marçal Justen Filho<sup>241</sup>.

O PL nº 10.887/2018, então, foi objeto de algumas poucas alterações e, após sua aprovação na CCJ, foi encaminhado ao Plenário, sendo aprovado por 47 votos em setembro de 2021 e convertido em lei (Lei nº 14.230/2021) em outubro de 2021.

Antes de se passar à exposição da Lei nº 14.230/2021 (NLIA), é relevante observar o debate travado nas audiências públicas e que foram essenciais para os rumos que o projeto tomou.

### **2.3 As audiências públicas**

Como acima salientado, a NLIA foi objeto de profundos debates enquanto tramitava no Congresso Nacional, seja por parte de congressistas, seja por parte das instituições que, por meio de seus representantes, influenciaram os rumos do debate e do projeto. Aliás, é somente por meio desses debates que se pode compreender a radical modificação sofrida entre o PL apresentado e a legislação aprovada.

Na tramitação do PL nº 10.887/2018, foram ouvidos ao todo mais de sessenta convidados<sup>242</sup>, incluindo Ministros do Superior Tribunal de Justiça e representantes da

---

<sup>240</sup> BRASIL. Senado Federal. Sessão de debates temáticos sobre o PL nº 2.505/2021. Brasília: Senado Federal, 03 ago. 2021. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=VNFvquwvEbI&t=2s>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>241</sup> BRASIL. Senado Federal. 11ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição e Justiça. Brasília: Senado Federal, 28 set. 2021. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=RT0Ierc5WAc>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

<sup>242</sup> A lista completa dos expositores pode ser obtida no relatório ao Substitutivo 1 apresentado pelo Deputado Carlos Zarattini. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Substitutivo 1 ao Projeto de Lei nº 10.887/18. Brasília:

Advocacia Geral da União, da Controladoria Geral da União, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público, da Confederação Nacional de Municípios (CNM), e da Comissão de Juristas, além de advogados e outros<sup>243</sup>.

Alguns pontos foram comuns a todas as exposições, quais sejam: a necessidade de atualização da LIA; o objetivo de combate à corrupção, indicando não se tratar de leniência com atos ímprobos; o objetivo de separar “o joio do trigo”, isto é, a necessidade de se identificar atos ímprobos de atos irregulares; e a necessidade de se incluir mecanismos de autocomposição na LIA.

Para além desses pontos em comum, o que se observou nas audiências públicas foi a manifestação das instituições defendendo interesses e os rumos que o Projeto de Lei deveria seguir. Em seguida, então, serão apresentados os principais pontos das audiências públicas.

### 2.3.1 Os debates menores

A Comissão Especial debateu diversos pontos de reforma da LIA, como a questão da defesa prévia e o caráter ambíguo de sua extinção<sup>244</sup>, além da incorporação da LINDB e da compatibilidade da LIA com a LAC.<sup>245</sup>

Alguns temas foram mencionados de forma discreta e não foram objeto de debate aprofundado, cite-se, por exemplo, a possibilidade de incorporação da bagatela, a figura do

---

Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1938173&filename=Tramitacao-PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1938173&filename=Tramitacao-PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29)>. Acesso em: 26 dez. 2022.)

<sup>243</sup> O inteiro teor dos vídeos e áudios das audiências e conferências públicas podem ser acessados em: (BRASIL. Câmara dos Deputados. Reuniões Deliberativas da Comissão Especial do Projeto de Lei nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/agenda?termo=improbidade&dataInicial\\_\\_proxy=01%2F08%2F2019&dataInicial=01%2F08%2F2019&dataFinal\\_\\_proxy=31%2F12%2F2019&dataFinal=31%2F12%2F2019&idOrgaos=538430](https://www.camara.leg.br/agenda?termo=improbidade&dataInicial__proxy=01%2F08%2F2019&dataInicial=01%2F08%2F2019&dataFinal__proxy=31%2F12%2F2019&dataFinal=31%2F12%2F2019&idOrgaos=538430)>. Acesso em: 26 dez. 2022.)

<sup>244</sup> Muitos palestrantes defenderam a sua manutenção, especialmente aqueles ligados à advocacia e municípios, alegando que 20% das ações eram extintas imediatamente e a necessidade de se reforçar os mecanismos de defesa diante da sanha punitivista do Ministério Público. Todavia, os que defenderam a sua extinção (incluindo aí membros da Comissão de Juristas) ressaltaram que, na prática (influenciado pelo entendimento do STJ de que a inobservância desta etapa não causava nulidade, salvo se demonstrado o prejuízo), tratava-se apenas de retardar o andamento processual e repetição dos argumentos e cognição da contestação e, nesse sentido, seria melhor aumentar o prazo de contestação, permitindo aos acusados elaborar melhor os argumentos de defesa.

<sup>245</sup> Recorde-se que um dos objetivos da Comissão de Juristas era a atualização da LIA em face da legislação superveniente, notadamente o CPC/2015, a LINDB (tendo em vista as relevantes alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018) e a LAC (haja vista a afinidade de objetos). A incorporação da LINDB foi criticada por magistrados, membros do Ministério Público e alguns representantes do Poder Público, como o ex-ministro Jorge Hage, aduzindo a baixa qualidade técnica daquela lei. A compatibilidade com a LAC foi objeto de preocupação dos membros da comissão especial, notadamente o relator Carlos Zaratinni, no que tange ao cadastro de condenados por improbidade administrativa e paralelismos sobre o alcance da sanção de proibição de contratação.

dano moral coletivo na ação de improbidade administrativa e a condenação solidária. Esses temas foram abordados de forma isolada, por um ou outro palestrante.

Outros temas foram debatidos de forma pontual, cite-se, por exemplo, a necessidade ou não de entrega da declaração de imposto de renda para a Administração Pública e a forma do inquérito civil e o seu controle. Tais temas foram debatidos conforme os interesses dos palestrantes, mas ainda limitados aos interesses das categorias presentes.

Em linhas gerais, as manifestações na Comissão Especial atacaram a desproporcionalidade da LIA e das sanções impostas. Esse ponto, profundamente explorado pelos membros da Comissão, é de certa forma unânime, vez que membros da advocacia, da magistratura e mesmo do Ministério Público reconheciam “excessos” e que a LIA, em sua redação original, propiciava uma interpretação alargada sobre o tema por parte dos tribunais e dos membros do Ministério Público, qualificando atos meramente irregulares como ímprobos.

A seguir, e novamente sem pretensão de esgotamento do tema, mas buscando a compreensão da dinâmica a partir dos seus elementos preponderantes, são apresentados os principais debates da Comissão Especial.

### **2.3.2 A legitimidade ativa**

Um dos grandes debates na Comissão Especial se deu em torno da espetacularização da improbidade administrativa e dos meios para contorná-la. Diversos participantes e membros da Comissão relataram processos que demonstrariam os abusos cometidos e a espetacularização em torno do tema, com notícias de jornais que colocariam gestores públicos em situação de descrédito (sem possibilidade de recuperar o bom nome em caso de absolvição).

Igualmente, relataram que haveria uma politização da improbidade administrativa, isto é, a utilização do Poder Judiciário e do Ministério Público para, por meio da improbidade administrativa e suas graves sanções, excluir rivais do pleito político.

Uma das soluções encontradas para contornar esse problema seria a redução da legitimidade apenas ao Ministério Público. Diversos membros do Ministério Público discursaram nesse sentido, além do ex-Ministro do STJ, Gilson Dipp, argumentando que a legitimidade exclusiva (i) permitiria a melhor racionalização da transação; (ii) impediria a perseguição política, que seria tipicamente associada às ações de improbidade movidas pela

Administração Pública, especialmente quando a advocacia pública não é institucionalizada; e (iii) melhoraria o entendimento jurisprudencial, já que as ações temerárias propostas pela Administração Pública construiriam precedentes ruins.

Argumentou-se, além disso, (iv) que a ampliação do rol de legitimados não resolve o problema de politicagem e eventuais excessos devem ser combatidos pelo Poder Judiciário e pelos Conselhos; (v) que o Ministério Público já era responsável por mais de 70% das ações de improbidade, (vi) que a aplicação da lei e a legitimidade exclusiva eram, na verdade, ônus e que o Ministério Público sofre para cumprir a lei e atender tais determinações; (vii) que o Ministério Público é o defensor da ordem jurídica, instrumento de Estado e as garantias de seus membros evitam abusos; e (viii) que o art. 129, §1º, da CF/88, não é suficiente para legitimidade concorrente, haja vista a natureza sancionatória da LIA, a eficácia contida do dispositivo constitucional e que haveria maior coerência dos sistemas punitivos.

Os membros da Comissão de Juristas também discursaram defendendo a legitimidade exclusiva do Ministério Público, argumentando que a exclusividade permitiria a melhor racionalização da transação sem excluir a Administração Pública ou o ente lesado das ações de ressarcimento ou outras ações competentes (por exemplo, processo administrativo disciplinar nos termos da Lei nº 8.112/1990), e a natureza sancionatória da ação de improbidade. Ademais, sublinharam o objetivo de impedir o uso político da ação de improbidade administrativa.

A advocacia pública, por outro lado, criticou essa proposta, lembrando (i) que é responsável por 30% das ações de improbidade, o que não seria insignificante; (ii) que teria recuperado volume significativo de dinheiro em ações de improbidade, de forma que a sua atuação seria efetiva; (iii) que a restrição da legitimidade dificultaria o controle externo, especialmente quando houvesse ato de improbidade administrativa no âmbito do Ministério Público; (iv) que não há espetacularização em seus casos e que os excessos e espetacularização devem ser combatidos pelo uso da LINDB, da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019) e pela defesa prévia; (v) que haveria maior risco de captura do órgão de acusação; (vi) que abusos decorrem do contexto de desequilíbrio, associado a um só legitimado, causando hipertrofia e competição predatória, e (vii) que o apequenamento da Administração Pública, implicaria perda de *know-how* primeiramente porque a advocacia pública é a única que atua na parte consultiva, bem como no polo ativo e passivo da improbidade administrativa, possuindo, pois, *expertise* na matéria e, em segundo lugar, porque as ações de improbidade movidas pela advocacia pública normalmente são feitas em conjunto com diferentes órgãos,

Para além disso, a advocacia pública argumentou (viii) que acordos são melhores quando feitos pela própria parte interessada; (ix) que haveria sobrecarga do Ministério Público e até retardamento no ajuizamento da ação, que muitas vezes se inicia a partir do procedimento administrativo disciplinar, porque seria necessário comunicar o Ministério Público competente, ao invés da própria Administração Pública ajuizar a ação; (x) que não há lei de proteção ao erário e combate à corrupção que exclua a Fazenda (LIA, em sua redação original, LACP e LAC), mas que o Ministério Público é questionável (tanto que foi necessária a edição da Súmula nº 329/STJ, que consolidou o entendimento de que o Ministério Público é legítimo para propositura de ação civil pública em defesa do patrimônio público), (xi) que é comum à Administração Pública a atuação punitiva (Comissão de Valores Mobiliários, Tribunal de Contas da União, Controladoria Geral da União, Conselho Administrativo de Defesa Econômica etc); e (xii) que não há lógica excluir a legitimação para improbidade, mas manter a legitimidade para ressarcimento e cumprimento de acordo.

No mesmo sentido, discursaram entidades diretamente ligadas à Administração Pública, como a Controladoria Geral da União e o Tribunal de Contas da União, além do ex-Ministro Jorge Hage, do Ministro do STJ Herman Benjamin e da Professora Marilda de Paula Silveira, argumentando que haveria menor controle externo, que a indevida exclusão da vítima do processo (o que não ocorreria nem no processo penal<sup>246</sup>) acarretaria diminuição do dinheiro recuperado e que o Ministério Público também pode sofrer das paixões e preferências pessoais de seus membros.

Os que criticavam a legitimidade exclusiva do Ministério Público reconheciam excessos na improbidade administrativa, especialmente no âmbito municipal, bem como as dificuldades decorrentes da legitimidade concorrente (eventual ajuizamento de duas ações pelo mesmo fato, por exemplo), mas defendiam que concentrar a legitimidade no Ministério Público não era solução, antes, tendia a reforçar o uso político da ação por ausência de controle ou outros legitimados.

Sugeriu-se, então, a imposição de “travas”, por exemplo, reduzindo a legitimidade para municípios com advocacia pública institucionalizada ou a necessária autorização e revisão de pares e superiores para o ajuizamento da ação.

Os entes municipais defenderam este meio termo: a Frente Nacional de Prefeitos (FNP) defendeu a legitimidade da advocacia pública institucionalizada, argumentando que a autonomia evitaria os abusos. No mesmo sentido, manifestaram-se alguns membros da

---

<sup>246</sup> Tendo em vista a possibilidade de ação penal por omissão.

Comissão Especial, como o Deputado Sérgio Vidigal e Tadeu Alencar (PSB-PE), o último oriundo da Procuradoria da Fazenda Nacional e ex-gestor municipal, que criticou a espetacularização das ações de improbidade, os custos financeiros envolvidos na defesa e a morte da vida política.

### **2.3.3 O conceito de improbidade administrativa**

O conceito de improbidade administrativa foi profundamente debatido. Primeiramente, debateu-se o dolo/culpa e a proposta de extinção da modalidade culposa, como preconizou a Comissão de Juristas em um dos poucos pontos em que se afastou da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Os representantes da Comissão de Juristas defenderam (i) que o STJ não chegava a analisar a formação da culpa, em razão da Súmula nº 07/STJ, que determina a impossibilidade de análise do recurso por depender de análise de matéria fática e/ou probatória; (ii) que havia distinção entre improbidade e ilegalidade, que se dava a partir do elemento volitivo doloso da primeira; e (iii) que a extinção da modalidade culposa não se tratava de leniência com a corrupção, mas sim de nomear corretamente as distintas situações. A incorporação do dolo, da má-fé, como elemento necessário ao tipo, solucionaria, na visão da Comissão de Juristas, o entendimento de que a improbidade é panaceia para qualquer vício administrativo e permitiria melhor análise da justa causa, da ampla defesa e do contraditório.

Essa posição foi elogiada por deputados com experiência na gestão pública, como o Deputado Paulo Teixeira (PT/SP), e por entidades municipalistas, como a Confederação Nacional de Municípios (CNM)<sup>247</sup>, bem como por advogados. Na visão dos críticos da modalidade culposa, essa seria uma das grandes responsáveis pela confusão entre ilegalidade e improbidade – punindo simples erros administrativos, e pela criminalização da atividade política. Frise-se que alguns membros pontuais do Ministério Público e da magistratura também defenderam a ocorrência exclusivamente dolosa.

Em suma, porém, a culpa foi defendida por membros da magistratura, como o Ministro do STJ, Herman Benjamin, que criticou a alteração da jurisprudência que demorou mais de vinte e cinco anos para se consolidar – o que poderia causar insegurança jurídica.

---

<sup>247</sup> Interessante observar que a Confederação Nacional de Municípios (CNM) criticou o próprio objeto da LIA, de obrigar a moralidade, que já seria cogente e não precisaria de lei.

Ainda, a modalidade culposa foi defendida por membros do Ministério Público, que expressaram preocupação com a possível desproteção do patrimônio público, lembrando a possibilidade de crimes contra a Administração Pública na modalidade culposa (de modo que seria incoerente a improbidade exclusivamente dolosa) e o do artigo 28 da LINDB<sup>248</sup>, além de possível estímulo à irresponsabilidade. Entre os membros da Comissão Especial, o Deputado Hélio Costa (PSD/SC) defendeu a modalidade culposa ao argumento de que quem erra várias vezes é criminoso e prefeitos e gestores normalmente estão de má-fé.

Alguns deputados e órgãos adotaram postura menos enfática, mas sinalizaram o seu entendimento: a Controladoria Geral da União se manifestou a favor da extinção da modalidade culposa, na linha de que improbidade e ilegalidade não se confundem e que a atividade de gestão pressupõe o erro; a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) se manifestou a favor da modalidade culposa, mas a Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF (ANAPE) se manifestou contrária, alegando que a modalidade culposa seria uma das grandes responsáveis pelo apagão das canetas; o Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional (SINPROFAZ), por sua vez, se manifestou no sentido de que a reiteração de atos culposos deve ser considerada improbidade e que, dessa forma, seria melhor a punição de atos culposos, sem penalidades graves, mas possibilitando o ressarcimento<sup>249</sup>; a Associação Nacional dos Advogados da União (ANAUNI), de outra forma, manifestou certa preocupação com a extinção da modalidade culposa e destacou que o ponto fulcral é a prova, a comprovação da intenção de lesão ao erário. O representante da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo se manifestou a favor da extinção da modalidade culposa com base no artigo 28 da LINDB<sup>250</sup> e o membro da Comissão Especial, Deputado Sérgio Vidigal (PDT/ES), alertou das dificuldades de se flexibilizar a lei porque “tem gente profissional em fazer coisa errada”.

Vale observar que antigos membros da magistratura, como o ex-Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Renato Nalini, e o ex-Ministro do STJ, Gilson Dipp, se posicionaram a favor da exclusão da modalidade culposa, na linha de que improbidade não se confunde com despreparo do gestor.

---

<sup>248</sup> “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

<sup>249</sup> Olvidando que o ressarcimento ao erário pode ser promovido por outras vias (LAP e LACP).

<sup>250</sup> É curioso observar que este mesmo dispositivo foi mencionado por membros do Ministério Público como argumento a favor da modalidade culposa, ou seja, sob determinada leitura, o “erro grosseiro” equivale a culpa, viabilizando a improbidade culposa, enquanto sob outra leitura, o “erro grosseiro” equivale a dolo, inviabilizando a improbidade culposa. Essas diferentes interpretações bem demonstram a dificuldade aludida no primeiro capítulo de conceituação do elemento subjetivo e suas variantes.

Em segundo lugar, com menor destaque, se debateu e criticou o instituto da culpa *in vigilando*, isto é, a condenação de Prefeitos e gestores em razão de atos cometidos por secretários e funcionários da prefeitura em geral. Um argumento muito utilizado foi o de que haveria culpa do gestor que sabia ou deveria saber do ilícito, e deveria fiscalizar melhor a equipe de funcionários.

Em terceiro lugar, debateu-se a necessidade de dolo específico para configuração do ato ímprobo, ou, quando menos, a adoção de dolo específico para o artigo 11 da norma – violação a princípios administrativos. Para alguns palestrantes, não bastava a simples presença do dolo, já que o entendimento do STJ acabava por “dissimular” o conceito de dolo, aplicando o conceito de dolo genérico, isto é, a ciência (ou dever de ciência) do ato ilícito. Sob tal perspectiva, o ato de improbidade aproximava-se da responsabilidade objetiva. Daí a necessidade de uma alteração que vinculasse o conceito de dolo ao resultado ilícito.

Em relação ao elemento objetivo da improbidade administrativa, isto é, em relação à conduta reputada ímproba<sup>251</sup>, também houve debate, especialmente no que toca ao entendimento do dano *in re ipsa*, ou seja, a presunção do dano. Os representantes dos Municípios e da advocacia criticaram fortemente esse entendimento, por representar a presunção de má-fé, a presunção do dano e que, como dito, era utilizado apenas para condenar o acusado pois, embora se presumisse o dano, não se autorizava a imposição de ressarcimento. Representantes da magistratura, do Ministério Público e da Administração Pública, por outro lado, elogiavam a manutenção da jurisprudência, por permitir o ressarcimento de forma mais efetiva<sup>252</sup>.

Em relação ao artigo 11 da norma de improbidade, que pune a violação a princípios administrativos, debateu-se seu formato e a possibilidade de sua extinção. Os debates foram unânimes quanto ao reconhecimento de abusos decorrentes desse dispositivo, reconhecendo-o como um ponto de aperfeiçoamento necessário.

Todavia, enquanto membros da magistratura e do Ministério Público defendiam o dispositivo em sua redação original, isto é, com rol exemplificativo, permitindo a sua utilização como uma “vala comum” diante da “criatividade” de agentes ímprobos, outros defendiam a sua alteração. Alguns, como a Confederação Nacional de Municípios (CNM), defendiam um rol taxativo, argumentando que a redação original relegava ao Poder Judiciário

---

<sup>251</sup> Alguns palestrantes sugeriram de forma breve e pontual que os atos de improbidade deveriam ser tipificados em rol taxativo, mas esta sugestão não foi debatida.

<sup>252</sup> Este tópico não foi objeto de debate aprofundado por parte da advocacia pública, embora alguns membros isoladamente tenham se manifestado contrários à presunção do dano.

a tipificação *posteriori* do ato ímprobo. Uma segunda sugestão foi a alteração das sanções, extirpando penas como a suspensão de direitos políticos e a perda da função em razão de violação de princípios. De outro modo, uma terceira corrente, encabeçada pela Frente Nacional de Prefeitos (FNP), foi além e sugeriu a extinção do artigo, porquanto a violação de princípios, em sua opinião, não configuraria improbidade administrativa (improbidade seria ato que causa prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito)<sup>253</sup>.

Os argumentos em torno do elemento objetivo da improbidade administrativa, especialmente no que toca ao artigo 11, foram diversos. Aqueles que criticavam recordavam (i) que a interpretação da lei não é crime; (ii) que o dispositivo era excessivo e acabava por criminalizar a política; (iii) que se estimulava a “ditadura dos órgãos de controle”; (iv) que se exigia onisciência do administrador; (v) que se igualava improbidade a atos meramente irregulares; (vi) que o bom senso não basta para evitar excessos; (vii) que a redação original violava a reserva legal e causava insegurança jurídica; (viii) que não se sabe quais são os princípios da Administração, o que se agravava com o rol aberto (*void for vagueness*) e culminava em lei mais gravosa que a lei penal; (ix) que esse dispositivo era excessivamente utilizado e por situações pequenas que não configurariam improbidade para amedrontar gestores<sup>254</sup> e acabava por responsabilizar bons gestores; (x) que há outros regimes sancionatórios/reparatórios; e (xi) que a LIA passou a ser vista, em razão de sua abertura, como uma nova chance de condenação e perseguição.

Aqueles que defendiam o artigo 11 com um rol exemplificativo, incluindo alguns membros da Comissão de Juristas, aludiam (i) ao elemento doloso, o que deveria ser suficiente para impedir abusos; (ii) ao histórico da lei e desse dispositivo em específico (cujas finalidades seriam punir “os incautos”<sup>255</sup>); (iii) ao fato de que a lei de improbidade serve para melhor proteger a probidade na administração e não deve ser interpretada tal qual a lei penal, isto é, deve ter maior abertura e menos amarras; e (iv) ao fato de que a restrição de sua utilização deveria se dar pelo elemento volitivo doloso, pelo bom senso dos operadores, pela proporcionalidade das sanções e que a Lei de Abuso de Autoridade e a LINDB combatem excessos.

---

<sup>253</sup> O artigo 11 não foi explorado pela advocacia pública.

<sup>254</sup> Nesse particular, diga-se que a CONAMP também reconheceu este excesso nas audiências públicas.

<sup>255</sup> Nas palavras do Senador Pedro Simon, quem sugeriu a redação original.

### 2.3.4 O bloqueio de bens

O bloqueio de bens também foi objeto de debate na Comissão Especial.<sup>256</sup> Os membros da magistratura e do Ministério Público (i) elogiavam a desnecessidade de se demonstrar a urgência, como preconizava a jurisprudência do STJ, por se tratar de prova de difícil ou impossível produção; (ii) defendiam o bloqueio de bens de família, já que o objetivo é o ressarcimento; e (iii) destacavam que apesar de tudo há baixa recuperação de ativos na improbidade.

Os advogados e representantes dos municípios, por sua vez, (i) criticavam a medida por representar a presunção de ilícito e de má-fé do acusado; (ii) criticavam a inclusão de possíveis multas na indisponibilidade cautelar, o que implicava a antecipação do juízo condenatório; (iii) criticavam a indisponibilidade de bens sem prazo, de modo que o acusado ficava por anos com o patrimônio inteiramente mobilizado; e (iv) criticavam o bloqueio de bens de família, especialmente se adquiridos antes dos fatos reputados ímprobos.

### 2.4 A Nova Lei de Improbidade Administrativa

Os esforços do Congresso Nacional culminaram na Lei nº 14.230/2021, sancionada sem vetos em 25.10.2021. É de se destacar que pouco antes de sua promulgação, a NLIA foi mencionada em decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que como *obiter dictum*.

Na já mencionada medida cautelar na ADI nº 6.678, o Ministro Gilmar Mendes, monocraticamente, ao reconhecer a desproporcionalidade das sanções previstas pela LIA em sua redação original, mencionou que a Nova Lei de Improbidade administrativa caminhava no mesmo sentido da cautelar, extirpando a improbidade culposa e a pena de suspensão dos direitos políticos em caso de improbidade por violação a princípios administrativos, estando apenas pendente de sanção presidencial<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> O Desembargador Ney Bello, relator da Comissão de Juristas, entendeu que este era um ponto essencial do PL e defendeu a possibilidade de medidas cautelares e o bloqueio de bens desde que presente a justa causa e a motivação da decisão. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Reunião da Comissão Especial do PL nº 10.887/18. Brasília: Câmara dos Deputados, 16 out. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ueZprgrQ0dc>>. Acesso em: 26 dez. 2022.)

<sup>257</sup> Trata-se de importante detalhe pois, como será exposto no capítulo subsequente, os diálogos institucionais ocorrem exatamente quando há interação entre os Poderes, quando um Poder reconhece o papel do outro de também interpretar as leis e a Constituição, que é o que ocorreu neste caso. Há de se destacar, também, que o comportamento do Judiciário diante de alterações legislativas é crucial pois, dependendo do comportamento

É importante destacar que, embora a Lei nº 14.230/2021, originada do PL nº 10.887/2018, seja uma reforma legislativa que alterou diversos dispositivos da LIA (dentre outros, os tipos de improbidade, o procedimento, o prazo prescricional e até mesmo a legitimidade), as modificações foram tão significativas que justificam a expressão utilizada de “Nova Lei de Improbidade Administrativa”. A própria concepção de improbidade administrativa foi alterada, tendo sido inserida no bojo do microsistema anticorrupção, com incidência dos princípios do direito administrativo sancionador (art. 1º, *caput* e §4º, NLIA).

A despeito das mudanças, alguns pontos da LIA permaneceram sem alteração e houve apenas o aperfeiçoamento da redação. Cabe citar, por exemplo, que se manteve a concepção ampla de agente público, seja ele transitório ou vitalício, gratuito ou remunerado, pessoa física ou jurídica. Ademais, foi esclarecida a aplicabilidade da lei para agentes políticos (incorporando-se a jurisprudência do STJ e do STF), além da figura do beneficiário (especificamente no que toca à pessoa jurídica, os sócios, cotistas, diretores e colaboradores<sup>258</sup> respondem apenas se houver benefício e participação direta nos atos ímprobos – art. 3º, §1º, NLIA).

Não obstante, ao longo da lei são perceptíveis diversas alterações que refletem, em sua maior parte, o debate legislativo, como, por exemplo, a restrição da legitimidade ativa ao Ministério Público, como proposto pela Comissão de Juristas, na tentativa de evitar a politização da improbidade administrativa e permitir a racionalização dos múltiplos acordos possíveis, tendo em vista que o ato reputado ímprobo pode ser punido, além da ação de improbidade, com a ação penal, com a ação com base na Lei Anticorrupção etc.

A opção legislativa foi questionada nas ADIs nº 7.042/DF e nº 7.043/DF, aduzindo, dentre outros fundamentos, a vedação ao retrocesso, a auto-organização e a autonomia estatal. A medida cautelar foi deferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, por entender que a legitimação civil do Ministério Público não exclui a de outros entes (art. 129, §1º, da CF/88), na linha do que defendiam os membros da advocacia pública no Congresso Nacional. Esse entendimento foi sufragado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Algumas das inovações sugeridas pela Comissão de Juristas, como a unificação de sanções, foram mantidas<sup>259</sup>, mas houve profunda alteração na independência das instâncias.

---

adotado, fulmina-se a possibilidade de interação e diálogo. Dessa forma, a decisão do Ministro Gilmar Mendes, ao mencionar a NLIA (que ainda pendia de sanção), demonstra a abertura do Judiciário ao diálogo sobre o tema.

<sup>258</sup> A inclusão dos diretores e colaboradores foi sugestão do Ministério Público nas audiências públicas.

<sup>259</sup> O dispositivo é verdadeiramente inovador (embora haja decisão pontual que admitisse a unificação – BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. EDcl no REsp nº 993.658. Relator: Min. Luiz Fux, j. 09.03.2010. DJe: 23.03.2010.). Gajardoni afirma que a unificação deriva diretamente da natureza sancionatória da ação e tem

Embora as instâncias sejam independentes, estabeleceu-se que as provas produzidas nos órgãos de controle deverão ser consideradas, bem como as sentenças civis e penais<sup>260</sup>. No que se refere ao regime prescricional, unificou-se o prazo, agora de oito anos a partir dos fatos, inclusive com previsão de prescrição intercorrente.

Outras relevantes alterações, como a extinção da defesa prévia<sup>261</sup> (o que foi defendido pela Comissão de Juristas, e por membros da magistratura e do Ministério Público), requisitos específicos para a petição inicial e da sentença, incorporando dispositivos da LINDB<sup>262</sup>, a

---

consequências interessantes, acabando com a propositura de diversas ações de improbidade para o mesmo contexto fático, alinhando-se com o direito penal (cuja conduta é de maior gravidade e admite a unificação). O autor destaca que diante do silêncio da LIA, a definição de continuidade deve ser adotada à luz do Código Penal (art. 71, do CP), tendo, como consequência, dentre outros, a adoção da teoria da ficção jurídica (unificação, na fase da execução, das sanções aplicadas em caso de vários ilícitos, que continuam autônomos em sua existência e apuração – o que reflete, por exemplo, no cômputo prescricional). Gajardoni ressalta, contudo, que embora seja visível a boa intenção do legislador, a redação é falha e suscita dúvidas. Por exemplo, para a unificação da sanção, é necessário, no âmbito penal, a prática de ilícitos da mesma espécie, daí se questiona: como este debate será levado para a improbidade? Será possível a unificação de condutas descritas nos artigos 9, 10 e 11 ou não? Outro requisito para unificação no âmbito penal é a unidade de desígnio, o que implica o preenchimento de requisitos objetivos e subjetivos do crime (teoria subjetiva do crime continuado – BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC nº 324.026. Relator: Min. Nefi Cordeiro, j. 16.02.2016. DJe: 25.02.2016.). Como este entendimento será traduzido no âmbito da improbidade? Outro ponto em que o legislador pecou pela redação, segundo o autor, é no acréscimo das penas, fixado pela lei em 1/3, sem possibilidade de gradação (GAJARDONI, Fernando da F. Comentário ao art. 18-A. In: GAJARDONI, Fernando da F.; *et al.* Comentários à nova lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 433-441).

<sup>260</sup> Gajardoni defende que não há maiores novidades na comunicação entre a esfera civil e a improbidade. Respeitando posicionamentos diversos, como exposto ao longo do trabalho, o STJ reiteradamente assentava a comunicabilidade apenas com a instância criminal e apenas na hipótese de inexistência do fato ou negativa de autoria. Desta forma, ao estabelecer que as “as sentenças *civis* e penais produzirão efeitos (...)”, houve avanço e inovação legislativa. Vale observar que a proposta de comunicação entre as instâncias civil e de improbidade constou do PL original. Especificamente em relação às decisões penais, é visível que a NLIA promoveu a ampliação do escopo (tanto em relação à LIA quanto em relação ao PL). Se antes havia comunicação apenas em caso de inexistência do fato ou negativa de autoria, a nova lei estabelece a comunicação também em caso de inexistência de provas (de autoria ou de materialidade), inexistência de crime, além de excludentes – desde que confirmada por órgão colegiado. Gajardoni faz a ressalva de que a aplicação deste dispositivo deve observar os mesmos fatos e elementos anímicos e quanto ao ressarcimento ao erário. Questão interessante que se põe diz respeito à transação penal/arquivamento de inquérito, que não implicam análise de culpabilidade. Gajardoni afirma que “a literalidade do art. 21, §4º, da Lei 8.429/92 impede qualquer interpretação expansiva em prol da tese de que, não havendo persecução penal, não haveria possibilidade de apreciação do tema” pelo juízo da improbidade. Isto é, a comunicação se dá “sobre fatos efetivamente apurados sob os auspícios do Poder Judiciário”. O acordo de não persecução penal, por outro lado, implica a confissão dos fatos, devendo então ser considerado como prova emprestada. (GAJARDONI, Fernando da F. Op. cit., p. 483-500).

<sup>261</sup> Estudo promovido pelo CNJ ainda em 2013 identificou a defesa prévia como um dos gargalos da improbidade administrativa, porquanto impunha a necessidade de que, uma vez recebida a ação, citar todos os réus. Na ocasião, recomendou-se a sua extinção. (GOMES JÚNIOR, Luiz M.; *et al.* (Coord.). Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em < <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/406>>. Acesso em: 07 ago. 2022.)

<sup>262</sup> Dentre outros elementos, a sentença da ação de improbidade deve considerar as consequências das decisões ao decidir com base em valores abstratos, considerar as dificuldades reais do gestor e as exigências de políticas públicas, incorporando as ideias do art. 20, 21, 22 e 24 da LINDB e que se apresentam cruciais para o controle da boa administração pública. Como recordam Favreto e Gomes Júnior, as realidades municipais brasileiras são radicalmente distintas, o que impõe dificuldades distintas para cada administrador e deve ser sopesado pelo Judiciário (GOMES JÚNIOR, Luis M.; FAVRETO, Rogério. Comentário ao art. 17. In: GAJARDONI, Fernando da F.; *et al.* Comentários à nova lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei

possibilidade de transação e sua regulamentação, fim da obrigação de entrega de cópia da declaração de imposto de renda (contrariando a posição que os órgãos de controle e as entidades da advocacia pública externaram nas audiências públicas), revelam que o Legislativo atuou de forma independente, acolhendo e rejeitando sugestões de todos os interessados, conforme a ideia ali vigente do que é improbidade.

Abaixo, então, serão apresentadas as alterações dos pontos estruturantes e sensíveis da improbidade administrativa, observando de que modo os debates no Congresso Nacional influíram na redação da nova lei e como a nova lei (inspirada pelos debates legislativos) responde ao Poder Judiciário e à compreensão anterior de improbidade administrativa.

#### **2.4.1 O conceito de improbidade administrativa**

De imediato, diga-se que a lei procurou estabelecer um conceito de improbidade administrativa, assim entendido como o ato doloso tipificado nos art. 9º, 10 e 11, e nas leis especiais (art. 1º, §1º, da NLIA). Manteve-se, portanto, a estrutura já reconhecida pela jurisprudência de que o ato de improbidade administrativa é composto por um elemento objetivo (a conduta tipificada) e um elemento subjetivo (doloso).

O elemento subjetivo foi profundamente alterado, sendo definido como a vontade livre e consciente de se atingir o resultado ilícito tipificado, não bastando o simples exercício do cargo ou a voluntariedade do agente (art. 1º, §§2º e 3º, da NLIA)<sup>263</sup>, muito em linha do que dispõe a LINDB e o seu Decreto regulamentador<sup>264</sup>, e com o que preconizava a advocacia. Outrossim, extinguiu-se a modalidade culposa, como proposto pela Comissão de Juristas.

---

14.230/2021. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 333-338; e GOMES JÚNIOR, Luis M.; FAVRETO, Rogério. Comentário ao art. 17-C. In: GAJARDONI, Fernando da F.; *et al.* Comentários à nova lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 395-402.)

<sup>263</sup> Tem-se aqui a superação da jurisprudência do STJ, pois, como exposto, a figura do dolo genérico acabava por igualar o dolo e a simples voluntariedade, analisando a situação a partir do cargo do cargo ocupado (isto é, o agente público sabia ou deveria saber da irregularidade do ato, considerando o cargo ocupado). Daí porque a nova lei, ao afirmar que a mera voluntariedade não configura o dolo, afasta o entendimento consolidado do STJ. Corroborando o quanto exposto, frise-se que um dos aspectos centrais nas críticas a nova lei, aduzida ainda na Comissão Especial e no Senado Federal, seria a dificuldade de se demonstrar o ilícito, de se demonstrar o dolo. *Contrario sensu*, estas críticas reconhecem que o entendimento anterior não exigia a demonstração do dolo.

<sup>264</sup> Vale observar o diálogo estabelecido entre a LINDB e a NLIA, o que, aliás, era um dos objetivos da Comissão de Juristas. As alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 introduziram o art. 28, segundo o qual o agente público só pode ser punido a título de dolo ou erro grosseiro. O Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou a LINDB, aprofundou este dispositivo, afirmando que o dolo não se esgota na simples voluntariedade ou no simples nexo de causalidade. Outros pontos da NLIA tangenciam a LINDB.

O elemento objetivo também foi alterado, estabelecendo-se um rol taxativo<sup>265</sup> para o artigo 11 da norma. Em relação aos artigos 9º e 10, manteve-se o rol exemplificativo<sup>266</sup> com alteração<sup>267</sup> de alguns tipos.

Notadamente, em relação ao artigo 9º, cabe destacar a relevante alteração do inciso sétimo que, em sua redação atual, estabelece que configura ato de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito a aquisição para si ou para outrem, no exercício da função pública e em razão dela, bem de valor desproporcional ao patrimônio do agente, sendo permitida a demonstração da sua licitude.

É interessante observar como esse inciso procura resguardar o direito de defesa do acusado<sup>268</sup>, especificamente, e recupera a discussão do ato de ofício, aplicável ao crime de corrupção passiva (art. 317, do Código Penal). É visível o paralelo entre o artigo 9º da LIA e o artigo 317 do CP, como revelam os debates ocorridos no Congresso Nacional e a redação semelhante, ambos punindo a obtenção de vantagem ilícita por parte do agente público<sup>269</sup>.

---

<sup>265</sup> É preciso reconhecer que a definição de ato de improbidade como o ato tipificado em lei possui alguns problemas, impedindo que certas situações sejam enquadradas como improbidade administrativa, como, por exemplo, o assédio moral ou sexual cometido por agente público. Todavia, como exposto nas audiências públicas, improbidade administrativa não é e não pode ser tratada como panaceia para todos os problemas enfrentados pela administração pública, existindo outros regimes jurídicos e formas de se resolver problemas. Especificamente no caso do assédio, a conduta pode ser repreendida no âmbito disciplinar ou mesmo penal, que também podem ter por consequência a demissão do serviço público. Ou seja, trata-se de atingir o mesmo resultado por outros caminhos.

<sup>266</sup> De forma muito breve sugeriu-se a adoção de rol taxativo para todos os tipos. Todavia, há de se reconhecer que “prejuízo ao erário” e “enriquecimento ilícito” são conceitos jurídicos determinados. Quer-se dizer, então, que o principal problema advindo do rol exemplificativo residia no art. 11 da LIA e a violação aos princípios administrativos. A abstração impedia a apreensão da conduta vedada, ferindo a tipicidade, daí a necessidade do rol taxativo. O mesmo não pode ser dito em relação aos conceitos de “enriquecimento ilícito” e “prejuízo ao erário”, que se apresentam definidos de forma suficiente para que se tenha a mínima noção da conduta vedada.

<sup>267</sup> Parte expressiva dessas alterações foram redacionais, para ressaltar determinado aspecto do tipo.

<sup>268</sup> Houve por um período discussão no STJ sobre o ônus da prova em tais casos e se entendia que a improbidade se configurava a partir do aumento de patrimônio, independente de haver relação com o cargo ou com o momento de ocupação do cargo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. AgInt nos EDv no AREsp nº 1.467.927. Relator: Min. Gurgel de Faria, j. 30.11.2021. DJe: 17.12.2021; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. MS nº 21.708. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Min. Herman Benajmin, j. 08.05.2019. DJe: 11.09.2019.)

<sup>269</sup> Ao dispor sobre a aquisição de bem de valor desproporcional ao patrimônio durante o exercício da função pública e em razão dela, o legislador visa afastar a punição do enriquecimento indevido. O ato de ofício é profundamente debatido no âmbito penal e há precedentes que exigem a sua presença para configuração do crime de corrupção (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AP nº 307. Relator: Min. Ilmar Galvão, j. 13.12.1994. DJ: 21.12.1994.) e precedentes que o afastam (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.745.410, Relatora: Min. Laurita Vaz, j. 02.10.2018. DJe: 23.10.2018).

Aqueles que defendem a necessidade de configuração do ato de ofício ressaltam que o legislador não proíbe o recebimento de benefícios e presentes se estes não guardarem nexos causal com um ato determinado. (BRAGA, João M. A polêmica do ato de ofício para o crime de corrupção passiva. *Conjur*, 26 fev. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/joao-braga-polemica-ato-oficio-crime-corrupcao>>. Acesso em: 26 dez. 2022; e AZERÉDO, Nielson N. Corrupção passiva e ato de ofício correlato. *Conjur*, 15 jan. 2021. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/338994/corrupcao-passiva-e-o-ato-de-oficio-correlato>>. Acesso em: 26 dez. 2022.)

Embora o debate de ato de ofício seja mais profundo e tenha contornos mais nítidos e precisos no âmbito penal,

Em relação ao artigo 10, houve alteração no inciso oitavo, que versa sobre a frustração da lisura do processo licitatório ou seletivo de celebração de parceria. De acordo com a nova lei, é necessário que se caracterize a perda patrimonial efetiva, impondo o fim da jurisprudência do STJ de presunção do dano (dano *in re ipsa*). Houve também a inclusão do inciso vinte e dois, apenando o ato de guerra fiscal (anteriormente previsto no art. 10-A da norma de improbidade).

Ainda, houve a inclusão de dois parágrafos no artigo 10. O primeiro estabelece que a inobservância de formalidades que não impliquem perda patrimonial efetiva não acarreta o ressarcimento e o segundo estabelece que a perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade.

Tais parágrafos esclarecem o entendimento do Parlamento sobre improbidade administrativa por dano ao erário: não basta o simples equívoco ou inobservância de formalidades, é necessário que haja efetivo prejuízo, isto é, perda financeira. Contudo, o aspecto financeiro por si só também não é suficiente para caracterizar improbidade, sendo necessário o dolo, a má-fé, a intenção de lesar. É a conjunção desses elementos – lesão ao erário e intenção, que viabiliza a incidência do artigo 10.

O artigo 11, possivelmente, foi um dos mais alterados. Como acima antecipado, estabeleceu-se que o rol desse artigo é taxativo, vez que princípios são conceitos jurídicos indeterminados e permitiam a interpretação ampliativa por parte de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público. Prevaleceu, então, o entendimento defendido pela advocacia.

Ainda no que refere ao artigo 11, os incisos um (praticar ato visando fim proibido em lei) e dois (retardar ou deixar de fazer ato de ofício) foram revogados, já que a sua manutenção implicaria, por via transversa, a manutenção do rol exemplificativo.

O inciso três foi alterado, estabelecendo improbidade em razão da violação de sigilo profissional. O inciso quatro, por sua vez, estabelece improbidade em caso de negativa de publicidade de atos oficiais, ressalvada a imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado ou de outras hipóteses instituídas em lei<sup>270</sup>.

---

quer-se dizer com este breve paralelo que a alteração do tipo promovido pela Lei nº 14.230/2021 parece caminhar no sentido de se exigir a comprovação da mercancia da função pública, não se tolerando a punição por simples enriquecimento indevido.

<sup>270</sup>Sublinhe-se que a improbidade por negativa de publicidade foi objeto de explícito debate no âmbito do Senado Federal. Marçal Justen Filho defende que este inciso deve ser interpretado conjuntamente com outras leis que disciplinam o sigilo de dados públicos, como a Lei de Acesso à Informação e a Lei nº 14.133/2021, recordando

O inciso cinco tipifica como improbidade a ofensa à imparcialidade, ao caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros<sup>271</sup>. O inciso seis, ademais, prevê improbidade em caso de não prestação de contas desde que o agente disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades<sup>272</sup>.

Os incisos sete e oito não foram alterados. E, por último, os incisos nove (não cumprimento de requisitos de acessibilidade) e dez (transferência de recursos para entidade privada na área de saúde sem prévio contrato) foram revogados, e os incisos onze (nepotismo) e doze (publicidade institucional) foram incluídos.

A revogação do não cumprimento dos requisitos de acessibilidade e de transferência de recursos para entidade privada na área de saúde sem o prévio contrato se coadunam com os debates no Congresso Nacional, no sentido de racionalizar a improbidade administrativa, evitando a sua utilização em caso de política pública ou de simples irregularidade. O estabelecimento do nepotismo, nos exatos termos da Súmula Vinculante nº 13,<sup>273</sup> também ecoa os debates do Congresso Nacional, especialmente no que diz respeito à defesa realizada pela magistratura e pelo Ministério Público.

Ademais, incluiu-se no referido artigo 11 cinco parágrafos, que alteram a concepção de improbidade administrativa e que, novamente, evidenciam a racionalização desta ação, ecoando as críticas verbalizadas no Congresso Nacional.

O parágrafo primeiro estabelece que em caso de atos de corrupção previstos na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção<sup>274</sup> e punidos com base no artigo 11 deve ser comprovada na conduta funcional do agente o fim de obter proveito ou benefício indevido

---

que a regra é a de publicidade dos dados. Tal interpretação foi defendida em audiência pública no Senado Federal e em obra específica sobre a NLIA (JUSTEN FILHO, Marçal. Reforma da lei de improbidade administrativa comparada e comentada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022).

<sup>271</sup> Há de se destacar a sutil alteração promovida pelo legislador. O dispositivo, em sua redação original, estabelecia como improbidade a frustração da licitude do concurso público, enquanto a NLIA requer o nexos de causalidade entre a frustração da licitude e o benefício almejado para si ou para outrem. Este nexos de causalidade é essencial para configuração do tipo, sob pena de se permitir o retorno da jurisprudência do dano presumido.

<sup>272</sup> A ressalva visa evitar a condenação do agente público pela simples violação da lei e alinha-se às mudanças constantes da LINDB e o dever de se considerar as reais dificuldades dos gestores públicos.

<sup>273</sup> Importante esclarecer que os limites do nepotismo não são claros. Há discussão se a Súmula Vinculante 13 proíbe a nomeação de familiares para cargos políticos, como secretários municipais e de governo. Os limites do nepotismo serão decididos em repercussão geral no RE nº 1.133.118, de relatoria do Min. Luiz Fux. A interpretação a ser dada neste caso deve orientar a interpretação sobre a existência de improbidade ou não na nomeação de familiares para cargos políticos.

<sup>274</sup> BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm)>. Acesso em: 26 dez. 2022.

para si ou para outra pessoa ou entidade, reforçando a intencionalidade do agente. Frise-se que nem todo ato descrito na Convenção pode ser enquadrado na LIA.

O parágrafo segundo estabelece que o disposto no parágrafo primeiro se aplica para qualquer ato de improbidade administrativa. O parágrafo terceiro afirma que o enquadramento da conduta funcional quando em pauta o artigo 11 pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas.

O parágrafo quarto estabelece que os atos de improbidade administrativa por princípios administrativos exigem “lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.”<sup>275</sup>

O parágrafo quinto, por último, é específico para o caso de nepotismo, afirmando que a “mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos” não configura improbidade administrativa<sup>276</sup>, “sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente.”

#### **2.4.2 O bloqueio de bens**

Também em relação ao bloqueio de bens houve sensíveis alterações. Embora tenha sido mantida a possibilidade de indisponibilidade de bens de forma antecedente ou incidental para “garantir a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial resultante de

---

<sup>275</sup> É de se questionar o que seria a lesividade relevante do bem jurídico e como se dá a sua demonstração. Embora seja interessante alteração legislativa e que abre a possibilidade para aplicação de institutos como bagatela e insignificância no âmbito da improbidade administrativa, trata-se de conceito jurídico indeterminado e cujos limites deverão ser determinados pelo Judiciário conforme os casos concretos sejam analisados. Como ressaltou Marçal Justen Filho, trata-se, aqui, de buscar o conteúdo próprio do art. 11, que não pode ser enquadrado como tipo residual no qual se inseriria qualquer conduta (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 189-191).

<sup>276</sup> O parágrafo visa ressaltar a intenção do agente, isto é, o dolo. Todavia, há de se reconhecer que o parágrafo traz uma dubiedade. Marçal Justen Filho, Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira defendem que se trata aqui de afastar a improbidade em caso de nomeação de cargos políticos. (JUSTEN FILHO, M. Op. cit., p. 183-184; e NEVES, Daniel A. A.; OLIVEIRA, Rafael C. R. Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa: Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 72-73) Todavia, forçoso reconhecer que nesta hipótese sequer há nepotismo, conforme a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal (a ser confirmada ou alterada no RE 1.133.118, de relatoria do Min. Luiz Fux), o que afastaria o elemento objetivo do tipo. De outro lado, como resalta Marçal Justen Filho, “toda nomeação se configura como um ato jurídico equivalente, sendo inviável diferenciar ‘mera nomeação’ daquela que não seja dotada desse atributo.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 188). Ao mencionar situação de “mera nomeação”, a alteração legislativa parece reforçar a necessidade de “designação recíproca”, isto é, a troca de favores, além de resguardar situações duvidosas, como namoro.

enriquecimento ilícito”, passou a ser exigido que se demonstre o “perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo” e a “probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução”. Em regra, o réu deverá ser ouvido antes da decisão de indisponibilidade cautelar (art. 16, §§3 e 4º, da NLIA).<sup>277</sup>

O caráter de tutela de urgência é reforçado pelo parágrafo oitavo do artigo 16, que afirma ser aplicável à indisponibilidade de bens, no que for cabível, “o regime da tutela provisória de urgência”, cujos elementos, conforme artigo 16, §4º, da NLIA, não podem ser presumidos.

A indisponibilidade de bens é solidária, mas deve se limitar ao *quantum* indicado como lesão ao erário ou enriquecimento ilícito (art. 16, §5º, da NLIA), sem considerar eventual valor de multa (art. 16, §10, da NLIA)<sup>278</sup>, podendo ser substituído para garantia idônea e readequado ao longo da instrução (art. 16, §6º, da NLIA).

Alterou-se também a ordem preferencial de indisponibilidade<sup>279</sup>, excluindo-se a hipótese de indisponibilidade de bem de família, salvo se adquirido com recursos ilegais,<sup>280</sup> e, igualmente, a hipótese de aplicações financeiras em quantias inferiores a 40 salários-mínimos. Ademais, houve incorporação da LINDB ao se estabelecer que a indisponibilidade de bens deve observar os efeitos práticos da decisão e não pode, em qualquer hipótese, prejudicar a prestação de serviços públicos.

---

<sup>277</sup> As alterações aqui promovidas são mais profundas do que parecem à primeira vista. Em primeiro lugar, a atual redação menciona a indisponibilidade de bens, não mais o sequestro, que possui significado específico e certamente inaplicável para a finalidade que se destina este dispositivo. Em segundo lugar, ao exigir a demonstração de urgência e de probabilidade do direito, o legislador alterou a natureza desta tutela de evidência para urgência. Trata-se de outra superação da jurisprudência dominante do STJ, na linha do que preconizava a advocacia. Procurou-se também resguardar o direito de defesa, garantindo a prévia manifestação do acusado.

<sup>278</sup> Há, novamente, superação da jurisprudência do STJ e a posição adotada pelo legislador reflete o debate da Comissão Especial, no sentido de que a indisponibilidade de bens, incluindo valores de multa a ser possivelmente aplicada em caso de procedência da ação, conforme a orientação jurisprudencial anteriormente vigente, implica sanção antecipada.

<sup>279</sup> O parágrafo décimo primeiro estabelece ordem preferencial para indisponibilidade de bens, a saber: (i) veículos de via terrestre, (ii) bens imóveis, (iii) bens móveis em geral, (iv) semoventes, (v) navios e aeronaves, (vi) ações e quotas de sociedades simples e empresárias, (vii) pedras e metais preciosos. Na ausência desses bens, a indisponibilidade recairá sobre (viii) bloqueio de contas bancárias. É visível que esta ordem de indisponibilidade de bens se dá para, em tese, garantir “a subsistência do acusado e a manutenção da atividade empresária ao longo do processo”. Interessante observar que a ordem de indisponibilidade aqui é em sentido contrário à indisponibilidade de bens prevista no CPC/2015 (art. 835, do CPC/2015).

<sup>280</sup> Há, novamente, superação da jurisprudência do STJ, que permitia a indisponibilidade de quaisquer bens adquiridos antes ou depois do ato ímprobo, pouco importando a sua natureza, se bem de família ou não (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no REsp nº 1.260.737. Relator: Min. Sérgio Kukina, j. 20.11.2014. DJe: 25.11.2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. AgInt no REsp nº 1.837.848. Relator: Min. Marco Buzzi, j. 28.09.2020. DJe: 01.10.2020.)

### 2.4.3 A proporcionalidade das sanções

Em seu *caput*, o artigo 12 da NLIA manteve sua redação no sentido de que a condenação por improbidade administrativa independe das sanções fixadas por outras instâncias<sup>281</sup>, devendo ser observada a proporcionalidade. O *caput* também incorporou a doutrina e a jurisprudência e retirou o ressarcimento como sanção<sup>282</sup>.

Com a Nova Lei de Improbidade Administrativa, diversos incisos foram profundamente alterados conforme quadro abaixo:<sup>283</sup>

| Norma   | Redação Original  | Redação Atual  |
|---|---|--|
| Art. 9º, inciso I –<br>Enriquecimento ilícito | Ressarcimento<br>Perda de bens e valores<br>acrescidos ilicitamente<br>Perda da função pública<br>Suspensão dos direitos<br>políticos de oito a dez anos<br>Multa civil de até três vezes<br>o acréscimo patrimonial<br>Proibição de contratação<br>com o poder público por | Perda dos bens e valores<br>acrescidos ilicitamente<br>Perda da função pública<br>Suspensão dos direitos<br>políticos por até catorze<br>anos<br>Multa civil equivalente ao<br>valor do acréscimo<br>patrimonial<br>Proibição de contratação |

<sup>281</sup> É importante destacar que esta independência é relativa. A LINDB, em seu art. 22, §3º, menciona que o juiz deve considerar as sanções já fixadas por outras instâncias pelos mesmos fatos. Também a lei de improbidade impõe a consideração da absolvição criminal por qualquer motivo (art. 21, §4º, da NLIA). Desta forma, embora seja possível a condenação na ação de improbidade independentemente de outras instâncias, é necessário que haja alguma distinção fática, probatória ou jurídica que justifique a diferença de análise diante dos mesmos fatos (sobre a independência das instâncias, cf. MACHADO, Antônio R. Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020).

<sup>282</sup> O raciocínio é de que o ressarcimento é simples retorno ao estado anterior, decorrente da condenação e da verificação de que houve prejuízo. (cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. AgRg no REsp nº 1.366.208. Relator: Min. Humberto Martins. Relator para acórdão: Min. Herman Benjamin, j. 26.04.2016. DJe: 07.10.2016; OSÓRIO, Fábio M. Direito administrativo sancionador. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.) No ponto, vale recordar que o Supremo Tribunal Federal fixou, sob o regime da repercussão geral, que o ressarcimento ao erário de ato doloso de improbidade administrativo é imprescritível (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 852.475. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, j. 08.08.2018. DJe: 25.03.2019.)

<sup>283</sup> É visível que a nova lei busca conferir maior racionalidade à aplicação das sanções, reduzindo o teto da multa aplicável e excluindo a sanção de direitos políticos e perda da função em improbidade por violação a princípios (a *ratio* é que a improbidade por princípios é, das três, a menos grave por não causar o enriquecimento ilícito de terceiro nem trazer prejuízo ao erário). Contudo, não nos parece ser possível afirmar que houve a redução das penalidades ou que se abrandou as penalidades, bastando conferir a possibilidade de suspensão dos direitos políticos e de contratação com o poder público por até quatorze anos. Daí porque ao invés da simples afirmação de aumento ou redução das sanções, optou-se por transcrever a literalidade das alterações.

|   |  |  |
|---|--|--|
|   | dez anos.  | com o poder público por prazo não superior a catorze anos  |
| Art. 10, inciso II – Dano ao erário         | Ressarcimento<br>Perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente<br>Perda da função pública,<br>Suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos,<br>Multa civil de até duas vezes o valor do dano<br>Proibição de contratação com o Poder Público por cinco anos; | Perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio<br>Perda da função pública<br>Suspensão dos direitos políticos por até doze anos,<br>Multa civil equivalente ao valor do dano<br>Proibição de contratação com o poder público por até doze anos |
| Art. 11, inciso III – violação a princípios | Ressarcimento<br>Perda da função pública<br>Suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos<br>Multa civil de até cem vezes a última remuneração percebida no cargo<br>Proibição de contratação com o Poder Público por três anos.                                 | Multa civil de até vinte e quatro vezes o valor da remuneração percebida pelo agente<br>Proibição de contratação com o poder público por até quatro anos.  |
| Art. 10-A, inciso IV – Guerra fiscal        | Perda da função pública<br>Suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos<br>Multa civil de até três vezes o valor do benefício tributário  | Revogado (incluído como inciso no art. 10)   |

Figura do autor

A NLIA trouxe ainda dez parágrafos que alteraram radicalmente os limites das sanções: a perda da função atinge apenas o vínculo de mesma qualidade e natureza do cargo ocupado à época dos fatos, sendo possível, no caso de enriquecimento ilícito e de forma excepcional, estendê-la a outros vínculos<sup>284</sup>. De modo análogo, também a proibição de contratação com o poder público é limitada ao ente público lesado e apenas de modo excepcional é possível atingir outros entes da Administração Pública, devendo-se observar ainda a função social da pessoa jurídica para a manutenção de suas atividades e o impacto econômico<sup>285</sup>.

Para permitir a melhor dosimetria, estabeleceu-se que em casos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados, além do ressarcimento e perda de valores obtidos, só é possível a aplicação de multa. Na direção oposta, quando há grande repercussão ou o ofensor tenha capacidade econômica, é possível dobrar a multa aplicada (como sugerido pela Comissão de Juristas).

Estabeleceu-se, ademais, que deveria se considerar eventual ressarcimento realizado em outras instâncias e, especialmente em relação à Lei Anticorrupção, tomou-se o cuidado de proibir o *non bis in idem*, além de determinar a inscrição da proibição de contratação com o poder público no Cadastro das Pessoas Inidôneas e Suspensas.

Também se proibiu a execução provisória da sentença condenatória e se estabeleceu que, para a contagem “do prazo da sanção de suspensão dos direitos políticos” deverá ser computado retroativamente “o intervalo de tempo entre a decisão colegiada e o trânsito em julgado da sentença condenatória”, incorporando explicitamente a sugestão de deputado integrante da Comissão Especial.

Vale destacar ainda que a NLIA limitou a transmissão da obrigação de ressarcimento ao erário – daquele que se enriquece ilicitamente ou causa prejuízo ao erário – ao limite da herança, alterando a jurisprudência do STJ. Em caso de sucessão empresarial, a transmissão se dá até o limite do patrimônio transferido, salvo no caso de fraude ou simulação (art. 8º-A, parágrafo único, da NLIA).

---

<sup>284</sup> O parágrafo é uma resposta à jurisprudência do STJ, que entendia que a perda da função pública atingia qualquer cargo ou função ocupada quando do trânsito em julgado da sentença (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EDv nos EREsp nº 1.701.967. Relator: Min. Gurgel de Faria. Relator para acórdão: Min. Francisco Falcão, j. 09.09.2020. DJe: 02.02.2021).

<sup>285</sup> Este parágrafo possui correspondência com a LINDB, que impõe a consideração dos efeitos práticos da decisão (art. 20 e 21) e põe em debate outro debate inerente à ação de improbidade, qual seja, o desfazimento do ato ímprobo. Isso porque a lei de improbidade, nem na sua redação original, nem na sua redação atual, dispôs sobre o desfazimento dos atos reputados ímprobos. Marçal Justen Filho sinaliza que os atos não poderão ser considerados automaticamente como inválidos, sobretudo diante do conteúdo da LINDB e da Lei de Licitações. Segundo o autor, a preservação do ato não afasta a punibilidade (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 304-306).

## 2.5 Observações parciais

Do quanto exposto, é visível que a Constituição Federal de 1988 inovou ao dispor sobre improbidade administrativa, tratando-se de dispositivo sem comparativo com regimes constitucionais anteriores. O tratamento dado ao tema pela Lei nº 8.429/1992 transformou a ação de improbidade em instrumento jurídico único no cenário comparado e foi responsável pela transformação do dia a dia da Administração Pública, tornando-se um dos principais meios judiciais de combate à corrupção, como demonstram os números.

Alguns elementos-chave para o sucesso da LIA foram destacados ao longo da pesquisa: (i) a ampla legitimidade passiva; (ii) as sanções impostas; e (iii) os tipos exemplificativos são alguns deles.

É possível atribuir parte desse sucesso ao Congresso Nacional que, ao invés de estabelecer conceitos-chaves do tema, optou por utilizar conceitos jurídicos indeterminados, deixando a cargo do Poder Judiciário e de outras instituições a definição do tema.

Essa opção legislativa, ao tempo que explica o sucesso da improbidade, também explica como a ação de improbidade se tornou uma panaceia, justificando a condenação de agentes públicos em diversas situações que, *a priori*, seriam simplesmente irregulares. Contribuiu para esse cenário a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do dano *in re ipsa*, isto é, presumido a partir do fato, do esvaziamento da defesa prévia, da análise do dolo a partir da simples voluntariedade da conduta, dentre outros.

Ao tempo que tais entendimentos eram fortemente criticados pela doutrina, denunciando o chamado apagão das canetas, formou-se Comissão de Juristas que apresentou Projeto de Lei para atualização da LIA com três explícitos objetivos: (i) incorporação da jurisprudência do STJ; (ii) atualização da LIA conforme leis posteriores, notadamente, LAC, LINDB e CPC/2015; e (iii) incorporação de mecanismos que se revelaram exitosos em outras searas.

O PL foi objeto de intensa discussão no Congresso e culminou na NLIA (Lei nº 14.230/2021), cuja análise minuciosa revela tratar-se de uma resposta do Congresso ao Judiciário.

O objetivo de atualização da LIA, conforme a LAC, a LINDB e o CPC/2015 foi alcançado e o trabalho pontuou diversos dispositivos da NLIA que fazem menção direta a

esses normativos ou, pelo menos, inspiraram-se.

O objetivo de incorporação de mecanismos que se revelaram exitosos em outras searas também foi alcançado, como se observa a partir da introdução e regulação da transação e da possibilidade de unificação das sanções.

A incorporação da jurisprudência, por sua vez, foi parcialmente exitosa. Embora seja perceptível que a NLIA manteve alguns dos entendimentos jurisprudenciais do STJ, como a ampla legitimidade passiva, parte significativa da nova lei se destina a superar o entendimento jurisprudencial.

Nesse particular, o que se observa é que o Congresso Nacional (i) incorporou as críticas doutrinárias acerca da LIA; (ii) atuou para delimitar o tema, ao invés de se utilizar de conceitos jurídicos indeterminados, em contraste com a redação original da LIA; (iii) incorporou os debates das audiências públicas.

Tem-se, então, que grande parte das inovações legislativas – ato de improbidade exclusivamente doloso, necessidade de dolo específico, necessidade de maior proporcionalidade das sanções, alteração do artigo 11, fim da presunção do dano etc. – foram em alguma medida abordadas nas audiências públicas, ressaltando a importância desse momento de conexão do Parlamento (enquanto poder representativo) com a população (quando menos, com grupos de interesses), que culminou na redação final da NLIA.

A partir das audiências públicas podem ser feitas duas constatações. A primeira refere-se à importância e à efetividade desse momento na elaboração legislativa como elemento de convencimento no âmbito parlamentar. A segunda refere-se às diferenças entre os Poderes Judiciário e Legislativo, tanto na forma de atuação quanto no papel representativo.

Com efeito, o Judiciário e, no que importa a esta pesquisa, a Primeira Seção do STJ, atua a partir de casos concretos, rechaça qualquer influência externa e é composto por membros da magistratura e do Ministério Público. Como consequência, o que se observa é (i) dificuldade de se definir parâmetros específicos que possam ser aplicados aos diversos casos para distinguir improbidade de simples equívocos; e (ii) uniformidade da jurisprudência com consolidação de entendimentos majoritariamente desfavoráveis aos acusados.

O Congresso Nacional, por outro lado, demonstrou-se (i) ambiente representativo, contando com a participação em audiências públicas de diversas categorias interessadas no tema e que puderam contribuir para a redação da lei; e (ii) ambiente representativo entre os próprios pares, tendo em vista a presença de congressistas favoráveis e contrários à NLIA. Ademais, notou-se (iii) que a possibilidade de inovação em abstrato também se revelou positiva, possibilitando o estabelecimento de diretrizes relativamente seguras para distinção

de improbidade e irregularidade; (iv) que diante do ambiente propício à representatividade e ao diálogo, as audiências públicas se mostraram acertadas e frutíferas<sup>286</sup>; e (v) que o ambiente legislativo viabilizou a ponderação, com acolhimento de propostas da advocacia, da magistratura e do Ministério Público.

---

<sup>286</sup> Nesse tópico, vale a pena ressaltar a diferença entre as audiências públicas que ocorrem no âmbito legislativo e no âmbito judicial. No âmbito legislativo, há trabalhos que, tal qual esta pesquisa, demonstram a eficácia e influência deste mecanismo na elaboração legislativa (cf. GOMES, Adriana N. A importância das audiências públicas realizadas pela Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal para a adequação das proposições legislativas às necessidades sociais. 2014. 67 p. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo. Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2014. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509473>>. Acesso em: 26 dez. 2022).

Por outro lado, no âmbito judicial, as audiências públicas sofrem de descrédito e há trabalhos que indicam a sua baixa eficácia como elemento de convencimento da decisão judicial. (cf. SOMBRA, Thiago L. S. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. Revista Direito GV, vol. 13, n. 1, jan./abr. 2017. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917>>. Acesso em: 26 dez 2022; SALES, Tainah. A participação social no Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico das audiências públicas em ações de controle concentrado de constitucionalidade. Revista de Direito Brasileira, vol. 31, n. 12, jan./abr. 2022. Disponível em <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/download/6307/6276>>. Acesso em: 26 dez. 2022.)

### 3. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Os capítulos anteriores procuraram destacar a atuação – e como o desenho institucional – do Congresso Nacional e do Poder Judiciário, mais especificamente do Superior Tribunal de Justiça, atuaram na conformação do tema da improbidade administrativa, conceito inovador introduzido na Constituição Federal de 1988.

A análise da LIA em sua redação original – e do processo legislativo que a originou – revelou a omissão do Poder Legislativo em definir os aspectos centrais do tema, inexistindo o conceito de improbidade administrativa ou mesmo dos seus elementos constitutivos, além da indefinição causada em razão do rol exemplificativo de atos ímprobos.

Tal indefinição exigiu que Poder o Judiciário, a partir de casos concretos, conceituasse o que é improbidade administrativa e diversos outros aspectos práticos relativos ao tema, o que culminou em uma jurisprudência amplamente desfavorável aos acusados e que foi apontada por parte substancial da doutrina como uma das causas de paralisia da Administração Pública.

A NLIA e o processo legislativo que a originou, por sua vez, revelam a ostensiva atuação do legislador que, em grande parte, afastou a jurisprudência até então adotada e incorporou as sugestões doutrinárias e, mais especificamente, aquelas das audiências públicas.

A análise dessa mudança pode ser feita a partir da teoria dos diálogos institucionais. Essa teoria insere-se no contexto do constitucionalismo dialógico, que propõe o diálogo entre as instituições e os diferentes poderes do governo para solução de temas controvertidos<sup>287</sup>.

O constitucionalismo dialógico e, por conseguinte, os diálogos institucionais, reagem às conhecidas críticas de que o controle de constitucionalidade se afasta da democracia, e propõem uma alternativa com foco no Poder Legislativo, diminuindo o poder da Suprema Corte.

A tradição jurídica originada a partir das revoluções liberais se situa entre os direitos fundamentais e a democracia, que são vistos como valores excludentes: enquanto a democracia associa-se à maioria e à possibilidade dessa se autogovernar, os direitos fundamentais são associados aos indivíduos e às normas de difícil alteração. Tanto mais importante para este trabalho, os direitos fundamentais permitem que os tribunais definam a partir de casos submetidos à sua jurisdição a extensão dos direitos no lugar do legislador.

---

<sup>287</sup> GARGARELLA, Roberto; BERGALLO, Paola. Presentación. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 7-10.

Tem-se assim caracterizado o conflito entre direitos fundamentais e democracia, no qual se insere o controle de constitucionalidade, que seria incompatível com a democracia. Afinal, em que medida é democrático que juízes, que no Brasil não são eleitos, julguem inconstitucional leis formuladas por representantes populares e aprovadas por maioria? Por que o juízo de compatibilidade da lei em face da Constituição é exercido por juízes e não por legisladores?<sup>288</sup> Daí os conhecidos papéis desempenhados pelo Judiciário: ora representativo, em que o Judiciário decide conforme a vontade majoritária, ora contramajoritário<sup>289</sup>, em que o Judiciário decide contrário à vontade majoritária para resguardar direitos fundamentais<sup>290</sup>.

A teoria dos diálogos institucionais procura contornar essas críticas de que a atuação do Judiciário teria aspecto decisionista e propugna a interação entre os Poderes Legislativo e Judiciário para solução de problemas constitucionais. Isto é, propõe que, diante de problemas complexos, a solução não deva ser dada exclusivamente pelo Legislativo ou exclusivamente pelo Judiciário, mas por ambos, a partir de sucessivas interações. O foco dessa teoria, portanto, é a composição, o funcionamento e a interação dos poderes, partindo da ideia de que problemas sociais podem ser enfrentados a partir do desenho institucional.

Ocorre que ao mesmo tempo em que permite novas e interessantes interações entre os poderes para soluções de problemas constitucionais complexos, a prática dos diálogos institucionais inspira dúvidas – os seus limites, e a avaliação das manifestações e suas consistências com o ordenamento jurídico e com a vontade popular são pontos em aberto<sup>291</sup>.

O presente capítulo busca, então, no contexto da mudança da lei de improbidade, aplicar e testar os limites do modelo dialógico, cuja compreensão perpassa, em um primeiro momento, pelo estudo da separação de poderes e seus pressupostos.

---

<sup>288</sup>As principais críticas do controle de constitucionalidade e a sua incompatibilidade com a democracia foram sintetizadas por Jeremy Waldron. (cf. WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006. Disponível em: <[https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54\\_115YaleLJ1346\\_April2006\\_.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y)>. Acesso em 26 dez. 2022.).

<sup>289</sup>Luís Roberto Barroso afirma ainda que o Judiciário exerceria o papel iluminista, em que os Tribunais conduziriam a sociedade a novos patamares civilizatórios, citando como exemplo o papel do Judiciário na abolição da escravidão e na proteção feminina. Trata-se, segundo o autor, de atuação contra a vontade majoritária, contra as leis e contra o senso comum. (cf. BARROSO, Luís R. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. Revista Direito e Práxis [S.I.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>> Acesso em 26 dez. 2022.).

<sup>290</sup>Observe-se a possibilidade do Poder Judiciário definir a extensão dos direitos (ao invés do Legislativo), ora alargando-os, ora restringindo-os, com base nos direitos fundamentais.

<sup>291</sup>GARGARELLA, Roberto; BERGALLO, Paola. Op. cit., p. 7-10.

### 3.1 A separação de poderes: o modelo norte-americano de *checks and balances*

É comum afirmar que a separação de poderes foi idealizada primeiramente por Montesquieu e colocada em prática na Constituição americana<sup>292</sup>, sendo que a partir daí tornou-se elemento central do direito constitucional, do Estado de Direito e do combate ao despotismo<sup>293</sup>. O significado, a extensão e a implementação desse princípio foram profundamente analisados por James Madison, em especial nos Federalistas nº 10<sup>294</sup> e nº 51<sup>295</sup>.

Em resumo, Madison argumenta que o ser humano é falho e que mecanismos sociais, como a honra e a moral, são insuficientes para controlar a ambição. Haveria uma tendência natural do ser humano de cometer abusos, de dar vazão à ambição e ao poder. Dessa forma, torna-se necessária a criação de mecanismos que incorporem esse traço característico do ser humano para que a ambição possa combater a própria ambição<sup>296</sup>.

Na medida em que abusos decorrem da imperfeição e da ambição humana, Madison propõe como solução (i) particionar o poder, já que a sua concentração em uma única pessoa ou grupo (majoritário ou minoritário) conduziria à tirania, isto é, já que o(s) detentor(es) do poder oprimiria(m) os grupos despojados do poder<sup>297</sup>. Nesse contexto, ao se diluir o poder político e decisório, se diluiria, de igual forma, a ambição e os efeitos nocivos que eventual abuso possa causar. Paralelamente, há também de se (ii) viabilizar que os poderes e seus membros tenham motivação política e possam atuar efetivamente como controle externo uns

---

<sup>292</sup> Frise-se, contudo, as diferenças entre a tripartição dos poderes concebida por Montesquieu e pelos Federalistas. Enquanto o primeiro não concebia o Judiciário como um poder propriamente dito, devendo tão somente aplicar o texto legal, ou seja, ser a boca da lei e provavelmente seria contrário ao Judiciário como uma estrutura permanente (cf. GODOY, Arnaldo S. M. A tripartição de poderes em Montesquieu. *Conjur*, 14 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-14/embargos-culturais-triparticao-poderes-montesquieu>>. Acesso em: 23 mai. 2015), os Federalistas concebiam o Judiciário como um poder propriamente dito, defendendo a sua estrutura permanente e mecanismos para assegurar a efetividade de suas decisões em face de outros poderes. (cf. HAMILTON, Alexander. *Federalist nº 78: the judiciary department*. Disponível em <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493470>>. Acesso em 22 dez. 2022).

<sup>293</sup> CASSAGNE, Juan C. Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 143-151.

<sup>294</sup> MADISON, James. *Federalist nº 10: The same subject continued the union as a safeguard against domestic faction and insurrection*. Disponível em <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed10.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp)>. Acesso em 26 dez. 2022.

<sup>295</sup> MADISON, James. *Federalist nº 51: The Structure of the government must furnish the proper checks and balances between the different departments*. Disponível em <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed51.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp)>. Acesso em 26 dez 2022.

<sup>296</sup> *Ibid.*

<sup>297</sup> MADISON, James. *Federalist nº 10: The same subject continued the union as a safeguard against domestic faction and insurrection*. Disponível em <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed10.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp)>. Acesso em 26 dez 2022.

dos outros<sup>298</sup>, os chamados *check and balances*.

Nesse particular, destaque-se que a proposta de Madison é um contraponto à separação absoluta de poderes. Em um contexto sem qualquer ingerência de um Poder sobre o outro e de incipiente controle de constitucionalidade, o papel do Legislativo assume destaque por (i) ser o responsável pela elaboração das leis; e (ii) ser o representante de grupos (facções) sociais<sup>299</sup>.

Com efeito, no final do século XVIII, enquanto o Executivo era visto como o representante popular, eleito pelo voto da maioria em condições de igualdade<sup>300</sup> e com função de aplicação das leis, o Legislativo era tido como o representante de grupos, ou seja, de parcelas da população, de facções, com a função de compor os diferentes interesses sociais que são, em boa parte, mutuamente excludentes. Como consequência, o Legislativo acabava por representar apenas um aspecto da população<sup>301</sup>, isto é, acabava por representar determinadas facções. Prevalencia, portanto, grande desconfiança em relação ao Parlamento.

Madison procura então responder essa desconfiança, essa tensão social em torno do Legislativo a partir da separação de poderes e da ingerência mútua. Tais práticas evitariam a tirania, assim entendida quando um grupo, majoritário ou minoritário, que detém o poder, oprime aqueles que não o possuem.

O foco da teoria madisoniana são os grupos (facções) majoritários. Isso porque, segundo o autor, os próprios mecanismos do sistema democrático e republicano, como votações por maioria, impedem o controle de facções minoritárias. Em caso de facções majoritárias, por outro lado, outros mecanismos se fazem necessários. Daí os mecanismos de *checks and balances*, que se destinam a conter maiorias facciosas que eventualmente possam assumir o controle do Parlamento e da Administração Pública como um todo.

Trata-se, assim, de conferir aos poderes constituídos os mecanismos constitucionais adequados e necessários para resistir, de forma proporcional, aos abusos que possam vir a ser cometidos<sup>302</sup>, fortalecendo-se o Executivo a partir do poder de veto, fortalecendo-se o

---

<sup>298</sup> MADISON, James. *Federalist n° 51: The Structure of the government must furnish the proper checks and balances between the different departments.* Disponível em <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed51.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp)>. Acesso em 26 dez 2022.

<sup>299</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

<sup>300</sup> Vale salientar o papel do colégio eleitoral americano para garantir a igualdade, contornando o problema da disparidade de votos, entre estados maiores e menores; e da escravidão, ao garantir a representação parcial de escravos, o que impediu o domínio dos estados do norte na federação americana.

<sup>301</sup> Na medida em que os interesses são excludentes, a aprovação de determinada lei que beneficie um grupo automaticamente prejudica outro.

<sup>302</sup> MADISON, James. *Federalist n° 51: The Structure of the government must furnish the proper checks and balances between the different departments.* Disponível em

Judiciário a partir do controle de constitucionalidade<sup>303</sup> e dividindo-se o Legislativo em diferentes esferas (União e Estados).

Esse equilíbrio entre o federalismo, em que o governo local fiscaliza a União e vice-versa, e a tripartição dos poderes, em que os membros perseguem seus próprios interesses particulares e se fiscalizam mutuamente, permitiria o atendimento do interesse público<sup>304</sup> e preservaria a liberdade dos cidadãos na medida em que evitaria a tirania.

De modo mais detalhado, Madison<sup>305</sup> entende que a liberdade, em suas diferentes formas, é algo inerente ao ser humano – seja de autodeterminação, de trabalho, de pensamento etc. A liberdade, associada às intrínsecas falhas humanas, se traduz em diferença – de posses, de opiniões etc. É nesse ponto que os mecanismos de *checks and balances* ganham importância: as diferenças, especialmente de opinião e de política, desembocam em grupos sociais, em facções, que são problemáticas (tendo em vista os interesses distintos, as falhas humanas e a tendência aos abusos) e devem ser resolvidas.

Dessa forma, Madison identifica duas formas de se pôr fim às facções: o fim da liberdade ou a uniformidade de opinião. A primeira não é desejável e a segunda é virtualmente impossível, de modo que só resta ao Estado e à sociedade lidar com as consequências dessas facções<sup>306</sup>.

O controle desse facciosismo<sup>307</sup> é de suma importância para a democracia para se evitar a tirania e a própria anarquia, e se dá por meio da república<sup>308</sup> e da forma federativa. Se

---

<[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed51.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp)>. Acesso em 26 dez. 2022.

<sup>303</sup> HAMILTON, Alexander. *Federalist n° 78: the judiciary department*. Disponível em: <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493470>>. Acesso em 22 dez. 2022.

<sup>304</sup> Madison é genérico ao definir o que seria o interesse público, assim entendido como o bem de todos.

<sup>305</sup> MADISON, James. *Federalist n° 10: The same subject continued the union as a safeguard against domestic faction and insurrection*. Disponível em <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed10.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp)>. Acesso em 26 dez. 2022.

<sup>306</sup> É fácil perceber a conexão desse conceito de facção com as ideias de que a ambição deve combater a própria ambição e de que deve haver mecanismos constitucionais adequados e motivações pessoais para evitar o abuso de um poder sobre o outro.

<sup>307</sup> Vale observar que a solução de conflitos sociais, isto é, a concertação de diferentes interesses, é objeto de intensa preocupação no âmbito da teoria democrática. Robert Dahl, ao tratar da poliarquia, afirma que a “característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais” e que a poliarquia se caracteriza pela inclusão e pela contestação, isto é, pela possibilidade de oposição política. (DAHL, Robert A. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.). Da mesma forma, Ian Shapiro destaca que o princípio fundamental da democracia é a possibilidade de manifestação (=oposição) daqueles que são afetados pela decisão. (SHAPIRO, Ian. *Democratic Justice*. Londres: Yale University press, 2001.). Outros autores também trabalham com o tema, como Adam Przeworski (PRZEWORSKI, Adam. *Crises da democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.), consistindo em um dos elementos essenciais da teoria democrática moderna.

<sup>308</sup> É importante considerar que, no contexto em que Madison escreve e, mais especificamente, no *Federalista n° 10*, ora em análise, a palavra “república” possui conceito específico e bem distinto do atual. No final do século XVIII, a democracia ainda possuía significado negativo, associado a um governo de cidadãos idênticos e que exerciam diretamente o poder (o que atualmente é associado à democracia direta), enquanto o conceito de república

a facção é uma minoria, o mecanismo republicano do voto majoritário é suficiente para contornar a situação, por mais que a facção cause problemas para a Administração. Por outro lado, quando a facção é majoritária há o risco de que o grupo majoritário sacrifique o interesse público e a governabilidade em favor de seus próprios interesses.

A situação se torna mais complexa ao se considerar que a imparcialidade é inatingível na medida em que os membros dos poderes, dentre eles os membros do Poder Legislativo, também são membros da sociedade e se agrupam em torno de seus próprios interesses. Dessa forma, é esperado que os membros do Legislativo, enquanto membros de facções, julguem conforme os seus próprios interesses<sup>309</sup>.

A dificuldade, no caso, é a conciliação entre a república e os interesses privados. E a solução, segundo Madison<sup>310</sup>, é evitar paixões comuns à maioria para impedir a formação da facção majoritária, ou impedir que a maioria pactue mecanismos de opressão. Em outras palavras, a proposta de Madison para lidar com as facções majoritárias é, de um lado, aumentar a complexidade do Estado, com a presença de inúmeros interesses para impedir paixões comuns à maioria. Trata-se aqui de concretizar a ideia de que a ambição combate a ambição e a ideia de mútua fiscalização das facções e dos poderes: cabe às instituições incorporar os diferentes interesses existentes na sociedade e contrapô-los uns aos outros, o que pode ser atingido com o aumento da complexidade estatal<sup>311</sup>.

De outro lado, a segunda forma para lidar com facções majoritárias seria pela adoção do federalismo, que impediria a adoção de mecanismos de opressão. A ideia é de que em grandes extensões territoriais e grandes populações divididas em unidades territoriais não seria possível a adoção de mecanismos de opressão a nível nacional e as facções seriam sempre

---

designava o exercício do poder através de representantes (o que atualmente é associado à democracia indireta). A democracia só passou a ser vista de forma positiva a partir de Tocqueville, ao analisar a democracia dos Estados Unidos.

<sup>309</sup> Esse argumento posteriormente foi interpretado por Charles Beard como o conflito entre os Estados Unidos rural e os Estados Unidos industrial. Adair menciona que o texto não suscitou maiores debates quando da sua publicação, mesmo entre aqueles que se filiavam ao pensamento de Madison ou escreveram biografia sobre. Mais, com o final da guerra civil americana e a intensificação da industrialização dos Estados Unidos, o pensamento de Hamilton, associado ao progressismo e à indústria, ganhou força, enquanto o pensamento de Madison, associado ao conservadorismo e à agricultura, entrou em franco declínio. É nesse contexto, de redescobrimto dos textos de Madison e sob forte influência de Karl Marx, que Charles Beard formula a sua interpretação econômica que irá pautar futuras interpretações do Federalista nº 10, em especial desse trecho. (ADAIR, Douglass. *Fame and founding fathers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998. p.75-92)

<sup>310</sup> MADISON, James. *Federalist nº 10: The same subject continued the union as a safeguard against domestic faction and insurrection*. Disponível em <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed10.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp)>. Acesso em 26 dez. 2022.

<sup>311</sup> MADISON, James. *Federalist nº 51: The Structure of the government must furnish the proper checks and balances between the different departments*. Disponível em <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed51.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp)>. Acesso em 26 dez. 2022.

regionalizadas, tendo em vista a diversidade de interesses da população e a dificuldade de unificação de interesses regionais.

Essa seria a falha da democracia direta, na qual se tem estímulo ao consenso, e a vantagem da república, já que (i) a escolha de representantes acaba por filtrar melhor as paixões; e (ii) a grande extensão territorial do país impediria/dificultaria a pactuação de mecanismos de opressão e implica que representantes populares são escolhidos por um número maior de cidadãos. A correta canalização dessas diferenças sociais seria a razão do desenvolvimento econômico humano.

Vê-se então que o pensamento de Madison é pragmático e busca responder a questionamentos típicos do momento histórico<sup>312</sup>, como a tutela de direitos e da liberdade do cidadão; o individualismo característico do liberalismo; a desconfiança em torno da democracia majoritária, que tenderia à tirania por concentrar poderes em pessoas do mesmo grupo; a tentativa de conciliar poderes da maioria e minoria e a soberania nacional; e a possibilidade de os membros dos poderes atuarem em seus próprios interesses em detrimento de outros grupos.

É interessante observar que a separação de poderes defendida em “Os Federalistas” tem sua origem no iluminismo escocês do século XVIII, mais especificamente no filósofo David Hume<sup>313</sup>, que sugeriu a ideia de um governo republicano<sup>314</sup> a partir de facções e divisões do Estado em condados e freguesias, que impediriam a tirania<sup>315</sup>, em contraposição ao consenso daquele momento de que a democracia era uma forma ruim de governo e inaplicável para grandes áreas territoriais.

No século XVIII havia grande desconfiança na democracia, que seria um governo dos pobres, de muitos e faccioso. Teóricos famosos da democracia, como Sieyès, afirmavam a impossibilidade do exercício do poder político por todos em uma sociedade sem escravos e na qual todos os indivíduos estão em condição de igualdade<sup>316</sup> e, mesmo aqueles que tinham uma visão positiva, tinham profundas ressalvas. Por exemplo, Rousseau defendia que a democracia só poderia ser implementada em Estados territorialmente pequenos e dependeria do povo e da uniformidade de pensamento, expressando restrições quanto à universalização

---

<sup>312</sup> ADAIR, Douglass. Op. cit., p. 75-92.

<sup>313</sup> Ibid.

<sup>314</sup> Recorde-se o significado distinto de república para o período.

<sup>315</sup> HUME, David. Ideia de uma república perfeita. In: HUME, David. Pensadores XXIII. São Paulo: Editora Abril, 1973, p. 269-276.

<sup>316</sup> CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. Comentário ao artigo 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et. al.* (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2014. p. 138.

da democracia<sup>317</sup>.

De outro modo, era impensável outra forma de governo que não a monarquia para grandes territórios. Isso em razão da dificuldade de se unificar longas extensões territoriais em torno da ideia de um governo livre e da facilidade de se unificar em torno da figura de um monarca. Além disso, a extensão territorial também tendia à divergência de opiniões, o que aumentava o facciosismo e seria prejudicial ao governo republicano<sup>318</sup>. Há de se considerar também a inovação que era o pensamento federativo, com a associação de Estados em torno de interesses comuns e a criação de um terceiro elemento distinto dos Estados membros, cedendo a soberania, mas mantendo uma esfera de autogoverno, isto é, a descentralização do poder em diferentes níveis e a auto-organização em nível local e nacional<sup>319</sup>.

Ou seja, os pensamentos de Hume e de Madison se destacam dentre outras teorias políticas do século XVIII porque buscaram implementar o governo republicano em grandes territórios, o que era considerado impossível. Tanto mais interessante, os pensamentos de Hume e Madison se apoiam exatamente nos óbices que eram suscitados pelo pensamento então predominante: ao tempo que o pensamento político do século XVIII duvidava da viabilidade de um governo republicano em grandes extensões territoriais, esse aspecto surge como um pressuposto do modelo madisoniano para contornar o facciocismo; ao tempo que o pensamento político do século XVIII afirmava que a diferença de pensamento impediria a adoção da república em grandes países e populações, esse aspecto foi considerado por Madison como um elemento essencial do sistema e que deveria ser ressaltado; ao tempo que o pensamento político do século XVIII limitava o comportamento humano e do Soberano a partir da virtude e do bem comum, o que impunha a uniformidade populacional, Madison e Hume construíram seus pensamentos em torno de grupos sociais (facções) e da diferença existente entre esses grupos, colocando-os uns contra os outros.

Em que pese se tratar de modelo inovador e que encontra ampla aceitação nos sistemas jurídicos modernos, ainda assim possui críticos, dentre os quais figura Robert Dahl<sup>320</sup>, que afirma que o modelo proposto por Madison é estático e de certa forma presume os elementos necessários e suficientes para a sua estabilidade.

---

<sup>317</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 62.

<sup>318</sup> Em diversas passagens Rousseau alude sobre a dificuldades decorrentes da extensão territorial, como dificuldades administrativas e de opiniões distintas (Ibid, p. 60-67 e 91-96).

<sup>319</sup> Lewandowski afirma que as federações são caracterizadas por quatro elementos básicos (i) repartição de competências; (ii) autonomia política das unidades federadas; (iii) participação das unidades federadas nas decisões da União; e (iv) atribuição de renda própria às esferas de competência (LEWANDOWSKI, Enrique R. Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018).

<sup>320</sup> DAHL, Robert A. Op. cit., 2006.

Segundo Dahl, o modelo de Madison pressupõe que eleições constantes não são suficientes *per se* para evitar a tirania e tem por hipótese primeira que a concentração dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário conduz à ausência de controles externos (isto é, recompensas e sanções a serem aplicadas por terceiros), o que, por sua vez, resulta na tirania de muitos, assim entendida a grave supressão de direitos naturais<sup>321</sup>.

Essa hipótese seria problemática por diversas razões. Em primeiro lugar, não haveria clara definição de direitos naturais<sup>322</sup>. Há de se pontuar, contudo, que embora a crítica seja válida e de fato a expressão “direitos naturais” atualmente seja nebulosa e necessite de maior contextualização, na época de Madison, no final do século XVIII, havia uma clara definição: tratava-se da chamada *bill of rights*, isto é, as dez primeiras emendas à Constituição americana.

Vale destacar que a redação e ratificação da Constituição americana opôs dois grupos, os federalistas e os antifederalistas, que discutiam essencialmente o tamanho e os poderes do governo federal. Enquanto os federalistas se posicionavam a favor da constituição e de um governo mais forte e presente, os antifederalistas recebavam que um governo federal forte desembocasse em uma monarquia.

Com a ratificação da Carta americana, foram propostas dez emendas (*bill of rights*), que respondiam a diversas críticas dos antifederalistas à constituição e tinham por objetivo garantir os direitos dos cidadãos e limitar os poderes do governo federal. Essas emendas estipularam importantes direitos para o constitucionalismo mundial e norte-americano. Cite-se, dentre outros, o direito de portar armas, o direito à privacidade, à liberdade religiosa, bem como o direito de expressão, de imprensa e de reunião. A supressão de direitos naturais a que Madison faz referência, que seria característico da tirania, é a supressão de direitos contidos na *bill of rights* e na constituição como um todo<sup>323</sup>.

A crítica reside, portanto, no significado distinto da expressão “direitos fundamentais” no século XVIII e no século XX, quando surgem interpretações mais abrangentes a partir da universalização dos direitos humanos, especialmente na segunda

---

<sup>321</sup> Trata-se de hipótese empírica e com forte inspiração hobbesiana, da guerra entre indivíduos como estado natural pré-sociedade.

<sup>322</sup> Dahl destaca que não se trata aqui de adentrar na polêmica de jusnaturalismo e juspositivismo, mas de adotar um conceito de tirania útil, que permita a compreensão exata do modelo madisoniano, o que, contudo, não é possível.

<sup>323</sup> A percepção da *bill of rights* como a definição do que seria o direito natural decorre especificamente do Federalistas nº 84, em que Hamilton se opõe à aprovação da *bill of rights* porque a constituição já estipularia uma série de direitos e a a enumeração de direitos do cidadão traria uma ideia de taxatividade, o que seria prejudicial para a própria proteção dos direitos individuais (HAMILTON, Alexander. *Federalist nº 84: Certain General and Miscellaneous Objections to the Constitution Considered and Answered*. Disponível em: <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed84.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed84.asp)>. Acesso em 26 dez. 2022).

metade do século XX. Assim, se atualmente há dificuldade em se conceituar direitos humanos e direitos fundamentais, haja vista as diferentes culturas jurídicas<sup>324</sup>, o mesmo não pode ser dito do pensamento de Madison, no qual se identifica precisa conceituação dos direitos naturais – direitos dos cidadãos estabelecidos na Constituição americana e em suas dez primeiras emendas e que, em regra, são oponíveis ao Estado e demonstram a desconfiança que se tinha, naquele momento histórico, com o Parlamento.

Em segundo lugar, Dahl denuncia que não há correlação ou demonstração de que a concentração de poderes conduz à tirania<sup>325</sup> e afirma que a expressão “grave supressão” dos direitos naturais, característica da tirania, é ambígua, vez que não se sabe até que ponto seria permitida a supressão e a partir de que ponto se configuraria a tirania<sup>326</sup>.

Em terceiro lugar, Dahl afirma que não há qualquer comprovação de que mecanismos de votação majoritária são suficientes para se evitar a tirania da minoria sobre a maioria, como presumiu Madison, e que não há como estabelecer correlação direta entre a maior complexidade do Estado e da sociedade e a qualidade dos representantes<sup>327</sup>, que não se tornam melhores pela simples extensão da república.

Em quarto lugar, Dahl critica que não há comprovação ou garantia de que a ambição de uma parte irá atuar em sentido contrário e com igual força em relação à ambição da outra parte, que não há utilidade no conceito de facção<sup>328</sup> e que Madison ignora que controles internos – aspectos morais e psicológicos, por exemplo – também são importantes e influenciam no comportamento de agentes.

A possibilidade de atuação dos agentes políticos por motivos morais é um ponto sensível para Dahl e que, no seu entendimento, compromete o modelo madisoniano de tal

---

<sup>324</sup> FACCHI, Alessandra. Breve história dos direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2011, p. 127-148

<sup>325</sup> Dahl considera a existência de países parlamentares, notadamente a Inglaterra, que dificilmente poderiam ser acusados de tirânicos, mas que a separação de poderes não é tão nítida e rígida quanto em regimes presidencialistas (DAHL, Robert A. Op. cit., 2006).

<sup>326</sup> Nesse particular, a crítica de Dahl também parece sofrer de certo anacronismo ao deixar de considerar que a Inglaterra e o sistema monárquico do final do século XVIII era sensivelmente distinto do sistema monárquico do século XX. No que tange ao alcance da expressão “grave supressão”, como anteriormente dita, esta pode ser compreendida a partir da análise da Constituição americana e da *bill of rights*.

<sup>327</sup> Recorde-se as vantagens da república segundo Madison: (i) a escolha de representantes acaba por filtrar melhor as paixões; (ii) a grande extensão territorial do país impediria/dificultaria a adoção de mecanismos de opressão; (iii) a grande extensão territorial implica que representantes populares são escolhidos por um número maior de cidadãos. Ou seja, nesse ponto em específico, Dahl refuta duas das três vantagens da república indicadas por Madison, argumentando a ausência de correlação entre a qualidade do representante e a complexidade estatal e social.

<sup>328</sup> Na medida em que facções são grupos de cidadãos unidos em torno de uma paixão ou interesse comum, qualquer grupo que cerceie o direito natural de outro grupo é tirânico e deve ser combatido por uma república. Na medida em que facções não possuem quaisquer características em especial e nem se caracterizam por um número mínimo de associados, a definição se torna vazia e pouco útil (DAHL, Robert A. Op. cit., 2006.).

modo que se torna necessária a releitura da hipótese do modelo. Ao invés de assumir que a concentração de poderes conduz à ausência de controles externos e conseqüentemente à tirania, o ponto fulcral do modelo madisoniano é que a probabilidade de que um indivíduo tire o poder de outro diante da ausência de controles externos é suficientemente alta. Dessa forma, cabe ao Estado a adoção dos mecanismos de *checks and balances* para o controle de seus agentes.

Em quinto lugar, Dahl aponta que Madison pressupõe que o Executivo seria um ponto de reforço da minoria, com riscos baixos ou inexistentes de tirania advindo desse poder, e superestima os riscos de tirania advindo do Legislativo<sup>329</sup>.

Superadas essas falhas conceituais, Dahl afirma que, como consequência da hipótese, (i) deve-se evitar a concentração de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) em uma pessoa (ou grupo de pessoas), sejam eleitas ou hereditárias; (ii) na ausência de controles externos, a minoria irá tyrannizar a maioria e vice-versa; (iii) deve-se controlar facções para que não prejudiquem outras pessoas ou interesses sociais.

Ademais, considerando as dificuldades inerentes aos conceitos essenciais, Dahl afirma que o sistema idealizado por Madison acaba por receber interpretações convenientes, conforme o desejo de minorias de vetarem esta ou aquela proposição, funcionando mais como ideologia do que como teoria política<sup>330</sup>.

As críticas de Dahl são contundentes, mas, como adiantado, padecem de certo anacronismo. Não há como desconsiderar que a reflexão de Dahl se deu em meados do século XX no pós-guerra. No contexto contemporâneo, em seus múltiplos sistemas jurídicos modernos, termos como “grave supressão”, “tyrannia” e “direitos naturais”, possuem diferentes acepções e de fato precisam ser contextualizados, mas na época de Madison possuíam uma clara definição. Da mesma forma, Dahl formulou suas críticas ao modelo de Madison após a guerra civil americana, que pôs fim à ideia de que a complexidade estatal e o tamanho do território por si só são suficientes para evitar o facciocismo, as paixões comuns ou implicar o aumento de qualidade dos representados.

O que é importante considerar é que Madison se debruçou sobre um problema típico

---

<sup>329</sup> Nesse particular, novamente a crítica de Dahl parece sofrer de certo anacronismo ao deixar de considerar o contexto histórico em que a teoria madisoniana se desenhou, desconsiderando o papel do colégio eleitoral como um instrumento de garantia da isenção do Executivo e a desconfiança que pairava sobre o Legislativo.

<sup>330</sup> Dahl afirma que as dificuldades de Madison decorrem provavelmente de dois objetivos inconciliáveis: de um lado, a ideia de que adultos devem ter iguais oportunidades, inclusive de direcionar a política nacional, e de outro, que minorias tenham suas liberdades garantidas (DAHL, Robert A. Op. cit., 2006). Como exposto no início deste terceiro capítulo, trata-se de manifestação da dicotomia sobre a qual se estrutura o direito ocidental entre democracia e direitos fundamentais.

de seu tempo e elaborou uma teoria política adequada ao seu momento histórico. Exigir que a teoria do século XVIII atenda aos conceitos e rigores técnico-científicos do século XXI, ignorando importantes eventos históricos que ocorreram nesse interregno, é anacronismo, como alertou Adair<sup>331</sup>.

Do exposto, deduz-se que a separação de poderes, os mecanismos de *checks and balances* e o seu desenvolvimento teórico inicial devem ser entendidos como inspiração e influência de conceitos e mecanismos tradicionais no direito, como o poder de veto presidencial, o controle de constitucionalidade do Judiciário, o acompanhamento de políticas públicas pelo Legislativo etc. Ao longo dos séculos, o fundamento dessa teoria se alterou, como bem demonstram as críticas de Dahl, o que exige certo esforço de adaptação.

Nada obstante, a separação de poderes em sua essência de garantir a fiscalização do poder pelo próprio poder não foi alterada e permanece vigente. Forçoso reconhecer, entretanto, que sob essa perspectiva se trata mais de um ideal a ser observado e não um parâmetro preestabelecido de engenharia constitucional. E, de fato, não é possível analisar a separação de poderes sem analisar e considerar o ordenamento jurídico em debate e suas nuances para garantir o equilíbrio entre a independência e o controle externo. Nesse sentido, a próxima seção da pesquisa procura esclarecer o que o STF entende por separação de poderes e de que modo esse equilíbrio é observado pela jurisprudência da Suprema Corte.

### **3.1.2 A separação de poderes no Brasil na visão do Supremo Tribunal Federal**

Atualmente, a separação de poderes é vista como opção política e dinâmica, isto é, não há uma rígida separação de poderes, mas sim uma predominância das funções<sup>332</sup>. O ponto fulcral dessa relação de interdependência é a vedação aos Poderes Executivo, Legislativo e

---

<sup>331</sup> ADAIR, Douglass. Op. cit., p. 75-92

<sup>332</sup> Com isso, quer-se dizer que por vezes o Legislativo pode exercer atividade jurisdicional (por exemplo, no processo de impeachment – art. 52, I, da CF/88) e mesmo administrativa (regulando atividades internas – art. 52, IV, da CF/88). O Judiciário também exerce atividade legislativa, ao elaborar o regimento interno (art. 96, I, “a” da CF/88) e administrativa ao organizar suas atividades internas (art. 96, I, “b”, da CF/88). O Executivo é o único que não exerce as três funções, faltando-lhe a função jurisdicional, já que seus julgados não são definitivos. (CARVALHO FILHO, José dos S. Manual de direito administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.). De outro lado, é interessante notar que, por se tratar de opção política, há outras versões da separação de poderes, como, por exemplo, a separação quadripartite, com a presença do poder moderador (proposta por Benjamin Constant, adotada na Constituição Imperial e que constou de projeto de Constituição de Borges de Medeiros para a República de 1889) e a versão bipartite (defendida por Seabra Fagundes e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que compreendiam apenas a existência da função jurisdicional e de uma função de integração da ordem jurídico-social, que operaria por meio da legislação e da execução).

Judiciário de se arvorarem em searas estranhas às suas atribuições originárias ou impedir a atuação de outros poderes e o desempenho de suas funções típicas.<sup>333</sup> Sublinhe-se, contudo, que tal definição pouco acrescenta na medida em que não há parâmetro preestabelecido sobre o que seria o núcleo essencial dessas atividades típicas dos poderes, tratando-se antes de manifestação da separação de poderes como um ideal a ser perseguido.

Uma das formas de se entender o núcleo essencial dos poderes é a partir dos conceitos de reserva legal, reserva de juiz e reserva de administração.

A reserva legal implica que “somente em virtude de lei podem-se exigir obrigações do cidadão”. Tem-se aqui a “concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais” e de “império da lei”. Em outros termos, “somente a lei”, entendida “em seu sentido formal, como a norma produzida pelo órgão competente (parlamento) e segundo o processo legislativo previsto”, pode criar regras jurídicas<sup>334</sup>.

No âmbito judicial, o Ministro Celso de Mello afirmou que a reserva legal possui caráter negativo e positivo. Sob a perspectiva negativa, trata-se de proibir a atuação primária do Poder Judiciário ou do Poder Executivo em determinada matéria. Já sob a perspectiva positiva, trata-se de ressaltar a autoridade da Constituição e da legalidade, isto é, de submissão da Administração Pública à lei.<sup>335</sup>

Sob qualquer perspectiva, trata-se de limitar a atuação do Estado de modo que as atividades administrativa e jurisdicional devem submeter-se aos comandos estatais originados do Parlamento, desde que não haja inconstitucionalidade.

A reserva de administração, por sua vez, corresponde ao “núcleo funcional da administração resistente à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento”<sup>336</sup>.

Sem dúvida, trata-se de conceito de difícil apreensão, tendo em vista as diferentes formas de atuação e diferentes interesses da Administração Pública, bem como a eficácia das normas constitucionais e a inafastabilidade da jurisdição, mas que encontra eco na

---

<sup>333</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar na ADI nº 975. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 09.12.1993. DJ: 20.06.1997.

<sup>334</sup> MENDES, Gilmar F.; VALLE, André R. Comentário ao art. 5º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.* (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2018. p. 252-258.

<sup>335</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar na ADI nº 2.075. Relator: Min. Celso de Mello, j. 07.02.2001. DJ: 27.06.2003.

<sup>336</sup> MENDES, Gilmar F.; VALLE, André R. *Op. cit.*, p. 252-258.

jurisprudência do STF<sup>337</sup>, que assim entende:<sup>338</sup>

É que, como se sabe, não cabe, ao Poder Legislativo, sob pena de grave desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo, emanados do Poder Executivo.

A desconstituição, em sede parlamentar, de tais atos administrativos culminaria por subverter a função primária da lei, que, nesse contexto, passaria a equiparar-se a uma inadmissível sentença legislativa, com evidente insubmissão ao modelo constitucional que define, em nosso regime político, o sistema de especialização e de limitação de poderes.

Na realidade, e ressalvada a hipótese expressamente prevista no art. 49, V, da Constituição - situação de todo inócua na espécie ora em exame -, não se legitima, na perspectiva do princípio da separação de poderes, a intervenção do Parlamento, promovida com a finalidade heterodoxa de invalidar, concretamente, atos administrativos que tenham sido praticados pelo Chefe do Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas funções institucionais.

Ainda que o legislador disponha do poder de conformação da atividade administrativa, permitindo-se-lhe, nessa condição, estipular cláusulas gerais e fixar normas impessoais destinadas a reger e a condicionar o próprio comportamento da Administração Pública, não pode, o Parlamento, em agindo ultra vires, exorbitar dos limites que definem o exercício de sua prerrogativa institucional.

Isso significa, portanto, que refoge, ao domínio normativo da lei em sentido formal, veicular deliberações parlamentares que visem a desconstituir, in concreto, atos administrativos regularmente editados pelo Chefe do Poder Executivo.

A reserva de administração, ademais, costuma ser dividida em reserva geral e específica de administração<sup>339</sup>. A reserva geral é exatamente esta que decorre da separação de poderes, no sentido de que os outros poderes não podem se arvorar no núcleo essencial do Poder Executivo e de que cabe a esse a execução das leis. A reserva específica, por outro lado, é aquela em que a Constituição estabelece que determinada matéria é de competência exclusiva do Poder Executivo, como, por exemplo, a direção superior da Administração Pública (art. 84, I, da CF/88).

Por reserva de administração, então, o que se quer dizer é que o Legislativo ou o Judiciário não podem atuar como revisor de atos da Administração Pública. Há determinadas matérias que são reservadas à Administração Pública, a quem compete a execução da lei, sem possibilidade de intromissão por parte do Legislativo ou do Judiciário, ressalvada, por óbvio,

---

<sup>337</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3.075. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 24.09.2014. DJe: 10.10.2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 2.364. Relator: Min. Celso de Mello, j. 17.10.2018. DJe: 25.10.2018; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3.169. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 11.12.2014. DJe: 19.02.2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3.343. Relator: Min. Ayres Britto. Relator para Acórdão: Min. Luiz Fux, j. 01.09.2011. DJe: 22.11.2011; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar na ADI nº 776. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.10.1992. DJ: 26.10.1992.

<sup>338</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. EDcl no RE nº 427.574. Relator: Min. Celso de Mello, j. 13.12.2011. DJe: 13.02.2012.

<sup>339</sup> OLIVEIRA, Rafael C. R. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. p. 267.

a atuação do último em caso de ilegalidade/inconstitucionalidade.

Por último, a reserva de jurisdição implica a exclusividade do Poder Judiciário em apreciar, de forma independente, determinada matéria.<sup>340</sup> A decisão judicial, que produz coisa julgada e que determina o direito aplicável ao caso concreto no bojo de processo no qual franqueada a ampla defesa e o contraditório, é a característica típica<sup>341</sup> e específica do Judiciário<sup>342</sup>.

Segundo Canotilho, é importante distinguir a reserva de jurisdição, em que as matérias podem ser enfrentadas primeiramente por outros poderes, com possibilidade de posterior acesso ao Judiciário questionando esse entendimento, da reserva de juiz, em que a matéria deve ser enfrentada exclusivamente pelo Judiciário, como, por exemplo, no caso da interceptação telefônica. Há, nessa hipótese, o monopólio da primeira palavra<sup>343</sup>, o que já foi debatido em algumas ações.<sup>344</sup>

Essa é, em linhas gerais, a compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre a separação de poderes. Não se trata de divisão estanque ou atinente aos órgãos, mas sim de mecanismos de controle recíprocos que se ampliam conforme as funções e interesses estatais, observando sempre a esfera reservada a cada poder, isto é, o núcleo essencial do Legislativo (reserva de lei), do Executivo (reserva de administração) e do Judiciário (reserva de jurisdição).

Como já foi dito, é de se observar que o Poder Judiciário, por muito tempo, foi visto como o poder mais fraco dos três porque não possuía a força do Executivo, que controla a burocracia estatal e as forças de segurança, e nem podia inovar no ordenamento jurídico, como o Legislativo<sup>345</sup>. Vale salientar: na medida em que o descumprimento de ordens judiciais configura crime comum (art. 330, do CP) ou de responsabilidade (art. 85, VII, da CF/88) e na medida em que monopoliza a solução de problemas, o Poder Judiciário vale-se da força e do

---

<sup>340</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 664.

<sup>341</sup> Não é demais recordar que a definitividade como característica típica da decisão judicial decorre da inafastabilidade e unicidade da jurisdição e rejeição do modelo francês de controle da Administração Pública. Com isso, quer-se dizer que a definitividade enquanto elemento típico e específico da decisão judicial é característico do sistema jurídico brasileiro e não pode ser universalizado.

<sup>342</sup> TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 172.

<sup>343</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 665.

<sup>344</sup> No MS nº 23.452, de relatoria do Min. Celso de Mello, a reserva de jurisdição e o monopólio da primeira palavra foram objeto de expressa manifestação do relator e de outros ministros. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS nº 23.452. Relator: Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999. DJ 12.05.2000.)

<sup>345</sup> HAMILTON, Alexander. *Federalist nº 78: the judiciary department*. Disponível em <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493470>>. Acesso em 22 dez. 2022.

prestígio das outras instituições do Estado para dar eficácia às suas decisões<sup>346</sup>, o que o torna relativamente fraco em relação aos demais. Como consequência, os mecanismos de *check and balances* do Judiciário sempre foram menos desenvolvidos.

É questionável, contudo, se o Poder Judiciário de fato seria o mais fraco na atualidade, tendo em vista as significativas transformações sociais e jurídicas ocorridas desde o século XVIII, e principalmente no século XX, que trouxeram nova dinâmica ao Poder Judiciário.

Como acima adiantado, no século XX surgiram interpretações mais abrangentes dos direitos humanos, especialmente no período pós-guerra, em que se vivenciou a crise do positivismo, que foi responsabilizado pela tragédia nazista<sup>347</sup>.

Como consequência dessa crise, buscou-se nova fundamentação para o direito, agora com preocupações morais e de conteúdo. Nesse contexto, dois elementos foram de importância singular: (i) as constituições e a jurisprudência constitucional; e (ii) a declaração e as convenções de direitos.<sup>348</sup>

As constituições do pós-guerra se tornaram pináculo do sistema jurídico, consagrando diversos princípios, como da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da fraternidade, que passaram a orientar a hermenêutica e a interpretação de normas infraconstitucionais<sup>349</sup>.

A nova concepção do direito influencia na jurisprudência constitucional, que se torna mais ampla. Os Tribunais Constitucionais passam a apontar os rumos do governo e da sociedade com o aumento das suas competências e interpretações, que beiram a função normativa<sup>350</sup>. As declarações e as convenções internacionais de direito também foram importantes para a nova conformação do Poder Judiciário. A internacionalização dos direitos humanos, constante de inúmeros pactos e convenções, passaram a conferir direitos aos indivíduos enquanto seres humanos, e não cidadãos, além de estabelecer a proteção do ser humano e seus direitos como prioridade máxima, acima da soberania nacional. Tais pactos, além de servirem como diretriz interpretativa do direito, acabaram por inserir o indivíduo como sujeito de direito internacional, podendo apresentar denúncias perante cortes

---

<sup>346</sup> TEMER, Michel. Op. cit., p. 172.

<sup>347</sup> FACCHI, Alessandra. Op. cit., p. 127-148.

<sup>348</sup> Ibid.

<sup>349</sup> Ibid.

<sup>350</sup> Nesse particular, basta recordar as decisões da Corte de Warren e as críticas que veio a sofrer. A nova configuração dos Tribunais Constitucionais é amplamente analisada pela literatura, podendo-se citar (1) FACCHI, Alessandra. Breve história dos direitos humanos. São Paulo: Edições Loyola, 2011.; (2) LUÑO, Antonio E. P. Direitos humanos, estado de direito e constituição. São Paulo: Martins Fontes, 2021.; e (3) STRAUSS, David A.; STONE, Geoffrey R. *Democracy and equality: the enduring constitutional vision of the Warren court*. Oxônia: Oxford University Press, 2020.

internacionais<sup>351</sup>.

No Brasil, essa nova configuração do Judiciário é bem perceptível a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal, que frequentemente aprecia causas que *a priori* não são estritamente jurídicas e que seriam impensáveis para a época de Madison, como a implementação de políticas públicas<sup>352</sup>, o rito de *impeachment*<sup>353</sup>, os requisitos para nomeação de ministros<sup>354</sup>, os requisitos para ocupar a linha sucessória<sup>355</sup>, a destinação de verbas orçamentárias<sup>356</sup>, dentre outras.

Em todas essas decisões se observa a compreensão da constituição como pináculo do sistema jurídico e a influência de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e da cidadania definindo os rumos da sociedade e do governo. Também se observa na jurisprudência, a influência das declarações de direitos humanos: recorde-se, por exemplo, a ilegitimidade da prisão de depositário infiel em face do Pacto de San José da Costa Rica<sup>357</sup>, em que se definiu o caráter de suprallegalidade<sup>358</sup> dos tratados internacionais incorporados ao ordenamento jurídico por maioria simples (art. 5º, §2º e art. 47, ambos da CF/88), a noção de bloco de constitucionalidade<sup>359</sup> e a incorporação de tratados de direitos humanos com status de emenda constitucional em caso de votação qualificada (art. 5º, §3º, da CF/88)<sup>360</sup>.

Essa expansão da jurisdição constitucional associada aos baixos controles interno e externo, põe em questionamento se de fato o Judiciário seria o Poder mais fraco na atualidade.

---

<sup>351</sup> FACCHI, Alessandra. Op. cit., p. 127-148.

<sup>352</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Referendo na medida cautelar na ADPF nº 709. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 05.08.2020. DJe: 07.10.2020.

<sup>353</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar na ADPF nº 378. Relator: Min. Edson Fachin, Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2015. DJe: 08.03.2016.

<sup>354</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Medida cautelar no MS nº 34.070. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 18.03.2016. DJe: 28.03.2016; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Rcl nº 29.508. Relator: Min. Cármen Lúcia j. 21.01.2018. DJe: 01.02.2018.

<sup>355</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Referendo na medida cautelar na ADPF nº 402. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Celso de Mello, j. 07.12.2016. DJe: 29.08.2018.

<sup>356</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 592.581. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2015. DJe: 01.02.2016.

<sup>357</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 466.343. Relator: Min. César Peluso, j. 03.12.2008. DJe: 05.06.2009.

<sup>358</sup> Isto é, hierarquicamente superior às leis, mas abaixo da Constituição.

<sup>359</sup> O bloco de constitucionalidade foi abordado na ADI nº 6.327 e no HC nº 178.527. (Respectivamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Referendo na medida cautelar na ADI nº 6.327. Relator: Min. Edson Fachin, j. 03.04.2020. DJe: 19.06.2020; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC nº 178.527. Relator: Min. Celso de Mello, j. 10.10.2020. DJe: 22.10.2020.)

Na doutrina, cf. COELHO, Bernardo L. M. O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 123, p. 259-266, jul./set. 1994. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176262>>. Acesso em 22 dez. 2022.

<sup>360</sup> Cite-se, por exemplo, a convenção de Nova York, sobre deficiência, que foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro neste molde e afetou a decisão da ADI nº 5.760, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Sessão virtual. ADI nº 5.760. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 13.09.2019. DJe: 26.09.2019.)

É nesse contexto que os diálogos institucionais foram originalmente inseridos, como um mecanismo de *checks and balances* do Poder Judiciário, como uma forma de diminuir os poderes e rever alguns dos entendimentos firmados pelas Cortes.

### 3.2 A teoria dos diálogos institucionais

A teoria dos diálogos institucionais foi formulada inicialmente por Peter Hogg e Allison Bushell analisando a Constituição do Canadá de 1982 e a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*)<sup>361</sup>, que permite ao Parlamento a manutenção por determinado período de leis julgadas inconstitucionais pela Suprema Corte<sup>362</sup>.

Hogg e Bushell inserem o controle de constitucionalidade em um contexto de “diálogo entre juízes e o Legislativo”<sup>363</sup>. Segundo os autores, quando a decisão judicial pode ser anulada ou de qualquer forma modificada pelo Legislativo, a relação entre o Judiciário e o Legislativo pode ser vista como um diálogo, já que a decisão judicial suscitaria debates sobre os valores constitucionais, cabendo ao Legislativo sopesá-los.

A definição de diálogo institucional seria então qualquer ação legislativa que se segue à decisão judicial, isto é, havendo resposta consciente do Poder Legislativo à decisão judicial, estaria configurado o diálogo, mesmo que fosse simples convalidação do entendimento judicial ou o deliberado silêncio.

Nessa perspectiva, o diálogo entre poderes tem as seguintes vantagens: (i) respeito aos limites democráticos ao valorizar o papel do Legislativo, na medida em que os problemas constitucionais deixam de ter soluções determinadas por um poder ou outro, adotando solução conjunta e com clara sinalização de que as opções políticas do Legislativo devem ser respeitadas, desde que, por óbvio, não violem a constituição.

Ademais, (ii) sinaliza ao outro poder valores constitucionais que precisam ser observados e pontos que possivelmente foram ignorados na decisão judicial ou política anterior; e, além disso, (iii) atende às críticas do controle de constitucionalidade expostas no início do capítulo ao colocar o Legislativo em posição central, ou quando menos ao lado do Judiciário como intérprete da constituição e das leis, reagindo às críticas de baixa

---

<sup>361</sup> *Section 33 – Notwithstanding clause*. Disponível em <<https://www.justice.gc.ca/eng/csjsj/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art33.html>>. Acesso em 22 dez. 2022.

<sup>362</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. Op. cit., p. 13-43.

<sup>363</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. Op. cit., p. 15.

*accountability* do Judiciário, de ativismo judicial e do viés decisionista do controle de constitucionalidade.

Hogg e Bushell elencam quatro fundamentos que permitem ao Legislativo alterar decisões judiciais: (i) a cláusula não obstante<sup>364</sup>; (ii) o artigo 1º da Constituição canadense, que menciona os limites razoáveis dos direitos constitucionais<sup>365</sup>; (iii) os direitos qualificados<sup>366</sup>; e (iv) a igualdade.

A interpretação razoável da lei, isto é, os limites razoáveis dos direitos constitucionais, possuem quatro balizas: (i) o objetivo importante da legislação, que deve perquirir algum objetivo constitucional ou a proteção de direito fundamental; (ii) o liame racional entre a lei e o objetivo perquirido; e, além disso, (iii) a lei deve alcançar o objetivo com o mínimo de interferência; e (iv) a lei não pode ser desproporcional.

Enquanto fundamento para os diálogos institucionais, a isonomia se destina tanto ao legislador (Legislativo) quanto ao aplicador da lei (Judiciário ou Executivo)<sup>367</sup>. Sob a perspectiva de aplicação das leis, é vedado ao Executivo e ao Judiciário a inobservância da lei e só há margem para o tratamento desigual se a própria lei assim o prever<sup>368</sup>. Sob a perspectiva de criação das leis, é vedado ao legislador o tratamento desigual de forma arbitrária<sup>369</sup>.

---

<sup>364</sup> Art. 33 da Constituição canadense: “33. (1) *Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.*

(2) *An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.*

(3) *A declaration made under section (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.*

(4) *Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under section (1).*

(5) *Section (3) applies in respect of a re-enactment made under section (4).*” (Disponível em <<https://www.justice.gc.ca/eng/cs-j-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art33.html>>. Acesso em 22 dez 2022).

<sup>365</sup> “*The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.*” Disponível em <<https://www.justice.gc.ca/eng/cs-j-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccdl/check/art33.html>>. Acesso em 22 dez. 2022.

<sup>366</sup> Hogg e Bushell mencionam os direitos previstos nos art. 7º (“*Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice*”), art. 8º (“*Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure*”), art. 9º (“*Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned*”) e art. 12 (“*Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment*”) da Constituição do Canadá. A ideia é de que esses direitos estão previstos na Constituição canadense em termos que necessitam de qualificação (por exemplo, o que é o direito à revista razoável, previsto no art. 8º?), de modo que após a decisão judicial seria possível a correção legislativa. (HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. Op. cit., p. 13-43).

<sup>367</sup> Pieroth e Schlink afirmam que se trata de igualdade perante a lei (no momento da aplicação) e igualdade da lei (no momento da criação da lei). Essa distinção encontra eco no Brasil a partir do direito geral de igualdade, previsto no art. 5º da CF/88 (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 214)

<sup>368</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Op. cit. p. 214-216.

<sup>369</sup> Ibid.

Na perspectiva legislativa, Pieroth e Schlink<sup>370</sup> destacam o conflito que há entre a exigência de liberdade e a exigência de igualdade social, já que a liberdade é também a liberdade de atuação do mais forte, enquanto a igualdade de oportunidades é a igualdade do mais fraco<sup>371</sup>. O ponto de equilíbrio desse conflito decorre da própria Constituição ao traçar critérios que autorizem o tratamento desigual em caso de finalidade legítima, necessária e adequada ao fim<sup>372</sup>.

Ou seja, segundo Hogg e Bushell, há fundamento normativo para os diálogos institucionais – a cláusula *notwithstanding*, que permite ao Parlamento a manutenção por determinado período de legislação que foi reputada inconstitucional pelo Judiciário, mas tal dispositivo não esgota a questão, que também encontra fundamento na proporcionalidade e na isonomia, estando, em qualquer hipótese, jungidos à Constituição, aos direitos fundamentais e suas interpretações – inclusive no que tange à atividade legislativa.

Em relação aos limites dos diálogos institucionais, Hogg e Bushell identificam três situações em que não é possível o diálogo: (i) quando não houver margem para a interpretação razoável da lei; (ii) quando o objeto da lei for declarado inconstitucional; e (iii) quando não houver consenso político.

Embora a interpretação razoável da lei permita diferentes leituras, sobretudo por se basear em conceitos indeterminados como “proporcionalidade” e “importância” do objeto da legislação, em determinados casos é possível o estabelecimento de uma zona negativa em que se identifica a desproporcionalidade seguramente sob qualquer perspectiva, com ofensa a direitos fundamentais e humanos. Nessas hipóteses, quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade por ausência de proporcionalidade<sup>373</sup>, segundo os autores, não seria possível o diálogo institucional porque não há interpretação possível que resguarde os direitos fundamentais<sup>374</sup>.

---

<sup>370</sup> Ibid.

<sup>371</sup> Neste ponto, recorde-se o pensamento de Madison acerca da liberdade como essencial ao ser humano, mas ao mesmo tempo como promotor de desigualdade.

<sup>372</sup> Segundo os autores, haveria violação da igualdade sob a perspectiva legislativa quando (i) uma pessoa é tratada de determinada maneira por ingerência; (ii) quando outra pessoa é tratada de determinada maneira; (iii) quando ambas as pessoas, estão contidas em um conceito comum, excluindo outras. (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Op. cit. p.214-251).

<sup>373</sup> Vale recordar que a proporcionalidade possui um viés de proibição de intervenção, em que a desproporcionalidade é percebida pelo excesso na conduta, mas também possui um viés de proteção, em que a desproporcionalidade é percebida pela hipossuficiência da conduta, isto é, a proteção hipossuficiente de determinado direito.

<sup>374</sup> Na medida em que o diálogo institucional, por definição, é a interação entre o Legislativo e o Judiciário e pode se dar de forma transformadora, para alterar o entendimento judicial, ou confirmatória, para corroborar o entendimento judicial, é possível afirmar que a impossibilidade de diálogo mencionada pelos autores seria tão somente o viés transformador.

Vale esclarecer que a proporcionalidade é relacionada à razão da atuação do Estado. Embora se trate de conceito complexo, com inúmeras discussões, as diferentes definições sempre perpassam pela ideia de justificativa e de limitação da atuação estatal<sup>375</sup>, relacionando-se, por conseguinte, com diversos outros conceitos, como o devido processo legal<sup>376</sup>.

Hogg e Bushell também identificam óbice ao diálogo institucional quando o objeto da lei é inconstitucional, afinal, na medida em que determinada legislação é julgada materialmente inconstitucional, também não haveria margem para interpretação diversa<sup>377</sup>. Essas duas hipóteses ressaltam o que fora afirmado acima, no sentido de que os diálogos institucionais estão jungidos aos direitos fundamentais e à Constituição.

A terceira e última hipótese em que não seria possível o diálogo institucional seria em razão de inviabilidade política de se firmar maioria em torno do tema para dar resposta ao Judiciário, o que é possível se vislumbrar em torno de temas extremamente polêmicos.

Em resumo, portanto, a teoria dos diálogos institucionais entende que “*La influencia de la Carta se extiende mucho más allá de los límites de aquello que los tribunales definen como obligatorio*”<sup>378</sup> e outro não poderia ser o entendimento: a compreensão de que o Judiciário exerceria de forma soberana espécie de veto implica a ausência de separação de poderes e a simples hierarquia do Judiciário em relação aos demais poderes, bem como a definição do que é e do que significa a Constituição (em que pese a ausência de representatividade popular para tanto)<sup>379</sup>.

O que se propugna, portanto, é que o Legislativo, enquanto poder responsável pela edição das leis, também possui competência para interpretá-las. A interação entre o Legislativo e o Judiciário tem por objetivo a conciliação de valores individualistas e políticas públicas em benefício da sociedade<sup>380</sup>, à vista disso, encontra tanto seu fundamento, quanto sua limitação, na Constituição Federal, ao mesmo tempo em que atribui significado ao texto constitucional.

---

<sup>375</sup> A primeira discussão é terminológica, porquanto alguns autores defendem que a proporcionalidade não se confunde com a razoabilidade, que seria mais ampla. Em relação à definição em si, é importante observar que a razoabilidade como justificativa e limitação da atuação do Estado pouco acrescentam em termos práticos, existindo entendimentos mais restritivos, no sentido de que apenas interpretações claramente arbitrárias seriam desarrazoadas, enquanto outros adotam conceitos mais estruturados e defendem a aplicação de teste de proporcionalidade. Outros, ainda, defendem a razoabilidade a partir de uma visão sociológica, isto é, aquilo que é aceito pela comunidade jurídica.

<sup>376</sup> CASSAGNE, Juan C. Op. cit., p. 225-239

<sup>377</sup> Repita-se, aqui, a mesma observação acima, no sentido de que é possível afirmar que os autores se referem ao diálogo com viés transformador.

<sup>378</sup> HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Alisson A. Op. cit., p. 13-43.

<sup>379</sup> MARINONI, Luis G. Processo constitucional e democracia. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 331-332.

<sup>380</sup> Ou seja, trata-se de outra manifestação do aludido conflito entre democracia e direitos fundamentais. (MARINONI, Luis G. Op. cit. p. 331-338)

Vê-se que, sob certa perspectiva, o pensamento de Hogg e Bushell se aproxima do pensamento de Madison: ambos partem da constatação de um dado problema social e buscam, com base no desenho das instituições, resolvê-lo. No caso dos diálogos institucionais, busca-se a solução dos poderes tidos por excessivos da Corte Constitucional e seu viés decisionista a partir do fortalecimento do Legislativo.

É necessário destacar que o Legislativo, órgão representativo e consensual por excelência, possui papel acentuado no sistema canadense tendo em vista a adoção do parlamentarismo e do sistema de controle de constitucionalidade fraco<sup>381</sup>, o que significa que as Cortes canadenses não possuem mecanismos para dar efetividade às suas decisões.

A junção desses elementos – tradição parlamentar e controle de constitucionalidade fraco, e dos fundamentos já expostos – a cláusula não obstante, os direitos qualificados, a interpretação razoável da lei e a isonomia – conduz à ideia de diálogos institucionais e à valorização do Legislativo como corresponsável pela definição do que é a Constituição<sup>382</sup> e devem ser considerados quando da análise do potencial explicativo da teoria para fenômenos típicos do direito e da política nacional, haja vista a sensível distinção.

### 3.2.1 Os diálogos institucionais: a visão do Supremo Tribunal Federal

No Brasil, os diálogos institucionais têm recebido atenção doutrinária por diversos autores<sup>383</sup> e, sob a perspectiva prática, é possível mencionar alguns casos e leis em que houve a interação entre o Judiciário e o Legislativo, como será explorado abaixo.

Em primeiro lugar, é necessário questionar a compatibilidade dos diálogos institucionais com o ordenamento jurídico brasileiro, isto é, em que medida seria legítima a reação do Legislativo à decisão judicial. Recorde-se que Hogg e Bushell identificaram quatro

---

<sup>381</sup> TUSHNET, Mark. Op. cit.

<sup>382</sup> Ibid.

<sup>383</sup> São alguns dos autores que se debruçam sobre o tema: (1) VICTOR, Sérgio A. F. Diálogo institucional e o controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2017.; (2) MENDES, Conrado H. *Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, p. 147-173; (3) CLÈVE, Clèmerson M.; LORENZETTO, Bruno M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015, p. 203; e (4) GODOY, Miguel G. de; MACHADO FILHO, Roberto D. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022. Disponível em <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril\\_v59\\_n233\\_p117](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117)>. Acesso em 26 dez 2022.

fundamentos para os diálogos: (i) o artigo 33 da Constituição canadense; (ii) os limites razoáveis dos direitos constitucionais; (iii) os direitos qualificados; e (iv) a igualdade<sup>384</sup>.

O artigo 33 da Constituição canadense<sup>385</sup> não possui paralelo no Brasil, mas os direitos qualificados, os limites razoáveis da lei e a igualdade encontram respaldo na Constituição Federal, senão vejamos.

Em relação aos direitos qualificados, diversos dispositivos da Constituição necessitam de lei ordinária ou complementar para lhes dar significado e, para além disso, diversos dispositivos se apoiam em conceitos jurídicos indeterminados, como a função social da propriedade ou o interesse social, cuja polissemia permite e estimula o diálogo entre instituições.

As quatro balizas dos limites razoáveis da lei,<sup>386</sup> por sua vez, se fazem presentes na doutrina e na jurisprudência nacional sob a perspectiva da proporcionalidade, que possui estrutura definida e subdivide-se em: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação implica que “toda intervenção em um direito fundamental deve ser apta a promover, a fomentar a realização de um fim constitucionalmente legítimo”<sup>387</sup>. Trata-se do objetivo importante mencionado por Hogg e Bushell.

A necessidade, por sua vez, “impõe a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele escolhido pelo Poder Legislativo e que possam promover igualmente o fim desejado sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados”, tendo em vista a “eficiência das medidas na realização do objetivo proposto” e “o grau de restrição ao direito fundamental atingido”<sup>388</sup>. Tem-se aqui o liame racional da lei com o objetivo almejado e a ideia de mínima interferência.

A proporcionalidade em sentido estrito, por último, “exige a comparação entre a

---

<sup>384</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. Op. cit., p. 13-43.

<sup>385</sup> É importante distinguir o artigo 33 da Constituição canadense da modulação de efeitos ou, ainda, da inconstitucionalidade progressiva. Na hipótese do artigo 33, tem-se o Parlamento canadense mantendo em vigor a lei apesar do entendimento externado pelo Judiciário, daí a noção de diálogo. A modulação de efeitos e a inconstitucionalidade progressiva, embora permitam a manutenção de lei declarada inconstitucional por certo período, é ato exclusivo do Judiciário, o que impede a noção de diálogo.

<sup>386</sup> Recorde-se que Hogg e Bushell elencam quatro balizas que conferem interpretação razoável à lei: (i) o objetivo importante da lei; (ii) o liame racional entre a lei e o objetivo perquirido; bem como que (iii) a lei deve alcançar o objetivo com o mínimo de interferência; e que (iv) a lei não pode ser desproporcional (HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. Op. cit., p. 13-43).

<sup>387</sup> Cf. voto do Min. Dias Toffoli no HC nº 122.694. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC nº 122.694. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 10.12.2014. Dje: 04.02.2015)

<sup>388</sup> Idem.

importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”<sup>389</sup>, de modo que a restrição dos direitos fundamentais deve ser proporcional à importância do fim almejado, transparecendo a noção de proporcionalidade.

Nessa conjuntura, a proporcionalidade possui um viés de proibição de intervenção, em que a desproporcionalidade é percebida pelo excesso na conduta<sup>390</sup>, mas também possui um viés de proteção, em que a desproporcionalidade é percebida pela hipossuficiência da conduta, isto é, a proteção hipossuficiente de determinado direito<sup>391</sup> e já motivou propostas legislativas, em autêntico debate institucional<sup>392</sup>.

Por último, a isonomia trata-se de princípio constitucional que também no Brasil limita tanto o intérprete – Executivo ou Judiciário – quanto o legislador<sup>393</sup>. Sob a perspectiva do intérprete, é vedada a criação de desigualdades não previstas na lei sob o pretexto de circunstâncias momentâneas, cabendo apenas aferir se o fator de discriminação é compatível com a Constituição.

Sob a perspectiva do legislador, é vedado à norma (i) destinar-se a um indivíduo, ao invés da coletividade ou pessoas indeterminadas; (ii) adotar como critério de discriminação elementos que não são intrínsecos aos fatos ou pessoas distintas entre si; (iii) atribuir regime jurídico diferente com base em elemento sem pertinência lógica com a distinção estabelecida; (iv) produzir efeitos contrários à Constituição a partir do elemento discriminatório<sup>394</sup>.

A isonomia já constou de diversas decisões judiciais<sup>395</sup> e de propostas legislativas<sup>396</sup>,

---

<sup>389</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC nº 122.694. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 10.12.2014. DJe: 04.02.2015.

<sup>390</sup> Cite-se, por exemplo, a proibição de exclusão de concurso público em razão de tatuagem. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 898.450. Relator: Min. Luiz Fux, j. 17.08.2016. DJe: 31.05.2017.)

<sup>391</sup> Cite-se, por exemplo, a proibição da tese de legítima da honra em caso de feminicídio. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Sessão virtual. Referendo da medida cautelar na ADPF nº 779. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 15.03.2021. DJe: 20.05.2021.)

<sup>392</sup> Cite-se aqui a Emenda Constitucional nº 58/2009, que alterou o tamanho das Câmaras Municipais. Aprovada como uma resposta à decisão do STF no RE nº 197.917, de relatoria do Min. Maurício Corrêa (DJ: 31.03.2004), o parecer da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) adota como fundamento a extinção de quase nove mil cargos de vereadores. (BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição nº 20, de 2008. Altera a redação do inciso IV do caput. do art. 29 da Constituição Federal e do art. 29-A, tratando das disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374962&ts=1644863145909&disposition=inline>>. Acesso em 26 dez. 2022.)

<sup>393</sup> MELLO, Celso A. B. de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 9.

<sup>394</sup> Ibid.

<sup>395</sup> Cite-se, por exemplo, a ADC nº 41 e a ADPF nº 186, em que se discutia a constitucionalidade de reserva de vagas para negros em concurso público (ADC nº 41) e na seleção para ingresso de estudantes na Universidade de Brasília (ADPF nº 186). Respectivamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADC nº 41. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe: 17.08.2017; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF nº 186. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJe: 20.10.2014.

<sup>396</sup> O STF tinha o entendimento de que para o tempo da aposentadoria especial de professor (art. 40, §5º, da CF/88,

havendo, pois, constatação prática de ser um fundamento do diálogo institucional em âmbito nacional.

De outro lado, há de se investigar também se os limites dos diálogos institucionais são os mesmos no Brasil. Recorde-se que Hogg e Bushell identificam três situações impeditivas de diálogos: (i) quando não houver margem para interpretação razoável da lei; (ii) quando o objeto da lei for materialmente declarado inconstitucional; (iii) quando não houver consenso político<sup>397</sup>.

Em relação à primeira limitação, de fato há situações em que os direitos protegidos pela Constituição estão em termos específicos, o que impede qualquer interpretação diversa pelo Parlamento ou pelo Judiciário<sup>398</sup>. A segunda situação impeditiva de diálogo institucional, quando há declaração de inconstitucionalidade material do objeto da lei, não é aplicável ao direito brasileiro. Sob uma perspectiva normativa, é importante observar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade vinculam o Judiciário e a Administração Pública, mas não o Legislativo (art. 102, §2º, da CF/88 e art. 28 da Lei nº 9.868/1999).

O tema já foi enfrentado no Poder Judiciário com diferentes resultados. No julgamento do AgR na Rcl nº 13.019, de relatoria do Min. Celso de Mello (DJe 12.03.2014), anotou-se expressamente que o Legislativo poderia editar lei de conteúdo idêntico ao normativo anteriormente declarado inconstitucional porque os efeitos vinculantes da decisão do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade abstrato “incidem, unicamente, sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e os do Poder Executivo”<sup>399</sup>.

Todavia, no julgamento da ADI nº 2.860, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence

---

com redação pós EC nº 19/1998 e pré EC nº 103/2019) contava-se somente o tempo em sala de aula, excluindo, por exemplo, a função diretiva. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 2.253. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 07.05.2004). O Congresso Nacional, promulgou a Lei nº 11.301/2006 para estabelecer que também se deveria contabilizar o tempo dedicado à coordenação, orientação pedagógica e outras atividades inerentes à docência. No Congresso Nacional, o parecer favorável da Comissão de Educação menciona a necessidade de aprovação da lei para evitar tratamento desigual. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara nº 127, de 2005. Altera o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/75977>>. Acesso em 26 dez. 2022.).

<sup>397</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. Op. cit., p. 13-43.

<sup>398</sup> Tem-se aqui o oposto dos direitos qualificados. No caso brasileiro, cite-se, por exemplo, a vedação de distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo as hipóteses previstas expressamente na Constituição (art. 12, §§2º e 3º, da CF/88). Não há qualquer margem para interpretação razoável do dispositivo, que é taxativo quanto ao seu objetivo e abrangência.

<sup>399</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AgRg na Rcl nº 13.019. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 12.03.2014.

(DJ 26.09.2005),<sup>400</sup> afirmou-se que a lei não poderia impor determinada interpretação da Constituição, sob pena de impor a interpretação da Constituição conferida pelo Supremo Tribunal Federal à convalidação pelo Legislativo, e que eventual reedição da lei deveria considerar o entendimento adotado pelo Tribunal.

Esse entendimento se deu por maioria, com divergência do Min. Eros Grau e do Min. Gilmar Mendes. O primeiro defendeu que o Congresso Nacional não poderia editar lei com o mesmo conteúdo de normativo declarado inconstitucional, ou seja, acolhendo a hipótese mencionada por Hogg e Bushell; todavia, seria possível a reedição de lei caso não houve a declaração de inconstitucionalidade.

Percebe-se a sutil diferença: enquanto a corrente vencedora, encabeçada pelo Min. Sepúlveda Pertence, entendeu que haveria prevalência do entendimento do Judiciário e, notadamente, do Supremo Tribunal Federal, em qualquer matéria, de modo que a reedição de lei deveria contemplar obrigatoriamente o entendimento do Judiciário, o Min. Eros Grau entendeu que a interpretação do Supremo Tribunal Federal só deveria prevalecer caso houvesse a declaração de inconstitucionalidade.

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, reconheceu a competência do Legislativo para interpretar a Constituição, inclusive em sentido contrário ao que entendeu a Corte Suprema, reeditando lei anteriormente declarada inconstitucional. De acordo com o Ministro, nessa hipótese, “o debate institucional deve continuar” inexistindo supremacia judicial ou parlamentar. Em âmbito doutrinário, Gilmar Mendes se posicionou no mesmo sentido<sup>401</sup>:

“Poder-se-ia indagar se a eficácia ‘erga omnes’ teria o condão de vincular o legislador, de modo a impedi-lo de editar norma de teor idêntico àquela que foi objeto de declaração de inconstitucionalidade.

A doutrina tedesca, firme na orientação segundo a qual a eficácia ‘erga omnes’ – tal como a coisa julgada – abrange exclusivamente a parte dispositiva da decisão, responde negativamente à indagação. Uma nova lei, ainda que de teor idêntico ao do texto normativo declarado inconstitucional, não estaria abrangida pela força de lei. Também o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a declaração de inconstitucionalidade não impede o legislador de promulgar lei de conteúdo idêntico ao do texto anteriormente censurado.

Tanto é assim, que, nessas hipóteses, tem o Tribunal processado e julgado nova ação direta, entendendo legítima a propositura de uma nova ação direta de

---

<sup>400</sup> O Supremo Tribunal Federal entendia que o foro por prerrogativa de função se estendia mesmo após o término do mandato (Súmula nº 394/STF), mas o entendimento foi revisto. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inq. nº 687- QO. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1997.). Como resposta, o Congresso Nacional promulgou a Lei nº 10.628/2002, que estabeleceu a continuidade do foro por prerrogativa de função mesmo diante da cessação do vínculo, bem como em ações de improbidade administrativa. A lei foi questionada no STF na ADI nº 2.797/DF e na ADI nº 2.860/DF.

<sup>401</sup> MENDES, Gilmar F.; MARTINS, Ives G. da S. Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei nº 9868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 335.

inconstitucionalidade”

Marinoni também entende que o Legislativo não se vincula aos entendimentos firmados pelo Judiciário, argumentando que a interpretação da Constituição é compartilhada entre as instituições públicas e o povo que o Parlamento representa<sup>402</sup>.

A reedição da lei de idêntico teor ou de conteúdo análogo permite às instituições o diálogo. E a experiência nacional<sup>403</sup> e internacional<sup>404</sup> demonstram que é possível que os Tribunais revejam o seu entendimento.

Mesmo que se admitisse a proibição de reedição da lei, é curioso observar que a alteração da espécie legislativa no mínimo conduz a novos fundamentos. Por exemplo, após decisão do STF reputando inconstitucional a prática da vaquejada por crueldade contra os animais (art. 225, VII, da CF/88)<sup>405</sup>, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.364/2016 e a Emenda Constitucional nº 96/2017, elevando a prática esportiva à patrimônio cultural nacional<sup>406</sup>. Na medida em que o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais deve ser feito tão somente à luz de cláusulas pétreas<sup>407</sup>, a adoção do Congresso Nacional por

---

<sup>402</sup> MARINONI, Luis G. Op. cit., p. 331-376.

<sup>403</sup> Antes da Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010), havia sólido entendimento de que a inelegibilidade exigia o trânsito em julgado (cf., por todos: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AC nº 509 MC. Relator: Min. Eros Grau. DJ: 08.04.2005; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 144. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 26.02.2010). A Lei da Ficha Limpa alterou o entendimento do STF, impondo a inelegibilidade antes mesmo do trânsito em julgado, e foi declarada constitucional pelo Tribunal (ADC nº 29/DF e ADC nº 30/DF com apenso principal na ADI nº 4.578/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux, j. 15 e 16.02.2012, DJe 27.02.2021). Cite-se também a já mencionada Lei nº 11.301/2006, sobre o tempo de aposentadoria especial de professores. Após a legislação, alterando o entendimento jurisprudencial, propôs-se a ADI nº 3.772, de relatoria do Min. Carlos Britto, j. 29.10.2008, DJe 10.11.2008, que foi julgada apenas parcialmente procedente, mantendo a contagem do tempo para aposentadoria especial para atividades fora da sala de aula.

<sup>404</sup> Ao menos cinco decisões da Suprema Corte americana foram revistas por meio de emendas à Constituição: (i) Oregon v. Mitchell, 400 U.S. 112, 117-18 (1970), que estabeleceu que o Congresso americano não poderia estabelecer limite de idade para votações estaduais e municipais, foi revisto pela Emenda Constitucional 26; (ii) Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 158 U.S. 601, 637 (1895), que estabeleceu a impossibilidade de imposto federal baseado na renda sem a distribuição entre estados membros, foi afastado pela Emenda Constitucional nº 16; (iii) a possibilidade de veto ao voto feminino em Minor v. Happersett, 88 U.S. (21 Wall.) 162, 178 (1874) foi afastada pela Emenda Constitucional nº 19; (iv) Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393, 452-54 (1856), que estabeleceu que escravos não eram cidadãos, foi revisto pelas Emendas Constitucionais nº 13 e nº 14; (v) Chisholm v. Georgia, 2 U.S. (2 Dall.) 419, 452 (1793), que estabeleceu que cidadãos poderiam processar estados-membros nos quais não tinham residência, foi revisto pela Emenda Constitucional nº 11. Em que pese algumas dessas emendas constitucionais continham conteúdo análogo ao que anteriormente fora reputado inconstitucional pela Suprema Corte (por exemplo Minor v. Happersett), alguns dos casos aqui elencados, como Pollock e Chisholm repetem exatamente o entendimento que anteriormente fora reputado inconstitucional (MURRILL, Brandon J. *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*. Congressional Research Service, 54 p. set. 2018. Disponível em <<https://sgp.fas.org/crs/misc/R45319.pdf>>. Acesso em 26 dez 2022.

<sup>405</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 4.983. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 06.10.2016. DJe: 27.04.2017.

<sup>406</sup> Tais alterações legislativas foram questionadas pela Procuradoria-Geral da República e pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal nas ADIs nº 5.772/DF e nº 5.728/DF, respectivamente, e ainda pendentes de julgamento.

<sup>407</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 939. Relator: Min. Sydney Sanches. DJ:

essa espécie legislativa força o Supremo Tribunal Federal – caso mantenha o seu entendimento – à mudança de fundamento da decisão.

Dessa forma, é possível afirmar que, no Brasil, a declaração de inconstitucionalidade material pelo Supremo Tribunal Federal não tem o condão de interditar o debate sobre o tema, subsistindo, pois, a possibilidade de diálogo institucional.

A terceira situação que impediria o debate institucional seria a ausência de consenso político, isto é, situação em que o tema é tão polêmico que impede que o Legislativo atue de forma uníssona em face do Judiciário<sup>408</sup>.

Essa hipótese impeditiva do diálogo institucional também ocorre no Brasil: ainda em 2010 o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional os critérios de distribuição do Fundo de Participação dos Estados<sup>409</sup>, que deveriam vigorar até 2012. O Congresso Nacional não conseguiu chegar ao consenso, mantendo os critérios em 2013<sup>410</sup>, quando se aprovou nova lei (Lei Complementar nº 143/2013), que entrou em vigor apenas em 2016, ou seja, seis anos após a declaração de inconstitucionalidade e quatro após o término do prazo para edição de nova lei.

Ante o exposto, vislumbram-se situações de diálogos institucionais em âmbito nacional, podendo-se citar diversos casos e leis que transparecem a interação entre o Judiciário (mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal) e o Legislativo. Deve-se observar, contudo, as consequências da inexistência da cláusula *notwithstanding* e da possibilidade de reedição de lei reputada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A ausência de cláusula *notwithstanding* reforça a necessidade de se atentar mais para a reação legislativa e suas razões do que para a sua forma; afinal, na medida em que o Parlamento não dispõe de óbvio e direto mecanismo que permita a manutenção de leis

---

18.03.1994.

<sup>408</sup> É importante observar que Hogg e Bushell não traçaram distinções suficientes para identificar quando se teria o silêncio deliberado do legislador (que pode ser visto como uma forma de diálogo institucional) e o silêncio decorrente da ausência de consenso político. A indicação de tema polêmico por si só não é suficiente, bastando lembrar da criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADO nº 26. Relator: Min. Celso de Mello, j. 13.06.2019. DJe: 06.10.2020.), que foi alvo de diversas críticas por parlamentares. A ausência de lei posterior (seja convalidando ou reformando o entendimento firmado pelo STF) representaria um silêncio dialógico (isto é, um silêncio deliberado) ou a ausência de consenso político?

<sup>409</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 875. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.2010. DJe: 30.04.2010.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 1.987. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.2010. DJe: 30.04.2010.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 3.243. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 30.04.2010.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 2.727. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 30.04.2010.

<sup>410</sup> Governo vai manter repasse do FPE em 2013. Gazeta do Povo, 07 jan. 2013. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/governo-vai-manter-repasse-do-fpe-em-2013-5e6nbanem0dm7tgaqzahfmm71/>>. Acesso em 26 dez. 2022.

reputadas inconstitucionais, então deve-se atentar para a possibilidade de resposta difusa do Legislativo, que pode se dar de formas menos óbvias<sup>411</sup>.

Em relação à possibilidade de reedição de lei reputada inconstitucional, cumpre reafirmar que não há qualquer dispositivo que limite a atuação do Legislativo. Ao contrário, as leis ressaltam que mesmo na hipótese de declaração de inconstitucionalidade no bojo de controle abstrato, a vinculação se dá somente perante o Executivo e o Judiciário. De outro lado, sob a perspectiva teórica, não há como se tolerar o cerceamento da atividade própria do Legislativo. Afinal, se o Parlamento também é intérprete autêntico, no sentido de que também cria o direito, então não há como submeter ou limitar seu entendimento e sua interpretação à interpretação do Judiciário, sob pena de fossilização da Constituição e, ainda que de forma mitigada, de supremacia judicial perante outros poderes<sup>412</sup>.

É oportuno rechaçar a crítica doutrinária comum de que a possibilidade de reedição de lei julgada inconstitucional levaria ao caos institucional e a uma infundável disputa entre poderes. Ao contrário, e como já se manifestou o Min. Gilmar Mendes, nessa hipótese, o debate institucional deve continuar, como se observa do tema de teto remuneratório.

Logo no julgamento da ADI nº 14, de relatoria do Min. Célio Borja (DJ 28.09.1989), definiu-se que o teto remuneratório não englobava vantagens pessoais. Em resposta, a Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou a Constituição para afirmar que vantagens pessoais eram incluídas no teto remuneratório.

Diante dessa alteração legislativa, o STF se posicionou no sentido de que a disposição precisaria de regulamentação por meio de lei de iniciativa conjunta e que, enquanto não fosse promulgada a lei, vigorava o entendimento anterior. Na sequência, o Congresso promulgou a Emenda Constitucional nº 41/2003 para afirmar que o teto remuneratório era autoaplicável, sem possibilidade de direito adquirido e aplicável a todos. Diante da alteração legislativa, então, o STF entendeu que àqueles que ganhavam acima do teto antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 41/2003 tinham sua remuneração garantida, sob pena de ofensa ao direito adquirido<sup>413</sup>.

As idas e vindas e as sucessivas alterações no tema de teto remuneratório demonstram que não se cogita de caos institucional ou de infundável disputa entre os poderes – as decisões

---

<sup>411</sup> Por exemplo, é possível afirmar que a resolução do Senado Federal que suspende no território nacional lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF/88), é espécie de diálogo institucional; trata-se do Legislativo reconhecendo o acerto da decisão do Judiciário e conferindo efeito *erga omnes*.

<sup>412</sup> MARINONI, Luis G. Op. cit., p. 332-338.

<sup>413</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS nº 24.875. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.05.2006. DJe: 22.05.2006.

parlamentares e judiciais foram respeitadas nos seus termos e tempos de vigência e, além disso, não houve maiores prejuízos para a Administração Pública ou para a população, demonstrando que tais argumentos, com a devida vênia, sustentam-se mais em possibilidades absurdas e no medo que inspiram do que na realidade fática.

### 3.3 Diálogos institucionais: A perspectiva de Gargarella

Ao se debruçar sobre a teoria dos diálogos institucionais, Gargarella propõe uma abordagem diferente com um novo conceito de diálogo institucional, um novo fundamento teórico, e ressalta alguns aspectos teóricos e práticos que merecem aprofundamento<sup>414</sup>.

Primeiramente, Gargarella define diálogos institucionais como qualquer interação entre o Legislativo e o Judiciário. O diálogo entre instituições não se prende aos casos de controle de constitucionalidade, mas se dá em situações mais amplas, como audiências públicas, litígios estruturais, dentre outras.

Essa concepção mais ampla de diálogos institucionais se afigura particularmente proveitosa. Com efeito, a interação entre o Legislativo e o Judiciário vai muito além do controle de constitucionalidade: audiências públicas, propositura de projetos de lei a partir de membros do Poder Judiciário e composição de comissões de juristas para atualização de determinadas legislações são aspectos importantes para a compreensão do processo político e jurídico e não podem ser ignorados.

Em relação à fundamentação teórica, Gargarella questiona em que medida a teoria dos diálogos institucionais, que se pauta no diálogo entre instituições públicas em que uma reconhece e considera as razões da outra, se coaduna com os *checks and balances* e o fundamento teórico da separação de poderes enquanto mecanismo de controle do poder e de facções políticas, que surgiu em um contexto de intenso conflito social e de enorme desconfiança sobre o Legislativo. Diante da incongruência teórica dos diálogos institucionais e dos *checks and balances*, Gargarella propõe uma nova abordagem, aproximando o tema da teoria de Habermas<sup>415</sup>.

Segundo o autor, há diversas iniciativas dialógicas no Ocidente que se mostram vantajosas especialmente por contornarem as críticas democráticas ao Poder Judiciário e ao controle de constitucionalidade. Entretanto, diante da incompatibilidade teórica dos *checks*

---

<sup>414</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

<sup>415</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

*and balances* com o constitucionalismo dialógico, é necessário repensar as estruturas estatais e sociais para ressaltar os mecanismos dos diálogos institucionais.

Para justificar seu ponto, Gargarella recorda os pontos essenciais da teoria de Madison e a “lógica agonística, de conflito – a lógica da guerra”, a pretensão da teoria madisoniana de “organizar e conter o conflito social”<sup>416</sup>. Na sequência, o autor analisa que a importação da teoria de Madison para a América Latina sofreu de problemas tendo em vista as diferenças sociais. Enquanto nos Estados Unidos os *check and balances* serviram como um equilíbrio entre poderes, evitando a tirania de muitos ou de poucos; na América Latina, em razão de ausência de “estrutura institucional de base, capaz de organizar melhor à disputa pública”, os conflitos sociais se manifestaram de forma mais extrema, conduzindo ora para a tirania de muitos (por exemplo a Revolução Haitiana de 1804), ora para a tirania de poucos (os caudilhos)<sup>417</sup>.

A dinâmica peculiar da América Latina viabilizou um equilíbrio entre a ideologia liberal, que inspirou a teoria de Madison, e a ideologia conservadora típica da região, com maior intervenção da Igreja no Estado e uma preponderância do Executivo<sup>418</sup>.

Na sequência, considerando a dinâmica e as formas jurídicas específicas da América Latina, Gargarella se debruça sobre algumas tentativas de conciliação da separação de poderes e *checks and balances* com os diálogos institucionais.

O primeiro argumento seria o de que a manifestação de diferentes poderes e esferas governamentais sobre o assunto implica na moderação do debate e na revisão e avaliação das preferências de cada um dos grupos sociais.

Entretanto, o autor argumenta que é difícil comprovar a efetiva melhoria do debate público e a prevalência do melhor argumento, já que a escolha pode se dar por motivos

---

<sup>416</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 111-117.

<sup>417</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

<sup>418</sup> Especificamente no caso brasileiro, a importação dos *checks and balances* deve ser analisada com ainda mais cuidado, tendo em vista a peculiaridade histórica constitucional nacional em comparação com a América Latina. Como exposto, segundo Gargarella, ao longo de todo o século XIX a América espanhola sofreu influências da ideologia liberal norte-americana e, no que aqui importa, da separação de poderes. Diante da ausência de “estruturas de base”, os conflitos sociais se apresentaram de forma extremada e culminaram em instabilidade política, ora com regimes tirânicos de muitos, ora com regimes tirânicos de poucos. No Brasil, por outro lado, houve estabilidade política ao longo do século XIX (ressalvado o período de regência) com o Império. Nesse período, segundo Visconde do Uruguai, as instituições brasileiras se espelhavam na França napoleônica e a influência norte-americana só se fez presente no território nacional com a proclamação da República e teve resultados peculiares, já que o direito norte-americano não era adequado ao âmbito nacional, tampouco condizente com as estruturas tipicamente europeias que se tinha no Brasil. Ou seja, também no Brasil é possível identificar a importação imperfeita de estruturas jurídicas em razão da ausência de costumes, circunstâncias e tradição jurídica adequada. Dito isso, o que se observa são pontos de semelhança entre o Brasil e a América espanhola: há diferenças significativas entre os países latino-americanos (aí incluindo o Brasil) e os países modelos, o que exige adaptações conforme as circunstâncias nacionais por tentativa e erro e resultando na combinação de ideias contraditórias (como mencionado por Gargarella, o liberalismo autoritário).

diversos como, por exemplo, a barganha política, inexistindo clareza sobre as circunstâncias envolvidas na tomada de decisão.

Ademais, não há qualquer empecilho para que a separação absoluta de poderes ou outra forma de organização de poderes reflita a vontade popular, altere as preferências dos cidadãos ou a implemente de mecanismos inovadores de participação popular, o que acaba por retirar o mérito do argumento. É dizer, se a decisão adotada após os diálogos institucionais e a manifestação de diferentes poderes e esferas governamentais se revela melhor e mais consentânea com a vontade popular, isto se dá mais ao acaso do que por mérito do mecanismo.

Um segundo argumento de tentativa de conciliação entre diálogos institucionais, separação de poderes e *checks and balances* seria o de que as decisões judiciais suscitam paixões na sociedade, que então se mobilizaria para influir no Parlamento e, em última análise, no Judiciário, na medida em que as indicações ao Judiciário precisam da chancela do Parlamento. Entretanto, Gargarella pondera que a posição de superioridade e hierarquia das Cortes em relação à sociedade e a tendência de que membros do Judiciário – e especialmente da Suprema Corte – sejam oriundos da mesma classe social e pouco diversos em comparação com a sociedade, além da dificuldade de se alterar entendimentos judiciais, invalidam esse argumento.

Por tais motivos, o autor conclui que os diálogos institucionais e os *check and balances* não são compatíveis e é necessário conferir à teoria um novo fundamento teórico. Atualmente, o desenho institucional dos poderes constituídos, que conta com membros da mesma classe social, a hierarquia do Poder Judiciário e a distância entre os poderes e a sociedade – incluindo aí o Legislativo e a dificuldade de minorias se fazerem representadas – acabam inviabilizando o debate efetivo, produzindo muitas vezes um solilóquio judicial.

A solução seria a interpretação dos diálogos institucionais à luz da democracia deliberativa – assim compreendida a tomada de decisões públicas em um contexto amplo, de diálogo inclusivo, retomando explicitamente a “noção habermasiana através da qual as decisões justificadas são as que resultam de processos de discussão em que intervêm – a partir de uma posição de igualdade – todos os potencialmente afetados”<sup>419</sup> – o que conferiria maior imparcialidade, racionalidade e civilidade ao debate político, rompendo com o hiperpresidencialismo característico da América Latina<sup>420</sup> e o apequenamento do Legislativo

---

<sup>419</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 113.

<sup>420</sup> Gargarella é genérico ao definir o sistema hiperpresidencialista como aqueles em que “a discussão se encontra, de fato, substituída pelo poder de decisão mais ou menos discricionário do Executivo” (GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146). A doutrina identifica ao menos oito características do hiperpresidencialismo, assim

e da sociedade como meros receptores das decisões do Executivo.

Nesse ponto, é importante destacar que a mudança de perspectiva proposta por Gargarella não se resume à defesa de novas instituições e arranjos institucionais<sup>421</sup>, mas implica nova concepção de Estado e até mesmo de democracia.

Em termos ideais, a teoria de Madison pode ser identificada como modelo da democracia liberal, em que “o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado no interesse da sociedade”<sup>422</sup>, ou seja, os representantes da sociedade produzirão leis que atendem aos anseios dos cidadãos. Como consequência, a política serve para agregar os diferentes interesses sociais privados, impondo-os ao Estado, que figura como um organizador da ordem econômica<sup>423</sup>.

---

compreendido como o aumento exagerado das competências do Executivo em detrimento do Judiciário e do Legislativo: (i) a emissão de Decretos em circunstâncias de urgência e que alteram os procedimentos legislativos ordinários; (ii) a possibilidade de se atribuir urgência a determinados projetos de lei, que devem ser votados em determinado tempo; (iii) a exclusividade do Presidente para apresentar projetos de lei em assuntos econômicos e financeiros; (iv) a exclusividade na definição do orçamento público; (v) a submissão de aprovação de lei ao referendo popular; (vi) a possibilidade de veto parcial com envio de substitutivo; (vii) as reeleições indefinidas; e (viii) a possibilidade de dissolução do Congresso Nacional. (BASTOS JÚNIOR, Ronaldo C. O hiperpresidencialismo no novo constitucionalismo latino-americano: uma análise dos seus efeitos no regime político equatoriano. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas – Programa de Pós-Graduação em Direito. 232 f. Recife, 2018. Disponível em <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/34651/1/TESE%20Ronaldo%20Carvalho%20Bastos%20Junior.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2022).

<sup>421</sup> Em que pese o acerto de Gargarella ao identificar a incongruência teórica entre os diálogos institucionais e os *checks and balances*, e a inovadora abordagem da democracia deliberativa, há de se destacar a dificuldade que essa teoria traz consigo. Em primeiro lugar, a teoria de Habermas, adotada por Gargarella como fundamento teórico dos diálogos institucionais, tenta conciliar duas visões políticas distintas: a liberal, representada na democracia madisoniana, com foco no indivíduo e na proteção de direitos, com a tradição comunitária, cujo foco se dá nos instrumentos democráticos (destaque-se, novamente, para o aludido conflito entre democracia e direitos fundamentais). Para tanto, o foco da teoria reside no processo deliberativo, baseado na publicidade, racionalidade e igualdade, além da presunção de que a vontade pública é sensível à opinião popular. Ocorre que tais pressupostos não são facilmente identificados no cenário nacional, sendo questionável em que medida a população brasileira conhece o que está sendo votado ou mesmo como funcionam os mecanismos de votação no Congresso Nacional; ao revés, todos os dados indicam o contrário. (cf. 62% dos brasileiros não conhecem reformas que aguardam votação no Congresso. PODER 360, 3 fev. 2021. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/congresso/62-dos-brasileiros-nao-conhecem-reformas-que-aguardam-votacao-no-congresso/>>. Acesso em 26 dez. 2022).

A racionalidade também é limitada, na medida em que há desconhecimento do funcionamento do sistema político. (cf. Falta conhecimento do eleitor sobre o sistema político, apontada DataSenado. Senado Notícias, 17 mar. 2022. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/03/17/falta-conhecimento-do-eleitor-sobre-o-sistema-politico-aponta-datasenado>>. Acesso em 26 dez. 2022.), e a igualdade é questionável em face da desigualdade nacional. Em segundo lugar, é questionável em que medida a opinião popular molda a vontade pública, tendo em vista a grande desconfiança da sociedade com o Parlamento e a sensação de não representatividade, frequentemente constatadas em pesquisa de opinião. Com isso, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, quer-se apontar algumas das limitações da teoria de Habermas. Nada obstante, a adoção da teoria deliberativa como fundamento teórico dos diálogos institucionais revela-se provocativa e oportuna para análise do tema deste trabalho, expondo as limitações e falhas teóricas da visão tradicional dos diálogos institucionais e permitindo a verificação empírica de qual modelo, se de diálogo ou de *checks and balances*, prevalece na prática.

<sup>422</sup> HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: UNESP, 2018. p. 397.

<sup>423</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 405

O modelo habermasiano, por sua vez, estrutura-se em torno da deliberação e das condições da comunicação, analisando em que medida o processo democrático produz respostas racionais. Trata-se de considerar as diferentes formas de comunicação e como uma vontade comum se forma a partir dos diferentes elementos informativos<sup>424</sup>:

“Esse procedimento democrático estabelece uma relação interna entre negociações, discursos de autocompreensão e discursos de justiça e fundamenta a suposição de que sob tais condições são alcançados resultados racionais e equitativos. Com isso, a razão prática se desloca dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para situar-se naquelas regras discursivas e formas de argumentação que retiram seu teor normativo da base de validade da ação orientada ao entendimento, e, em última instância, da estrutura da comunicação linguística”

A deliberação prescinde de movimentos coletivos, bastando a institucionalização do procedimento deliberativo, que permitirá o debate parlamentar sobre o tema, ao tempo em que haverá o debate na sociedade e entre a sociedade e o corpo político. É essa relação entre o corpo político e a sociedade que viabiliza a cidadania.

Observe-se a sensível distinção: na democracia liberal, exemplificada na teoria madisoniana, o cidadão é visto como titular de direitos subjetivos que podem ser exercidos em face do Estado e de outros cidadãos, que devem ser protegidos pelo Estado. Aliás, o aparato estatal se justifica para proteção dos direitos e, *a fortiori*, organização das relações econômicas.

Na democracia deliberativa, por outro lado, a cidadania depende da relação entre o Estado e a sociedade, que não se esgota nas relações econômicas (característica do modelo de Madison), mas engloba qualquer coletivo, movimento ou associação que possa canalizar os problemas sociais para a esfera política.

Na teoria madisoniana, os direitos, mesmo os políticos, possuem um caráter negativo “que garantem um espaço de escolha no qual as pessoas de direitos estão livres de coação externa”<sup>425</sup> – condizente com a ideia de que o Estado deve ser configurado conforme os interesses dos cidadãos, que em sua esfera de direitos gozam da máxima liberdade.

Na democracia deliberativa, por sua vez, o direito deixa de ser visto como simples

---

<sup>424</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 410.

Habermas afirma que é necessário considerar a autocompreensão ética (a forma como os participantes se veem enquanto membros de uma comunidade política e como agir, quais valores adotam), o equilíbrio de interesses e compromissos (que muitas vezes são utilizados no processo político como forma de obtenção de maioria), a racionalidade com respeito a fins, a coerência jurídica e a fundamentação moral.

<sup>425</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 399.

instrumento para garantia de direitos subjetivos, afigurando-se como normativo, mas falho<sup>426</sup>, e que cumpre, sobretudo, um papel de integração social.

Isto é, em Habermas, o direito cumpre o papel de determinar e, em certa medida, fundamentar, os rumos da sociedade, a sua forma de agir e de ser, a forma como a sociedade se vê. O direito passa a ser algo reflexivo, produzido pela sociedade (mais especificamente, pelo Parlamento, formado por representantes populares, após a devida apreensão dos problemas sociais) e com objetivo de ditar os rumos da sociedade.

Essa distinção é especialmente sensível: na visão de Madison, o direito é heterônomo e se fecha em si, enquanto na visão habermasiana os receptores do direito (sociedade) também são seus produtores, derivando do discurso e da deliberação política e, por derivar desse discurso e da sociedade, o direito não se fecha em si mesmo, mas requer comprovação no mundo dos fatos, daí a sua falibilidade e os seus questionamentos.

Outra sensível alteração diz respeito à soberania popular, que deixa de se associar à formação da vontade que legitima o exercício do poder político – isto é, nas eleições – e repousa no processo deliberativo, nas interações entre a sociedade e a esfera política.

É evidente, portanto, as profundas modificações sugeridas por Gargarella, que não se esgotam na necessidade de novas formas de interação entre os poderes, mas significam uma outra forma de se conceber e aplicar o direito.

Em primeiro lugar, há uma alteração da concepção de diálogo: enquanto Hogg e Bushell tratam o tema de maneira formal, bastando a simples reação consciente do Legislativo ao Judiciário, Gargarella aborda o tema de maneira discursiva, buscando, a partir do procedimentalismo, a construção e coerção do melhor argumento.

A crítica de Gargarella se apresenta certa ao afirmar que os *checks and balances* foram inspirados em um cenário de confronto social radicalmente distinto do constitucionalismo dialógico, de modo que a acomodação de instrumentos e medidas de cooperação e diálogo exigem esforços e adaptações, com tendência de se tornarem débeis. É revelador que audiências públicas no âmbito do Judiciário sejam, muitas vezes, infrutíferas e objeto de críticas relevantes, como por exemplo: as dificuldades de participação, seja sob a perspectiva técnica, de domínio da linguagem ali adotada, seja sob a perspectiva de dificuldades de acesso; a possibilidade de se desconsiderar o resultado das audiências públicas;

---

<sup>426</sup> “uma norma jurídica, embora válida, pode a todo tempo ser questionada abrindo espaço para a sua própria revogação. Assim o Direito tem que estabilizar-se enquanto ordem normativo e, ao mesmo tempo, falível” (MOREIRA, Luiz. Fundamentação do direito em Habermas. 4ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 138).

a discricionariedade de se admitir participantes; e a ausência de um efetivo diálogo entre os participantes, que fazem manifestações isoladas, sem procurar refutar os argumentos contrários<sup>427</sup>.

A perspectiva de Gargarella também é oportuna ao considerar alguns aspectos peculiares da América Latina como, por exemplo, o hiperpresidencialismo e as diferentes posições das instituições. Com efeito, o autor argumenta que o comportamento das instituições e a posição de superioridade normalmente ocupada pelo Judiciário é impeditivo do diálogo.

Nesse ponto, Gargarella enfrenta o que possivelmente é a maior distinção entre os diálogos institucionais no contexto canadense, de controle de constitucionalidade fraco, e os diálogos institucionais no Brasil, em que vigora um sistema de controle forte<sup>428</sup>: se o Judiciário ocupar o papel de superioridade que normalmente lhe é atribuído, não há como se ter o diálogo institucional.

O ponto fulcral é que em um contexto de controle de constitucionalidade fraco, a Corte constitucional não possui mecanismos para dar cumprimento às suas decisões, cabendo ao Parlamento a decisão, isto é, cabe ao Parlamento dar resposta ao Judiciário. No contexto de controle de constitucionalidade forte, de outro modo, a Corte constitucional possui mecanismos para dar cumprimento às suas decisões e caso a alteração legislativa seja questionada em juízo, caberá ao tribunal constitucional decidir a questão. Eventual comportamento refratário do Judiciário, reputando inconstitucional a alteração legislativa por motivos genéricos impedirá a concretização do diálogo institucional.

Ou seja, em um contexto de controle de constitucionalidade fraco, o diálogo institucional é ditado pelo Legislativo, havendo aqui um verdadeiro estímulo ao consenso, como anteriormente destacado. Por outro lado, em um contexto de controle de constitucionalidade forte, o diálogo institucional é ditado pelo Judiciário, que pode julgar inconstitucional a alteração legislativa promovida.

Para a configuração e realização dos diálogos institucionais em um país de controle de constitucionalidade forte como o Brasil é necessário, portanto, que os Tribunais tenham certa abertura argumentativa, em outras palavras, que estejam dispostos a reapreciar o tema. É deste tópico em particular que se cuida a próxima seção do trabalho.

---

<sup>427</sup> PINHÃO, Karina A. G. A inserção das audiências públicas: reforço ou enfraquecimento da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal? *Revista Estudos Institucionais*, v. 4. n. 1, p. 460-483, 2018. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/216/228>>. Acesso em 26 dez. 2022.

<sup>428</sup> O controle de constitucionalidade forte significa que a Suprema Corte possui mecanismos para dar eficácia às suas decisões (TUSHNET, Mark. Op. cit.)

### 3.4 A importância do comportamento do Judiciário perante os diálogos institucionais

A crítica de Gargarella<sup>429</sup> é precisa no que toca à baixa representatividade do Legislativo e do Judiciário<sup>430</sup> e às diferentes posições das instituições como impeditivos do diálogo. O comportamento das instituições e a posição de superioridade normalmente ocupada pelo Judiciário muitas vezes é impeditivo do diálogo institucional.

Observe-se, por exemplo, o julgamento da ADI nº 5.105, de relatoria do Min. Luiz Fux (DJe 14.10.2015), em que se discutia o direito de antena, isto é, o tempo de propaganda eleitoral na televisão, e de acesso ao fundo partidário aos partidos políticos.

O tema fora primeiramente submetido ao crivo do Judiciário no julgamento da ADI nº 4.430, de relatoria do Min. Dias Toffoli (DJe 30.10.2013), e da ADI nº 4.795, também de relatoria do Min. Dias Toffoli (DJe 30.10.2013). Nessas duas ações debateu-se, em síntese, a necessidade de se ter representante na Câmara dos Deputados para se ter acesso ao fundo partidário e à propaganda eleitoral, o que foi reputado inconstitucional pela Suprema Corte. Na ocasião, decidiu-se que os partidos criados após a eleição levariam consigo a representação de congressistas que mudassem de agremiação para fins de acesso proporcional ao tempo de propaganda eleitoral e de fundo partidário. Na sequência, o Congresso Nacional editou lei em sentido contrário, estabelecendo que em caso de mudança de agremiação, o fundo partidário e o tempo de propaganda eleitoral não iriam para o novo partido, mas ficariam com o partido pelo qual o congressista foi eleito.

A nova legislação foi questionada no bojo da já mencionada ADI nº 5.105, aduzindo a violação direta ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nas ADIs nº 4.430 e nº 4.795. O relator principiou por destacar que, sob uma perspectiva formal, o Judiciário – e notadamente o Supremo Tribunal Federal – detém a última palavra como decorrência do Estado Democrático de Direito. Contudo, segundo o relator, sob a perspectiva material não

---

<sup>429</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

<sup>430</sup> O Poder Judiciário enfrenta uma ausência de diversidade ainda mais expressiva que no Legislativo. Diversos estudos já foram realizados destacando a ausência de mulheres (cf. ROCHA, Marcelo. Pesquisa retrata a falta de diversidade na cúpula do Judiciário brasileiro. UOL, 08 mar. 2022. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/03/pesquisa-retrata-a-falta-de-diversidade-na-cupula-do-judiciario-brasileiro.shtml>>. Acesso em 26 dez. 2022) e de negros (cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2022)

haveria que se falar em supremacia judicial, que seria indesejável sob a perspectiva pragmática e não confirmada em perspectiva histórica.

O Ministro Luiz Fux, então, se pôs a relatar os principais casos em que se identificou, seja por lei ordinária seja por emenda constitucional, o “ativismo congressual”, isto é, a reação do Congresso Nacional à jurisprudência vigente.<sup>431</sup> Concluiu-se (i) que o STF não impede *ex ante* a possibilidade do Legislativo se corrigir; (ii) que caso a resposta do Congresso se dê por emenda à Constituição, a inconstitucionalidade se dará somente diante de cláusulas pétreas; e (iii) que caso a resposta do Congresso se dê por meio de lei ordinária, “excetuadas as situações de ofensa chapada ao texto magno, a Corte tem adotado um comportamento de autorrestrrição e de maior deferência às opções políticas do legislador”<sup>432</sup>.

Dessa forma, não haveria qualquer óbice para que o Legislativo reeditasse ato normativo eventualmente declarado inconstitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, diante da nova lei, apreciar novamente a causa e a legislação, considerando, de forma fundamentada, os novos argumentos trazidos à Corte por outros intérpretes da Constituição.<sup>433</sup> A decisão do Supremo Tribunal Federal, nessa hipótese, encerra a “rodada procedimental” e estimula o debate – seria uma espécie de “última palavra provisória”.

Entretanto, é interessante observar que a superação desse entendimento condiciona-se a certo ônus argumentativo a depender da espécie legislativa adotada. Segundo o Ministro relator, a superação jurisprudencial por meio de emenda constitucional altera o parâmetro da decisão judicial e seu controle deve ser feito com base nas cláusulas pétreas. Por outro lado, se a superação se der por meio de lei, há presunção de inconstitucionalidade, cabendo ao legislador demonstrar a higidez da nova legislação e a necessidade de superação do entendimento judicial. Colhe-se do voto<sup>434</sup>:

“Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa, que se caracteriza, de acordo com o escólio do Professor e hoje Ministro Luís Roberto Barroso, “quando, por ato normativo primário, procurar-se modificar a interpretação que tenha sido dada a alguma norma constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito

---

<sup>431</sup> O Ministro Luiz Fux cita as Emendas Constitucionais nº 41/2003, nº 52/2006, nº 57/2008, nº 58/2009, e as Leis nº 10.628/2002 e nº 11.301/2006, bem como a Lei Complementar nº 135/2010.

<sup>432</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 5.105. Relator: Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015. DJe: 14.10.2015.

<sup>433</sup> De se destacar que a multiplicidade de intérpretes da Constituição decorreria, segundo o Ministro Luiz Fux, da limitação de poderes, o que é inerente à separação de poderes.

<sup>434</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 5.105. Relator: Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015. DJe: 14.10.2015.

Constitucional Contemporâneo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167)

Em outras palavras, a novel legislação que frontalmente colida com a jurisprudência (leis in your face) se submete, a meu juízo, a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, pelo simples fato de já existir um pronunciamento da Suprema Corte.”

O Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o Ministro Fux, mencionando três formas por meio das quais pode se dar o diálogo institucional: (i) o STF pode estimular o debate institucional, clamando ao Congresso Nacional que revise determinada legislação; (ii) o STF pode estimular o debate institucional, estabelecendo o regramento a ser adotado em caso de omissão do Congresso Nacional; (iii) a revisão legislativa da jurisprudência por meio de emenda à Constituição ou por meio de lei<sup>435</sup>.

A revisão por meio de lei, segundo o Ministro Barroso, “pressupõe que exista mais de uma interpretação constitucional possível e válida para que o Congresso possa optar por uma diferente daquela que o Supremo optou” e impõe ao Congresso Nacional ônus argumentativo, que deve demonstrar o porquê se escolheu aquela interpretação<sup>436</sup>.

O Ministro Teori Zavascki concordou com o Ministro Barroso, no sentido de que inicialmente não é legítima a revisão da jurisprudência por meio de lei ordinária. Todavia, alertou que esse argumento perpassa pela vinculação dos fundamentos das decisões, bem como pelo contexto em que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi prolatada. Caso haja sensível alteração dessa realidade, o Ministro entendeu que seria possível a revisão da jurisprudência por meio de lei ordinária.

O Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Edson Fachin se posicionaram em sentido contrário, entendendo pela possibilidade do Congresso Nacional reanalisar os fatos e circunstâncias que ensejaram a legislação.

Notadamente, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que é indiferente que a revisão seja operacionalizada por emenda à Constituição ou por lei ordinária, importando mais o estímulo à reflexão a partir das diferentes interpretações da Constituição. Sobre o ônus argumentativo do Congresso Nacional ao revisar a jurisprudência, o Ministro afirmou<sup>437</sup>:

E há outra pergunta que me ocorre. Tem de haver exigência de uma fundamentação reiterada do legislador para a mudança. Nós sabemos que, na prática, é difícil se exigir isso. O que podemos fazer? Avaliar, talvez, os projetos, as justificativas, as exposições de motivos. Mas claro que isso é insuficiente. O que nos cabe é fazer uma análise objetiva das razões da Lei. Haveria justificativa para a mudança? Até porque, do contrário, podemos, como estamos fazendo, declarar a inconstitucionalidade da norma, mas essa é uma forma relativamente

---

<sup>435</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI nº 5.105. Relator: Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015. DJe: 14.10.2015.

<sup>436</sup> Idem.

<sup>437</sup> Idem.

pacífica, tranquila, de diálogo institucional.

Em casos de diálogos institucionais, essa divisão é frequente. Recorde-se da já citada ADI nº 2.860, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence (DJ 26.09.2005). Nesse julgamento, o Ministro relator, prolator do voto vencedor, defendeu que o Congresso deve sempre observar o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao legislar, de modo que haveria intensa supremacia do Judiciário perante o Congresso Nacional. O Ministro Eros Grau também defendeu a supremacia do Judiciário, mas apenas quando for o caso de interpretação constitucional. Por sua vez, em sentido contrário, votou o Ministro Gilmar Mendes, defendendo a possibilidade do Congresso Nacional interpretar livremente a questão em qualquer hipótese.

No âmbito doutrinário, a necessidade de fundamentação do Congresso Nacional e a superação dos argumentos do Judiciário foi defendida por Marinoni<sup>438</sup>. Segundo o autor, em três situações seria possível o Legislativo editar lei sem necessidade de tentar superar a interpretação da Corte Constitucional: (i) diante da modificação de fatos e valores sociais; (ii) em caso de *distinguishing*<sup>439</sup>; e (iii) quando for provável o *overruling* da Corte<sup>440</sup>.

Fora dessas hipóteses, o Congresso deve justificar a reedição de lei ou adoção de interpretação de lei anteriormente declarada inconstitucional e, segundo o autor, o ônus argumentativo é distinto conforme haja consenso quanto aos fundamentos de inconstitucionalidade.

Caso o entendimento seja pela inconstitucionalidade da lei ou interpretação, mas os fundamentos dos votos sejam distintos, então o Congresso não precisa superar os fundamentos do Judiciário (a não ser em caso de reedição da lei). Por outro lado, caso haja convergência em relação ao fundamento da inconstitucionalidade, então o Congresso deve superar os fundamentos da inconstitucionalidade.

De todo o exposto, percebe-se que há duas correntes dentro do Supremo Tribunal Federal atual sobre o tema. Uma na qual se inserem os Ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, que confere grande importância à forma de reação legislativa e preconiza certa

---

<sup>438</sup> MARINONI, Luis G. Op. cit., p. 339-376.

<sup>439</sup> O *distinguishing* legislativo é distinto do *distinguishing* judicial porque o primeiro se orienta para o fenômeno jurígeno, sem amarras de precedentes ou beneficiar uma parte e prejudicar outro. O *distinguishing* legislativo depende em primeiro lugar da vontade do Parlamento e em segundo lugar, do objetivo perquirido. Caso a declaração de inconstitucionalidade tenha se dado em relação à forma do objetivo perquirido, então a edição de nova lei, com novo formato de atendimento do objetivo perquirido, não necessita de justificativa. (MARINONI, Luis G. Op. cit., p. 345-350)

<sup>440</sup> Seria o caso de lei em sentido contrário a precedente que, embora vigente, não possui mais respaldo social ou mesmo jurídico. (MARINONI, Luis G. Op. cit. P. 347-350)

supremacia judicial, que existiria em um plano formal e em caso da reação legislativa se dar por meio de lei, que seria promulgada com presunção de inconstitucionalidade.

E outra, uma segunda corrente, na qual se inserem os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, que entende ser indiferente a forma de reação legislativa e que o objeto de preocupação deve ser a reflexão em si sobre o que é a Constituição e a lei. Para essa segunda corrente, não há qualquer óbice na reedição de lei anteriormente julgada inconstitucional e o ônus argumentativo reside nas razões da mudança legislativa.

As sutis diferenças entre as correntes são cruciais para o tema dos diálogos institucionais: a supremacia judicial, ainda que parcial, como defende o Ministro Eros Grau, acaba por fulminar a sua prática e por fossilizar o entendimento exarado pelo Judiciário.

Ora, tem-se em primeiro lugar que o juiz é intérprete autêntico do direito, mas também o é o Congresso Nacional, inexistindo qualquer hierarquia, lógica ou normativa, entre os diferentes órgãos e poderes, de modo que não há justificativa para a supremacia judicial.

De outro lado, a fossilização do entendimento de certo poder, notadamente do Poder Judiciário, apresenta-se nefasta à democracia, inviabilizando a mudança de compreensão do tema, seja por mudança social ou em razão de novos fatos.

Mesmo na hipótese defendida pelo Ministro Luiz Fux, em que a supremacia judicial se daria de forma relativa na presunção de inconstitucionalidade da lei, é de se questionar: quem e por quais critérios se avalia os argumentos do Congresso Nacional? Como aferir se as razões legislativas superam ou não as razões judiciais? E na hipótese em que a lei promulgada é radicalmente distinta da proposta de lei – como no caso que motiva o presente estudo – como realizar tal avaliação, na medida em que parcela dos estudos e manifestações perante o Congresso Nacional seguiram em sentido contrário? Aliás, se a presunção é de constitucionalidade da lei, por que haveria nesta hipótese a presunção de inconstitucionalidade? Por que não seria possível a reavaliação fático-normativa?

Certamente que a alteração legislativa exige uma justificativa – trata-se de basilar garantia do devido processo legislativo<sup>441</sup> – como bem destacou o Ministro Gilmar Mendes, mas não há como exigir a superação dos argumentos, como pretende a corrente majoritária, a qual, ademais, deixa de considerar que o diálogo pode se estabelecer inclusive de formas pouco

---

<sup>441</sup> Trata-se, primeiramente, de garantia prevista em lei (art. 233 e 238, do RISF; art. 107, §1º, do RICD). Não fosse o suficiente, entendimento contrário implicaria a arbitrariedade e a ofensa ao princípio democrático e ao direito à boa Administração Pública (SILVA, Reginaldo P. Justificação como requisito essencial do devido processo legislativo: o caso da estimativa de impacto fiscal das proposições legislativas. 2018. 61 p. Pós-graduação *lato sensu* em Orçamento Público. Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/556136>>. Acesso em 26 dez 2022).

óbvias<sup>442</sup>.

A exigência de superação dos argumentos é particularmente interessante, tendo em vista que cabe ao próprio Judiciário decidir se seus fundamentos foram ou não superados. Outrossim, é vago esse dever de argumentação do Congresso Nacional. Como se desincumbir do ônus? Na justificativa do projeto? Nos pareceres das comissões? Nos debates parlamentares? São questões em aberto e que demonstram o acerto da corrente minoritária.

Tais exemplos demonstram o acerto de Gargarella: vê-se que a diferença de posição entre os comunicantes é fator essencial para o diálogo e que normalmente é um entrave – há, sem dúvida, certa resistência do Judiciário em reconhecer a possibilidade do Congresso Nacional também interpretar a Constituição e superar a jurisprudência.

---

<sup>442</sup> Cite-se, por exemplo, o decreto legislativo que confere efeito *erga omnes* à decisão judicial (art. 52, X, da CF/88).

## **CONCLUSÃO: LIA E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS**

Como exposto ao longo deste trabalho, a LIA foi profundamente alterada pela Lei nº 14.230/2021, com nítido objetivo de alterar o entendimento então vigente no Judiciário. A análise detalhada do processo legislativo revelou que as alterações se deram por iniciativa dos congressistas após as audiências públicas, contrariando a proposta original formulada pela Comissão de Juristas presidida por Ministro do Superior Tribunal de Justiça no sentido da incorporação da jurisprudência então vigente.

Como analisar essa diferença entre a proposta legislativa e a norma sancionada? Como entender as alterações promovidas pelo Congresso Nacional e o que elas revelam? Uma forma de análise desses questionamentos se dá a partir da teoria dos diálogos institucionais acima exposta, que se apresenta apropriada ao caso por se debruçar exatamente na relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, e no desenho institucional desses poderes.

De pronto, cumpre repisar o diálogo institucional como a interação entre as instituições e diferentes poderes para solução de temas controvertidos. Esse conceito alargado de diálogo institucional permite a sua utilização para situações infraconstitucionais e até mesmo para situações como audiências públicas, amplamente adotadas no caso da NLIA.

Embora o instrumental dos diálogos institucionais tenha sido desenvolvido à luz da Constituição, cuja interpretação possui peculiaridades, certo é que não há qualquer óbice para a aplicação desse instrumental para outras situações que não envolvam diretamente a Suprema Corte e matérias estritamente constitucionais. Aliás, cumpre observar que não é possível impedir a reação do Poder Legislativo a decisões e entendimentos do Poder Judiciário em nível infraconstitucional, sob pena de alijar o Legislativo de sua soberania e de sua posição de intérprete autêntico, além de conferir indevido monopólio da interpretação legal ao Judiciário.

Recorde-se que a interpretação judicial não necessariamente é a melhor leitura da Constituição, de modo que é importante resguardar a possibilidade do Legislativo atuar e reagir aos entendimentos judiciais. E se o Congresso Nacional pode reagir a decisões e entendimentos infraconstitucionais, então não há qualquer razão para se restringir a teoria dos diálogos institucionais ao âmbito estritamente constitucional.

Ademais, na medida em que os poderes são interdependentes entre si, como dispõe o artigo 2º da CF/88 e a separação de poderes acima exposta, a utilização da teoria dos diálogos institucionais apenas à seara constitucional implicaria a debilidade da própria teoria, que analisaria somente uma pequena fração das possíveis interações entre os diferentes poderes e

ignoraria parte substancial do Poder Judiciário.<sup>443</sup>

Bem assentado o conceito de diálogo institucional em sua perspectiva ampliada; prosseguindo à análise deste trabalho, sua hipótese e seus objetivos, é necessário em primeiro lugar analisar e confirmar se de fato houve o efetivo diálogo institucional<sup>444</sup>.

Para tanto, em primeiro lugar, é preciso se qualificar o que se entende por diálogos institucionais, haja vista as diferentes abordagens do tema. Hogg e Bushell<sup>445</sup> tratam o tema de maneira estritamente formal e qualquer reação consciente do Legislativo ao Judiciário configuraria o diálogo institucional. Gargarella<sup>446</sup>, por sua vez, aborda o tema sob a perspectiva de forma deliberativa, o que pressupõe a coerção do melhor argumento. Isto é, Gargarella pressupõe que no debate legislativo o melhor argumento será majoritário e, enquanto resposta ao Judiciário, superará os argumentos desse Poder.

Sob a perspectiva formal proposta por Hogg e Bushell, é evidente que a Lei nº 14.230/2021 configura diálogo institucional e não há qualquer dificuldade de caracterização da resposta do Congresso Nacional ao Poder Judiciário: o Judiciário possuía sólida jurisprudência sobre a Lei de Improbidade Administrativa em seus mínimos detalhes, como exposto na pesquisa.

Ao iniciar os estudos para alteração da lei, o Congresso Nacional formou Comissão de Juristas coordenada por Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que, enquanto tribunal de superposição da matéria infraconstitucional, orienta a interpretação da lei em nível nacional. A relatoria da comissão coube a Desembargador Federal, demonstrando, pois, a iniciativa dialógica do Parlamento e a deferência ao Judiciário e seu entendimento.

O trabalho da Comissão, como visto, resultou em PL que tinha por objetivo explícito e declarado a incorporação da jurisprudência do STJ sobre o tema, tendo sido exaustivamente debatido em audiências públicas nas quais a sociedade civil se fez representada, ora elogiando, ora criticando, a jurisprudência do STJ.

---

<sup>443</sup> Cite-se, dentre outros casos de diálogo institucional em nível infraconstitucional: a taxatividade ou não do rol da Agência Nacional de Saúde (ANS). O STJ decidiu que o rol da ANS era taxativo e os planos de saúde eram obrigados a cobrir apenas os procedimentos ali previstos. Sobreveio então lei estabelecendo que o rol da ANS é exemplificativo. Cite-se, ademais, a inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS, que foi afetado a repetitivo no STJ (tema nº 986) após decisões em âmbito regional favorável aos contribuintes, e definitivamente afastado por meio da Lei Complementar nº 194/2022.

<sup>444</sup> É oportuno destacar que a NLIA não pode ser enquadrada como *backlash*, que pode ser conceituado como a reação social à atos do Poder Público ou, em termos mais estreitos, como reações sociais e/ou estatais, lícitas ou ilícitas, que questionam atos ou decisões do Judiciário (FONTELES, Samuel S. *Direito e backlash*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.). Isto é, o *backlash* é a intensa e continuada reação social às decisões judiciais (MARINONI, Luis G. Op. cit.), o que efetivamente não houve no caso da improbidade.

<sup>445</sup> HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Alisson A. Op. cit., p. 13-43.

<sup>446</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

A lei aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, por outro lado, caminhou no sentido oposto, renegando o entendimento e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Não há dúvidas, portanto, da existência do diálogo institucional entre o Legislativo e o Judiciário sob a perspectiva formal.

Sob a perspectiva deliberativa proposta por Gargarella, não é possível afirmar que a Lei nº 14.230/2021 configura diálogo institucional. Não houve a busca pelo melhor argumento, antes, as ideias foram expostas individualmente e não houve qualquer tentativa pelos palestrantes ou deputados de superar este ou aquele argumento. Aliás, dificilmente se pode afirmar que a NLIA expressa o melhor argumento sobre improbidade administrativa. Como exposto, trata-se de lei com respaldo doutrinário e que vai de encontro ao entendimento judicial então vigente, mas é difícil avaliar se se trata do melhor argumento.

Ademais, a teoria habermasiana pressupõe o debate social sobre os temas decididos no Parlamento, que funcionaria, em termos técnicos, como local de reprodução do debate social. Todavia, não se observa no caso da NLIA a canalização da vontade popular: o site do Senado Federal registrou apenas cento e setenta participações populares<sup>447</sup> e não houve, durante o processo legislativo, notícias em jornais sobre o tema, tanto que após a aprovação legislativa acusou-se a aprovação do PL a “toque de caixa”, o que demonstra que o assunto não suscitou maiores debates na sociedade durante sua tramitação.

Tal constatação tem algumas diferenças que devem ser pontuadas. Hogg e Bushell<sup>448</sup> inserem os diálogos institucionais como mecanismo de *checks and balances* e tomam por base o modelo da democracia liberal, o que significa (i) que o Estado formula leis para atender aos anseios populares, que são agregados no processo político e são impostos ao Estado; (ii) que o Estado tem por finalidade a proteção do cidadão e seus direitos, que representam uma zona negativa de liberdade, em que não se tolera a importunação estatal; e (iii) que a legitimidade repousa na formação do poder político, isto é, nas eleições.

Gargarella<sup>449</sup>, por sua vez, argumenta que os diálogos institucionais necessitam de um novo marco teórico, mais consentâneo com a figura do diálogo, sugerindo a democracia deliberativa e o pensamento de Habermas. Como consequência, tem-se (i) que o processo democrático não tem por finalidade a programação do Estado e a elaboração de leis que atendam os anseios populares, mas é a própria deliberação e a capacidade de respostas

---

<sup>447</sup> Para maior compreensão dos dados, as informações atinentes à mencionada consulta pública encontram-se disponíveis no sítio eletrônico do Senado Federal: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149081>. Acesso em 14 jan de 2023.

<sup>448</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. Op. cit., p. 13-43.

<sup>449</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

racionais que surjam daí; (ii) que a legitimidade repousa na deliberação em si; (iii) que o direito é reflexivo – feito pela sociedade para se autorregular e alterar os seus rumos; e (iv) que a cidadania não é uma zona negativa de liberdade em que não se tolera a importunação estatal, mas sim uma relação entre o sujeito de direitos e o Estado, bem como qualquer outro movimento que possa canalizar problemas sociais para a esfera política.

Afirmar que a NLIA configura diálogo institucional conforme a proposta de Hogg e Bushell implica, portanto, (i) reconhecer que o Congresso Nacional atuou para limitar os poderes do Poder Judiciário; (ii) reconhecer a programação estatal em torno da NLIA; e (iii) reconhecer que a NLIA preconiza certo ideal de liberdade de zona negativa a ser protegido.

E, de fato, observa-se que (i) o Congresso Nacional atuou para limitar os poderes do Judiciário, como a pesquisa ressaltou. Para além dos diálogos proferidos na Comissão Especial, que ressaltavam os excessos cometidos pelo Judiciário, a própria estrutura normativa da lei transparece essa intenção, delimitando o conceito de ato de improbidade administrativa, exigindo a demonstração de dano e má-fé para caracterização de atos ímprobos, exigindo a demonstração de urgência para a indisponibilidade de bens, afirmando que a interpretação de lei ou contrato baseada em jurisprudência, ainda que não dominante, não configura ato de improbidade etc.

Também se observa (ii) a programação estatal em torno da NLIA. É cediço que o paradigma da democracia liberal implica a programação estatal. Em outras palavras, o processo político – tanto as eleições, quanto as votações de projetos de lei – se justifica e se dá como mecanismo de agregação de preferências que, como exposto ao longo da pesquisa, são impostas ao Estado, culminando em leis que contemplem esses interesses. Isto é, o Estado é programado para agir de determinada forma, protegendo determinado interesse.

É o que se observa com a NLIA, como transparecem as audiências públicas. Diversos grupos de interesse se fizeram representados na Comissão Especial a partir de congressistas e principalmente palestrantes, que defenderam diversos pontos de vista. O processo político cuidou de agrupar tais interesses e contemplá-los na NLIA.

Por último, também se percebe (iii) o ideal de liberdade de zona negativa a ser protegido. Nesse sentido, inúmeros discursos dos congressistas reclamavam da interferência indevida do Poder Judiciário e do Ministério Público em aspectos que deveriam ser reservados à Administração Pública,<sup>450</sup> sem interferências.

Avançando na hipótese do trabalho, de que a teoria dos diálogos institucionais tem

---

<sup>450</sup> Retome-se aqui a ideia de reserva de administração.

potencial explicativo para fenômenos do direito e da política nacional, observa-se que sim, mas é necessário adaptar alguns aspectos.

Como mencionou Gargarella,<sup>451</sup> há na América Latina e no Brasil certa assimetria entre a posição do Judiciário e do Legislativo. Tal assimetria pode ser explicada porque o Legislativo se vê premido, por um lado, por Executivos fortes e por vezes caracterizados como hiperpresidencialistas; e, por outro, pelo Judiciário e o controle de constitucionalidade forte.

Não há como ignorar essas sensíveis diferenças. Pode-se afirmar, em termos democráticos, que há vantagens em se atribuir ao Congresso Nacional a definição de temas complexos. Nesse sentido, observe-se a composição da Comissão Especial foi plural, bem como os palestrantes, resultando em lei que contemplou diversos grupos de interesse.<sup>452</sup> A propósito, esse aspecto em particular demonstra as vantagens democráticas de se delegar ao Congresso Nacional a definição de temas complexos: enquanto as audiências públicas no Judiciário costumam ser protocolares e de pouco efeito prático<sup>453</sup>, as audiências públicas no âmbito do Legislativo se revelam efetivas e de fato alteram o processo legislativo, como se observa da NLIA.<sup>454</sup>

---

<sup>451</sup> GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 108-146.

<sup>452</sup> Embora tenha sido dito que a NLIA em grande parte buscou se afastar da jurisprudência então praticada pelo STJ, não há como afirmar que os interesses dos Municípios – encampados pela Confederação Nacional de Municípios (CNM) e pela Frente Nacional de Prefeitos (FNP) – e os interesses da advocacia tenham sido integralmente atendidos. Com efeito, observa-se que a NLIA, em algumas partes, manteve a jurisprudência do STJ, cite-se, por exemplo, a ampla legitimidade passiva. Em outras, a norma promoveu alterações que não se revelam aprioristicamente benéficas ou maléficas como, por exemplo, a dosimetria. Noutras, a NLIA contemplou os interesses do Ministério Público, conferindo a legitimidade exclusiva a esse órgão. Dessa forma, reafirma-se que a NLIA em grande parte procurou se distanciar da jurisprudência do STJ e acolheu os interesses manifestados pelos Municípios e pela advocacia, todavia, não há como afirmar que foram os únicos grupos de interesses contemplados.

<sup>453</sup> Diversas pesquisas já demonstraram a ineficácia das audiências públicas no âmbito do Judiciário. Cf. PINHÃO, Karina A. G. A inserção das audiências públicas: reforço ou enfraquecimento da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal? Revista Estudos Institucionais, v. 4. n. 1, p. 460-483, 2018. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/216/228>>. Acesso em 26 dez. 2022.; e SOMBRA, Thiago L. S. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. Revista Direito GV, vol. 13, n. 1, jan./abr. 2017. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917>>. Acesso em 26 dez. 2022.

<sup>454</sup> Além da NLIA, objeto da pesquisa, em que se identifica nitidamente a influência das audiências públicas na redação final da lei, outros trabalhos destacam a importância e influência das audiências públicas no âmbito do Legislativo. Cf. GOMES, Adriana N. A importância das audiências públicas realizadas pela Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal para a adequação das proposições legislativas às necessidades sociais. 2014. 67 p. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo. Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2014. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509473>>. Acesso em 26 dez. 2022.; OLIVEIRA, Tânia M. de. A audiência pública como instrumento de participação social no processo legislativo. 2014. 58 p. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo. Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2014. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/510147>>. Acesso em 26 dez. 2022.; e GUIMARÃES, Fábio H. C. Audiências públicas no Senado Federal: a variedade temática e o aproveitamento noticioso dos debates. 2015. 81 p. Pós-graduação *lato sensu* em Comunicação Legislativa. Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2015. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/516975>>. Acesso em 26 dez. 2022.

Entretanto, em um contexto de controle de constitucionalidade forte, tão importante quanto a resposta legislativa é o comportamento do Judiciário em face da nova legislação. Isso porque, como exposto ao longo do trabalho, na medida em que o Judiciário dispõe de mecanismos para dar eficácia às suas decisões, se a alteração legislativa for reputada inconstitucional, então encerra-se ali o diálogo institucional. Com isso, não se quer dizer que o Judiciário não pode julgar inconstitucional a alteração legislativa, que pode efetivamente ser material ou formalmente inconstitucional. Trata-se aqui de entendimentos externados por correntes do Supremo Tribunal Federal em alguns julgados analisados ao longo da pesquisa, de que seria absurda e inconstitucional a edição de legislação em descompasso com a jurisprudência. É evidente que situações e argumentos como esses implicam o fim dos diálogos institucionais logo após a sua origem.

Essa situação, aliás, revela outra sensível distinção entre os diálogos institucionais como originalmente concebidos e as situações que ocorrem no Brasil. O controle de constitucionalidade fraco acaba por ressaltar o Legislativo enquanto instituição. Por outro lado, no caso brasileiro e sua engenharia constitucional, caracterizada pelo controle de constitucionalidade forte e pelo forte Executivo, os diálogos institucionais, na verdade, se transformam em disputas pela “última palavra”.

Como já exposto, as características do modelo canadense acabam por ressaltar o papel do Legislativo que é, por excelência, órgão representativo e consensual, daí a ideia de diálogo. No presidencialismo, por sua vez, há uma rígida separação de poderes (em termos comparativos) e, como abordado ao longo da pesquisa, um estímulo à tensão entre poderes, a “lógica agonística” mencionada por Gargarella<sup>455</sup>.

Nesse contexto, os diálogos institucionais não se comportam exatamente como diálogos, mas sim como uma disputa entre o Legislativo e o Judiciário para definição de temas polêmicos, como bem demonstra a NLIA e outras alterações legislativas mencionadas ao longo da pesquisa.

Por todo o exposto, conclui-se que os diálogos institucionais possuem potencial explicativo para fenômenos da política e do direito nacional, especialmente sob a vertente proposta por Hogg e Bushell. Contudo, é necessário considerar (i) o importante papel desempenhado pelo Judiciário pós alteração legislativa e que pode findar o comportamento dialógico; e (ii) mais do que o diálogo, deve-se observar a disputa entre poderes para a definição de temas polêmicos.

---

<sup>455</sup> Recorde-se, nesse particular, a ideia de que a ambição deve combater a ambição; de que os poderes devem se fiscalizar mutuamente.

A NLIA, dessa forma, embora se insira em um contexto de diálogo institucional, revela-se como um mecanismo de *check and balances*, uma reação do Legislativo que, enquanto intérprete autêntico das leis e da Constituição, discordou da jurisprudência do Judiciário, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça.

É importante destacar que tal constatação não apequena os diálogos institucionais: a interação Legislativo-Judiciário possui importantes desdobramentos para o funcionamento da Administração Pública, bastando observar a significativa alteração promovida. Também não se questiona aqui a legitimidade da NLIA e as alterações promovidas que, inclusive, sofreram críticas doutrinárias.

Trata-se de constatar que, por vezes, os diálogos institucionais são permeados por uma visão romântica, de que as instituições estão em diálogo e de que haveria a busca pelo melhor argumento em uma espécie de construção coletiva do argumento, quando a realidade demonstra que os diálogos por vezes se aproximam de verdadeiros monólogos, como mecanismo de controle de outros poderes em busca, ao menos momentaneamente, da “última palavra”.

É necessário, então, avaliar o comportamento do Poder Judiciário perante a NLIA. Entretanto, considerando que a alteração legislativa é recente, o Judiciário ainda está apreciando o tema, cujos efeitos deverão ficar mais claros ao longo dos anos.

Até o momento, o Supremo Tribunal Federal apreciou a temática da NLIA de forma verticalizada em três ocasiões, nos julgamentos: do ARE nº 843.989, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes (DJe 12.12.2022), das ADIs nº 7.042 e nº 7.043, de relatoria do Min. Min. Alexandre de Moraes (DJe 05.09.2022), e na decisão monocrática da ADI nº 7.236, Rel.: Min. Alexandre de Moraes (DJe 10.01.2023).

O primeiro, julgado sob o regime de repercussão geral, cuidava da (ir)retroatividade da NLIA nos processos em curso e fixou as seguintes teses:

“É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se — nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA — a presença do elemento subjetivo — DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 — revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa —, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei

A Suprema Corte tomou o cuidado de circunscrever o debate à supressão da modalidade culposa, à exigência do dolo, à retroatividade do texto normativo e à retroatividade da prescrição, ressaltando que demais alterações iriam ser apreciadas em ações próprias, notadamente nas ADIs nº 7.042, nº 7.043 e nº 7.236, todas analisadas abaixo.

Na ocasião, prevaleceu o voto do Min. Alexandre de Moraes que, partindo da premissa de que as alterações promovidas pela NLIA foram benéficas aos acusados,<sup>456</sup> firmou as seguintes premissas: (i) a natureza civil do ato de improbidade administrativa; (ii) o reconhecimento da constitucionalização “dos princípios e preceitos básicos, regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador”;<sup>457</sup> (iii) a incidência dos princípios do direito administrativo sancionador à improbidade administrativa por força da NLIA; (iv) a inexistência de anistia aos condenados por ato culposo de improbidade administrativa e a impossibilidade de retroatividade de lei civil; e (v) a inexistência de regime de transição.

É interessante notar que parte das conclusões se alicerçou exatamente no trabalho da Comissão Especial constituída pelo Congresso Nacional. Ao analisar as alterações do prazo prescricional e a (ir)retroatividade, o Ministro Alexandre de Moraes fundamentou expressamente o seu entendimento no trabalho da Comissão de Juristas que redigiu o PL e que foi presidida pelo Ministro Mauro Campbell Marques.

Também em relação à exclusão da modalidade culposa, o voto do relator recordou a justificativa apresentada pelo Deputado Carlos Zarattini, relator do PL, bem como as manifestações do representante da Confederação Nacional dos Municípios (CNM) em audiência pública e do Ministro Mauro Campbell Marques enquanto Presidente da Comissão de Juristas.

Se por um lado poderia ter havido um maior debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, por exemplo, a partir de audiências públicas, não há como deixar de considerar a solução pacificadora, legalista e deferente ao Legislativo.

---

<sup>456</sup> A premissa, contudo, há de ser verificada caso a caso, pois como exposto ao longo deste trabalho, algumas alterações foram prejudiciais aos acusados, como o aumento dos limites das sanções e o próprio aumento do lapso prescricional.

<sup>457</sup> Definido pelo Ministro Alexandre de Moraes como “sub-ramo do Direito Administrativo”, que consiste na “expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado”. (GONÇALVES, Benedito.; GRILLO, Renato C. G. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>>. Acesso em: 26 dez. 2022.)

De fato, o entendimento adotado pelo STF, antes de tudo, consiste na simples aplicação do artigo 493 do CPC,<sup>458</sup> aplicando para processos em curso alterações relevantes ocorridas após a sentença. Sob essa perspectiva, trata-se de solução adstrita à letra da lei e que, de certa forma, atende tanto os que defendem a irretroatividade porque não atinge casos transitados em julgado, quanto os que defendem a retroatividade porque atinge casos ainda em tramitação.

Outrossim, é importante destacar que o entendimento firmado, ao considerar as razões expostas no Parlamento, reconhece o papel e a importância dessa instituição na definição e interpretação do tema. Há, nesta extensão, deferência ao Poder Legislativo. Ou seja, se não houve estímulo ao debate profundo entre instituições, tampouco houve a interdição.

Na ADI nº 7.042 e nº 7.043, por sua vez, a discussão esteve adstrita (i) à necessidade da assessoria jurídica que opinou em ato supostamente ímprobo defendê-lo em juízo<sup>459</sup>, e; (ii) a legitimidade exclusiva do Ministério Público para promover a ação de improbidade administrativa. Ambos os pontos foram declarados inconstitucionais.

Prevaleceu o voto do Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de que o artigo 129, §1º, da CF/88 é expresso ao afirmar que a legitimidade do Ministério Público na seara cível não impede a de terceiros, além de ressaltar o dever de todos os entes federados no combate à improbidade administrativa. Desse modo, a legitimidade exclusiva do Ministério Público violaria a eficiência, o acesso à justiça e o dever constitucional dos entes federados de conservação do patrimônio público. Em relação à obrigação da assessoria jurídica, entendeu-se que haveria interferência indevida na organização administrativa dos entes estatais.

Embora neste caso não tenha havido qualquer audiência pública e o voto condutor não faça qualquer menção aos debates legislativos, ainda assim é possível observar certa

---

<sup>458</sup> Art. 493 do CPC: “Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.”

<sup>459</sup> A NLIA trouxe a previsão de que a assessoria jurídica que emitisse opinião acerca de ato supostamente ímprobo deveria defendê-lo judicialmente (Art. 17, §20º, da NLIA). Havia divergência doutrinária sobre o que deveria ser defendido: enquanto Daniel Neves e Rafael Oliveira defendiam que a assessoria jurídica tinha a obrigação de defender o ato reputado ímprobo (NEVES, Daniel A. A.; OLIVEIRA, Rafael C. R. Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa: Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 164-166), Marçal Filho entendia que a assessoria jurídica tinha a obrigação de defender o agente público (JUSTEN FILHO, Marçal. Reforma da lei de improbidade administrativa comparada e comentada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 276).

A interpretação majoritária era no sentido de que a assessoria jurídica deveria realizar a defesa do agente público, o que foi reputado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal por interferência na competência da Advocacia Pública.

interação, certo diálogo entre os poderes, na medida em que diversas entidades associativas que discutiram o PL no Congresso Nacional se fizeram presentes como *amicus curiae*, e que os fundamentos da inconstitucionalidade (violação ao art. 129, §1º, da CF/88 e interferência indevida na organização dos entes estatais) foram aduzidos perante o Congresso Nacional.

O STF ainda enfrentará o tema na ADI nº 7.156, de relatoria do Min. André Mendonça, e nas ADIs nº 7.236 e nº 7.237, ambas de relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Especificamente em relação à ADI nº 7.236, o ministro relator deferiu medida cautelar a ser referendada pelo Plenário (*ad referendum*) suspendendo alguns dispositivos da NLIA, sem, contudo, alterar substancialmente o cenário dialógico instaurado (j. 27.12.2022, DJe 10.01.2023).

O STJ, por sua vez, ainda não enfrentou o tema de forma qualificada. Imediatamente após a promulgação da NLIA, o STF reconheceu a repercussão geral no ARE nº 843.989 e determinou o sobrestamento dos processos no STJ que, por sua vez, passou a determinar a descida dos autos aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais para que, após o julgamento pelo STF, fosse observada a tese fixada.

A exceção se deu com os casos repetitivos, em que se renovou o julgamento, oportunizando ao relator a análise da NLIA e de que forma essa influiria no voto já apresentado. Até o momento não houve novo julgamento de recursos repetitivos na vigência da nova lei.

Em que pese a ausência de julgados, o simples fato de renovação do julgamento representa, quando menos, a deferência à nova legislação e o reconhecimento de que a NLIA alterou significativamente o panorama da improbidade administrativa, exigindo aprofundada reflexão.

O que se observa, portanto, é que o Poder Judiciário, até o momento, tem demonstrado deferência perante a Nova Lei de Improbidade Administrativa e tem reconhecido a vontade do legislador de alterar o tema e a jurisprudência dominante, isto é, tem reconhecido o papel do Poder Legislativo enquanto intérprete autêntico do direito.

## REFERÊNCIAS

ADAIR, Douglass. *Fame and founding fathers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

ALVARENGA, Aristides J. **Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito brasileiro. In: Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001.

AMERICANO, Odin. **Da culpabilidade normativa**. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 6, 1954. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/search/authors/view?givenName=Odin&familyName=Americano&affiliation=&country=&authorName=Americano%2C%20Odin>>. Acesso em 26 dez. 2022.

AZERÊDO, Nielson N. **Corrupção passiva e ato de ofício correlato**. *Conjur*, 15 jan. 2021. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/338994/corruptao-passiva-e-o-ato-de-oficio-correlato>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANDÃO, Cláudio. **Da culpabilidade na dogmática penal**. In: MENDES, Gilmar F.; BOTTINI, Pierpaolo C.; PACELLI, Eugenio (Coord.). *Direito penal contemporâneo: questões controvertidas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís R. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies**. *Revista Direito e Práxis [S.I.]*, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>>. Acesso em 26 dez. 2022.

BASTOS JÚNIOR, Ronaldo C. **O hiperpresidencialismo no novo constitucionalismo latino americano: uma análise dos seus efeitos no regime político equatoriano**. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas – Programa de Pós-Graduação em Direito. 232 f. Recife, 2018. Disponível em <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/34651/1/TESE%20Ronaldo%20Carvalho%20Bastos%20Junior.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2022.

BASTOS, Celso R.; MARTINS, Ives G. **Comentários à constituição do Brasil: Vol. 3º, Tomo III, arts. 37 a 43**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BEZDOS, Clóvis. **Improbidade administrativa – reflexões**. In: MELLO, Celso A. B. de; *et al* (Coords.). *Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. **O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis**. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, Edição Especial: Administração Pública, Risco e Segurança*, 2014. Disponível em

<<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MzI3Mg%2C%2C>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRAGA, João M. **A polêmica do ato de ofício para o crime de corrupção passiva**. Conjur, 26 fev. 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/joao-braga-polemica-ato-oficio-crime-corrupcao>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Anteprojeto sobre reforma da Lei de Improbidade será apresentado no dia 14 a Rodrigo Maia**. Agência Câmara de Notícias, 08 jun. 2018. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/539896-anteprojeto-sobre-reforma-da-lei-de-improbidade-sera-apresentado-no-dia-14-a-rodrigo-maia/>>. Acesso em 26 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara nº 127, de 2005**. Altera o art. 67 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, definição de funções de magistério. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/75977>>. Acesso em 26 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10.887/18**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1687121&filename=PL%202505/2021%20(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018))>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta atualiza a Lei de Improbidade Administrativa**. Agência Câmara de Notícias, 08 nov. 2018. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/noticias/547581-proposta-atualiza-a-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em 26 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Reunião da Comissão Especial do PL nº 10.887/18**. Brasília: Câmara dos Deputados, 16 out. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=ueZprgrQ0dc>>. Acesso em: 26 dez 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Reunião de instalação da Comissão Especial do PL nº 10.887/18**. Brasília: Câmara dos Deputados, 28 ago. 2019. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=3MkogA2AP5A&t=33s>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Reuniões Deliberativas da Comissão Especial do Projeto de Lei nº 10.887/18**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/agenda?termo=improbidade&dataInicial\\_\\_proxy=01%2F08%2F2019&dataInicial=01%2F08%2F2019&dataFinal\\_\\_proxy=31%2F12%2F2019&dataFinal=31%2F12%2F2019&idOrgaos=538430](https://www.camara.leg.br/agenda?termo=improbidade&dataInicial__proxy=01%2F08%2F2019&dataInicial=01%2F08%2F2019&dataFinal__proxy=31%2F12%2F2019&dataFinal=31%2F12%2F2019&idOrgaos=538430)>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Substitutivo 1 ao Projeto de Lei nº 10.887/18**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1938173&filename=Tramitacao-PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1938173&filename=Tramitacao-PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29)>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Substitutivo ao Projeto de Lei nº 10.887/18**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1938173&file\\_name=Tramitacao-PL%202505/2021%20\(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018\)](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1938173&file_name=Tramitacao-PL%202505/2021%20(N%C2%BA%20Anterior:%20pl%2010887/2018))>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Anais da Assembleia Constituinte**. Comissão de Sistematização. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1987. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em 12 jan. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**. Seção I. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1991, ano XLVI, nº 131, p. 157. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD\\_03OUT1991.pdf#page=157](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD_03OUT1991.pdf#page=157)>. Acesso em 10 jul. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**. Seção I. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1991, ano XLVI, nº 99, p. 68. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DC\\_D17AGO1991.pdf#page=68](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DC_D17AGO1991.pdf#page=68)>. Acesso em 10 jul. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Diário do Congresso Nacional**. Seção I. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1992, ano XLVII, nº 41, p. 65. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD\\_03ABR1992.pdf#page=65](http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD_03ABR1992.pdf#page=65)>. Acesso em 10 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa sobre negros e negras no Poder Judiciário**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/rela-negros-negras-no-poder-judiciario-150921.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 156, de 08 de agosto de 2012**. Proíbe a designação para função de confiança ou a nomeação para cargo em comissão de pessoa que tenha praticado os atos que específica, tipificados como causa de inelegibilidade prevista na legislação eleitoral, e dá outras providências. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/56>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006**. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm)>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18906.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm)>. Acesso em: 13 fev. de 2023.

BRASIL. Senado Federal. **11ª Reunião Extraordinária da Comissão de Constituição e Justiça**. Brasília: Senado Federal, 28 set. 2021. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=RT0Ierc5WAc>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Nota taquigráfica da 28ª Reunião Ordinária da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 55ª Legislatura**. Brasília, Senado Federal: 12 jul. 2017. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/6346>>. Acesso em: 17 jul. 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei da Câmara nº 47, de 2008**. Altera os arts. 12 e 21 da Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3637100&ts=1630438143835&dispositi on=inline>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 20, de 2008**. Altera a redação do inciso IV do caput. do art. 29 da Constituição Federal e do art. 29-A, tratando das disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374962&ts=1644863145909&disposition=inline>>. Acesso em 26 dez. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Sessão de debates temáticos sobre o PL nº 2.505/2021**. Brasília: Senado Federal, 03 ago. 2021. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=VNFvquwvEbI&t=2s>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgInt no REsp nº 1.953.135**. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 21.03.2022. DJe: 25.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 892.818**. Rel.: Min. Herman Benjamin, j. 11.11.2008, DJe: 10.02.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp nº 444.558**. Relator: Min. Sérgio Kukina. DJe: 30.08.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp nº 1.621.947**. Relator: Min. Francisco Falcão. DJe: 07.12.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp nº 1.113.260**. Relator: Min. Francisco Falcão. DJe: 07.05.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. **AIA nº 30**. Relator: Min. Teori Zavascki, j. 21.09.2011. DJe: 28.09.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EResp nº 1.008.632**. Relator: Min. Mauro Campbell. DJe: 09.03.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Edição nº 38, 05 ago. 2015. Tese nº 10. Disponível em

<<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/JuriTeses/article/view/11268/11397>. Acesso em 26 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **AgInt nos EDv no AREsp nº 1.467.927**. Relator: Min. Gurgel de Faria, j. 30.11.2021. DJe: 17.12.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **EDv em REsp nº 1.496.347**. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 24.02.2021. DJe: 28.04.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **EDv nos EREsp nº 1.656.383**. Relator: Min. Gurgel de Faria, j. 27.06.2018. DJe: 05.09.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **EDv nos EREsp nº 1.701.967**. Relator: Min. Gurgel de Faria. Relator para acórdão: Min. Francisco Falcão, j. 09.09.2020. DJe: 02.02.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **EResp nº 1.193.248**. Relator: Min. Og Fernandes. Relator para acórdão: Min. Herman Benjamin, j. 26.06.2019. DJe: 18.12.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **MS nº 21.708**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Min. Herman Benjamin, j. 08.05.2019. DJe: 11.09.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **REsp nº 1.366.721**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Min. Og Fernandes, j. 26.02.2014. DJe: 19.09.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **REsp nº 1.862.792**. Relator: Min. Manoel Erhardt (Des. Conv.), j. 25.08.2021. DJe: 03.09.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **REsp nº 951.389**. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 09.06.2010. DJe: 04.05.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Tema Repetitivo 1055. REsp nº 1.862.792**. Relator: Min. Manoel Erhardt (Des. Conv.), j. 25.08.2021. DJe: 03.09.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. **Tema Repetitivo 701. REsp nº 1.366.721**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para acórdão: Min. Og Fernandes, j. 26.02.2014. DJe: 19.09.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **Acordo no AREsp nº 1.314.581**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 23.02.2021. DJe: 01.03.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgInt no AREsp nº 1.402.806**. Relator: Min. Manoel Erhardt (Des. Conv.), j. 19.10.2021. DJe: 03.11.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgInt no AREsp nº 963.260**. Relator: Min. Sérgio Kukina, j. 02.08.2018. DJe: 08.08.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgInt no REsp nº 1.845.674**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Redator do acórdão: Min. Gurgel de Faria, j. 01.12.2020. DJe: 18.12.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgInt no REsp nº 1.872.310**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 05.10.2021. DJe: 08.10.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgInt no REsp nº 1.872.310**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 05.10.2021. DJe: 08.10.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgInt no REsp nº 1.888.145**. Relatora: Min. Regina Helena Costa, j. 01.03.2021. DJe: 05.03.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgInt nos EDcl no AREsp nº 1.554.380**. Relator: Min. Manoel Erhardt (Des. Conv.), j. 28.09.2021. DJe: 14.10.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgInt nos EDcl no REsp nº 1.300.198**. Relator: Min. Sérgio Kukina, j. 06.10.2020. DJe: 18.11.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgRg no AREsp nº 17.974**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 08.11.2011. DJe: 11.11.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgRg no AREsp nº 73.968**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 02.10.2012. DJe: 29.10.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgRg no REsp nº 1.260.737**. Relator: Min. Sérgio Kukina, j. 20.11.2014. DJe: 25.11.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. **AgInt no REsp nº 1.837.848**. Relator: Min. Marco Buzzi, j. 28.09.2020. DJe: 01.10.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **AgRg no REsp nº 1.260.737**. Relator: Min. Sérgio Kukina, j. 20.11.2014. DJe: 25.11.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **EDcl no REsp nº 993.658**. Relator: Min. Luiz Fux, j. 09.03.2010. DJe: 23.03.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 1.130.198**. Relator: Min. Luiz Fux, j. 02.12.2010. DJe: 15.02.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 1.146.592**. Relator: Min. Benedito Gonçalves, j. 04.05.2010. DJe: 11.05.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 1.153.083**. Relator: Min. Sérgio Kukina, j. 06.11.2014. DJe: 19.11.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. **REsp nº 513.576**. Relator: Min. Francisco Falcão. Redator do acórdão: Min. Teori Zavascki, j. 03.11.2005. DJ: 06.03.2006

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **HC nº 742.699**. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 14.06.2022. DJe: 20.06.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.352.035**. Relator: Min. Herman Benjamin. DJe: 08.09.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.553.124**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 07.02.2017. DJe: 07.03.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.579.678**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para Acórdão: Min. Benedito Gonçalves. DJe: 04.06.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.745.410**. Relatora: Min. Laurita Vaz, j. 02.10.2018. DJe: 23.10.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgInt no AREsp nº 1.327.393**. Relator: Min. Francisco Falcão, j. 09.04.2019. DJe: 12.04.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgInt no AREsp nº 1.366.330**. Relator: Min. Francisco Falcão, j. 16.05.2019. DJe: 23.05.2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgInt no REsp nº 1.877.639**. Relator: Min. Francisco Falcão, j. 24.02.2021. DJe: 01.03.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgInt no REsp nº 1.953.135**. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 21.03.2022. DJe: 25.03.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgRg no AREsp nº 159.858**. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 21.02.2013. DJe: 07.03.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **AgRg no REsp nº 1.366.208**. Relator: Min. Humberto Martins. Relator para acórdão: Min. Herman Benjamin, j. 26.04.2016. DJe: 07.10.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 1.060.529**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, j. 08.09.2009. DJe: 18.09.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 1.107.833**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, j. 08.09.2009. DJe: 18.09.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 1.407.862**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, j. 09.12.2014. DJe: 19.12.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 1.713.033**. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 20.02.2018. DJe: 14.11.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 1.837.848**. Relator: Min. Francisco Falcão, j. 05.03.2020. DJe: 10.03.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 1.940.837**. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 24.08.2021. DJe: 13.12.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 439.280**. Relator: Min. Luiz Fux, j. 01.04.2003. DJe: 16.06.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 617.851**. Relatora: Min. Eliana Calmon, j. 06.12.2005. DJ: 19.12.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 708.170**. Relatora: Min. Eliana Calmon, j. 06.12.2005. DJ: 19.12.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **REsp nº 765.212**. Relator: Min. Herman Benjamin, j. 02.03.2010. DJe: 23.06.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **HC nº 324.026**. Relator: Min. Nefi Cordeiro, j. 16.02.2016. DJe: 25.02.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AC nº 509 MC**. Relator: Min. Eros Grau. DJ: 08.04.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 144**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 26.02.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 1.265.026**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 13.05.2020. DJe: 15.05.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **AO nº 1.833**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 10.04.2018. DJe: 08.05.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 976.566**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. DJe: 26.09.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **AP nº 307**. Relator: Min. Ilmar Galvão, j. 13.12.1994. DJ: 21.12.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **EDcl no RE nº 427.574**. Relator: Min. Celso de Mello, j. 13.12.2011. DJe: 13.02.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC nº 178.527**. Relator: Min. Celso de Mello, j. 10.10.2020. DJe: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **QO na AP nº 985**. Relator: Min. Edson Fachin. Revisor: Min. Alexandre de Moraes, j. 06.06.2017. DJe: 08.03.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADC nº 41**. Relator: Min. Roberto Barroso. DJe: 17.08.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 1.987**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.2010. DJe: 30.04.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 2.253**. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ: 07.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 2.364**. Relator: Min. Celso de Mello, j. 17.10.2018. DJe: 25.10.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 2.727**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 30.04.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 3.075**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 24.09.2014. DJe: 10.10.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 3.169**. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 11.12.2014. DJe: 19.02.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 3.243**. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe: 30.04.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 3.343**. Relator: Min. Ayres Britto. Relator para Acórdão: Min. Luiz Fux, j. 01.09.2011. DJe: 22.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 3.367**. Relator: Min. Cezar Peluso, j. 13.04.2005. DJ: 25.04.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 3330**. Relator: Min. Ayres Britto, j. 03.05.2012. DJe: 22.03.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 4.983**. Relator: Min. Marco Aurélio, j. 06.10.2016. DJe: 27.04.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 5.105**. Relator: Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015. DJe: 14.10.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 875**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 24.02.2010. DJe: 30.04.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI nº 939**. Relator: Min. Sydney Sanches. DJ: 18.03.1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADO nº 26**. Relator: Min. Celso de Mello, j. 13.06.2019. DJe: 06.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADPF nº 186**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJe: 20.10.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **AgRg na Pet nº 3.240**. Relator: Min. Teori Zavascki. Redator do acórdão: Min. Roberto Barroso, j. 10.05.2018. DJe: 22.08.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **AgRg na Rcl nº 13.019**. Relator: Min. Celso de Mello. DJe: 12.03.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ARE nº 843.989**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 18.08.2022. DJe: 12.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC nº 122.694**. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 10.12.2014. DJe: 04.02.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Inq. nº 687- QO**. Relator: Min. Sydney Sanches, j. 25.08.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 24.268**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004. DJe: 17.09.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida cautelar na ADI nº 2.075**. Relator: Min. Celso de Mello, j. 07.02.2001. DJ: 27.06.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida cautelar na ADI nº 776**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.10.1992. DJ: 26.10.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida cautelar na ADI nº 975**. Relator: Min. Carlos Velloso, j. 09.12.1993. DJ: 20.06.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida cautelar na ADPF nº 378**. Relator: Min. Edson Fachin, Redator do Acórdão: Min. Roberto Barroso, j. 17.12.2015. DJe: 08.03.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida cautelar no MS nº 34.070**. Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 18.03.2016. DJe: 28.03.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Rcl nº 29.508**. Relator: Min. Cármen Lúcia j. 21.01.2018. DJe: 01.02.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **MS nº 23.452**. Relator: Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999. DJ 12.05.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **MS nº 24.875**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, j. 11.05.2006. DJe: 22.05.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **QO na Pet nº 3.211**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. Menezes Direito, j. 13.03.2008. DJe: 27.06.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Rcl nº 2.138**. Relator: Min. Nelson Jobim. Redator do acórdão: Min. Gilmar Mendes, j. 13.06.2007. DJe: 18.04.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE nº 466.343**. Relator: Min. César Peluso, j. 03.12.2008. DJe: 05.06.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE nº 592.581**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 13.08.2015. DJe: 01.02.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE nº 852.475**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin, j. 08.08.2018. DJe: 25.03.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE nº 898.450**. Relator: Min. Luiz Fux, j. 17.08.2016. DJe: 31.05.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE nº 976.566**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 13.09.2019. DJe: 26.09.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Referendo na medida cautelar na ADI nº 6.327**. Relator: Min. Edson Fachin, j. 03.04.2020. DJe: 19.06.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Referendo na medida cautelar na ADPF nº 402**. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Min. Celso de Mello, j. 07.12.2016. DJe: 29.08.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Referendo na medida cautelar na ADPF nº 709**. Relator: Min. Roberto Barroso, j. 05.08.2020. DJe: 07.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Sessão virtual. **ADI nº 5.760**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, j. 13.09.2019. DJe: 26.09.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Sessão virtual. **Referendo da medida cautelar na ADPF nº 779**. Relator: Min. Dias Toffoli, j. 15.03.2021. DJe: 20.05.2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 5018911-71.2011.4.04.7200**. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 22.08.2012. DJe: 23.08.2012.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do presidente da república**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio H. U. **Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ**. Revista CEJ, Brasília, ano XVII, n. 61, set./dez. 2013, p. 115-121. Disponível em <<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/1835/1793>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio H. U.; MAIA, Raphael R. de S. **Alteração da lei de improbidade administrativa: os avanços e retrocessos da proposta que tramita na Câmara dos Deputados**. Jota, 12 fev. 2020. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/alteracao-da-lei-de-improbidade-administrativa-12022020>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

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

CARNEIRO, Rafael A. **Ações de improbidade no STJ: o que se condena?** Jota, 04 jan. 2022. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-em-numeros-aco-es-de-improbidade-o-que-se-condena-04012022>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

CARNEIRO, Rafael A. **Sanções por improbidade: existe dosimetria?** Jota, 11 jan. 2022. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stj-sancoes-por-improbidade-dosimetria-11012022>>. Acesso em: 03 set. 2022.

CARNEIRO, Rafael A. **STJ em números: improbidade administrativa.** JOTA, 06 jun. 2020. Disponível em <[https://wpcdn.idp.edu.br/idpsiteportal/2020/06/STJ-em-n%C3%BAmeros\\_-improbidade-administrativa-JOTA-Info-1.pdf](https://wpcdn.idp.edu.br/idpsiteportal/2020/06/STJ-em-n%C3%BAmeros_-improbidade-administrativa-JOTA-Info-1.pdf)>. Acesso em 22 dez. 2022.

CARNEIRO, Rafael A. **STJ em números: improbidade administrativa.** Jota, 06 jun. 2020. Disponível em <[https://www.jota.info/OPINIAO-E-ANALISE/ARTIGOS/STJ-EM-NUMEROS-IMPROBIDADE-ADMINISTRATIVA-06062020#\\_ftnref4](https://www.jota.info/OPINIAO-E-ANALISE/ARTIGOS/STJ-EM-NUMEROS-IMPROBIDADE-ADMINISTRATIVA-06062020#_ftnref4)>. Acesso em: 26 dez. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos S. **Manual de direito administrativo.** 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASSAGNE, Juan C. **Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo.** São Paulo: Contracorrente, 2017.

CASTRO, Leonardo B. **A falta de cautela da nova lei de improbidade administrativa.** Instituto Não Aceito Corrupção, 19 ago. 2021. Disponível em <<https://www.naoaceitocorruptao.org.br/post/a-falta-de-cautela-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa>>. Acesso em 22 dez. 2022.

CASADO, José. **Viva o país da corrupção e da impunidade, em que ser desonesto compensa.** VEJA, 25 ago. 2022. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/coluna/jose-casado/viva-o-pais-da-corrupcao-e-da-impunidade-em-que-ser-desonesto-compensa>>. Acesso em 22 dez. 2022.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. **Comentário ao artigo 1º, parágrafo único.** In: CANOTILHO, J.J. Gomes *et. al.* (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva; Almedina, 2014.

CLÈVE, Clèmerson M.; LORENZETTO, Bruno M. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade.** Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

COELHO, Bernardo L. M. **O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança.** Revista de informação legislativa, v. 31, n. 123, p. 259-266, jul./set. 1994. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176262>>. Acesso em 22 dez. 2022.

COSTA, Flávio. **Brasil leva 6 anos para julgar improbidade; demora dificulta recuperação de dinheiro público.** UOL, 29 ago. 2017. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/08/29/brasil-leva-6-anos-para-julgar-improbidade-demora-dificulta-recuperacao-de-dinheiro-publico.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ilícito administrativo**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, vol. 68, n. 1, 1973, p. 135-159. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66693>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

CRUZ, Maria G. F. **O ato de improbidade encontra correspondente na França?** In: DIAS, Maria T. F.; PEREIRA, Flávio H. U. (Coord.). O direito administrativo social e econômico: análises de direito comparado. São Paulo: Almedina, 2021.

DAHL, Robert A. **A preface to democratic theory: expanded edition**. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

DIPP, Gilson L. **A dosimetria das sanções por improbidade administrativa**. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: edição comemorativa: 30 anos do STJ. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 291-300. Disponível em <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/131263/Doutrina\\_30\\_anos.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/131263/Doutrina_30_anos.pdf)>. Acesso em 16 jul. 2019.

FACCHI, Alessandra. **Breve história dos direitos humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

FERRAZ, Luciano. **Dano *in re ipsa* cria, sem lei, novo tipo de improbidade administrativa**. Conjur, 04 mai. 2017. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/interesse-publico-dano-in-re-ipsa-cria-tipo-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

FIGUEIREDO, Isabela G. **Improbidade administrativa: dolo e culpa**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações**. In: BUENO, Cássio S.; PORTO FILHO, Pedro P. de R. (Coord.). Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Comentário ao art. 37, §4º**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; *et. al.* (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FONTELES, Samuel S. **Direito e *backlash***. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

FRAGOSO, Heleno C. Lições de direito penal: a nova parte geral. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

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

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

GAJARDONI, Fernando da F. **Comentário ao art. 18-A**. In: GAJARDONI, Fernando da F.; *et al.* Comentários à nova lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

GARCIA, Emerson. **Improbidade é sinônimo de desonestidade?** Revista JUS, Belo Horizonte, v. 43, nº 26, jan./jun. 2012.

GARGARELLA, Roberto; BERGALLO, Paola. **Presentación**. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos**. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GODOY, Arnaldo S. M. **A tripartição de poderes em Montesquieu**. Conjur, 14 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-out-14/embargos-culturais-triparticao-poderes-montesquieu>>. Acesso em: 23 mai. 2015.

GODOY, Miguel G. de; MACHADO FILHO, Roberto D. **Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella**. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022. Disponível em <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril\\_v59\\_n233\\_p117](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117)>. Acesso em 26 dez 2022.

GOMES JÚNIOR, Luis M.; FAVRETO, Rogério. **Comentário ao art. 17**. In: GAJARDONI, Fernando da F.; *et al.* Comentários à nova lei de improbidade administrativa: Lei 8.429/1992, com as alterações da Lei 14.230/2021. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

GOMES JÚNIOR, Luiz M.; *et al.* (Coord.). **Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em <<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/406>>. Acesso em: 07 ago. 2022.

GOMES, Adriana N. **A importância das audiências públicas realizadas pela Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal para a adequação das proposições legislativas às necessidades sociais**. 2014. 67 p. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo. Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2014. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/509473>>. Acesso em 26 dez. 2022.

GOMES, José J. **Apontamentos sobre improbidade administrativa**. In: SAMPAIO, José A. L.; *et al.* (Org.). Improbidade administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GONÇALVES, Benedito.; GRILO, Renato C. G. **Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988**. Revista de

Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, p. 467-478. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

GONÇALVES, Benedito.; GRILLO, Renato C. G. **Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988**. Revista de Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

**Governo vai manter repasse do FPE em 2013**. Gazeta do Povo, 07 jan. 2013. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/governo-vai-manter-repasse-do-fpe-em-2013-5e6nbanem0dm7tgaqzahfmn71/>>. Acesso em 26 dez. 2022.

GUIMARÃES, Fábio H. C. **Audiências públicas no Senado Federal: a variedade temática e o aproveitamento noticioso dos debates**. 2015. 81 p. Pós-graduação *lato sensu* em Comunicação Legislativa. Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2015. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/516975>>. Acesso em 26 dez. 2022.

GUIMARÃES, Fernando V. **O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Revista Direito do Estado, n. 71, 2016. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

HAMILTON, Alexander. **Federalist n° 78: the judiciary department**. Disponível em <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493470>>. Acesso em 22 dez. 2022.

HAMILTON, Alexander. **Federalist n° 84: Certain General and Miscellaneous Objections to the Constitution Considered and Answered**. Disponível em: <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed84.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed84.asp)>. Acesso em 26 dez. 2022.

HARGER, Marcelo. **Aspectos inconstitucionais da lei de improbidade administrativa**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, v. 14, n. 55, p. 187-211, jan./mar. 2014. Disponível em <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/109>>. Acesso em 25 de jul. 2019.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. **El diálogo de la carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la carta de derechos no sea algo tan malo Después de todo)**. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

HUME, David. **Ideia de uma república perfeita**. In: HUME, David. *Pensadores XXIII*. São Paulo: Editora Abril, 1973.

**Incompetência não pode ser tratada como improbidade, diz ministro do TCU**. CONJUR, 30 mai. 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu>>. Acesso em 25 de jul. de 2019.

JARDIM, Flávio J. de M.; Pereira, Flávio H. U. **Direito claramente determinado: a necessária evolução da aplicação do princípio da moralidade nos processos**

**sancionadores.** In: WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. G. (Org.) O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comparada e comentada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Rio de Janeiro: Forense, 2022.

LEWANDOWSKI, Enrique R. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LINDENMEYER ECHE, Luís M. **O Direito Administrativo Sancionador e a falta de simetria com o Direito Penal.** Conjur, 09 dez. 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

LUÑO, Antonio E. P. **Direitos humanos, estado de direito e constituição.** São Paulo: Martins Fontes, 2021.

MACHADO, Antônio R. **Sanções e penas: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MADISON, James. **Federalist nº 10: The same subject continued the union as a safeguard against domestic faction and insurrection.** Disponível em <[https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed10.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp)>. Acesso em 26 dez 2022.

MADISON, James. **Federalist nº 51: The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments.** Disponível em <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-51-60#s-lg-box-wrapper-25493427>>. Acesso em 22 dez. 2022.

MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre A. de A. **A tutela do patrimônio público.** In: VITORELLI, Edilson (Org.). Manual de direitos difusos. Salvador: Juspodivm, 2019.

MAIA FILHO, Napoleão N. **Garantismo judicial na ação de improbidade administrativa: crítica ao punitivismo e ao eficientismo legalista no domínio do direito sancionador.** Fortaleza: Curumim, 2015.

MAIA FILHO, Napoleão N.; MAIA, Mário H. G. **Improbidade administrativa: breves estudos sobre a justa causa e outros temas relevantes de direito sancionador.** Fortaleza: Impreco, 2014.

MARINONI, Luis G. **Processo constitucional e democracia.** 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARQUES, José F. **Observações e apontamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Editora Saraiva, 1961.

MARTINS JÚNIOR, Wallace P. **Probidade administrativa.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MATTOS, Mauro R. G. de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92**. 4ª ed. Niterói: Ímpetus, 2009.

MEDINA, Marcelo B. de M. **Conexão entre atos de improbidade administrativa**. In: DI PIETRO, Maria S. Z.; SUNDFELD, Carlos A. (Org.). Doutrinas essenciais: direito administrativo – vol. VII – agentes públicos e improbidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso A. B. de. **Curso de direito administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso A. B. de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Cláudio A. **Improbidade administrativa**. In: DI PIETRO, Maria S. Z.; SUNDFELD, Carlos A. (Org.). Doutrinas essenciais: direito administrativo – vol. VII – agentes públicos e improbidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Rafael M. de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da constituição federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Conrado H. *Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra*. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

MENDES, Gilmar F.; MARTINS, Ives G. da S. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei nº 9868, de 10.11.1999**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES, Gilmar F.; VALLE, André R. **Comentário ao art. 5º, II**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.* (Coords.). *Comentários à constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2018.

MENDES, Gilmar F.; WALD, Arnaldo. **Competência para julgar ação de improbidade administrativa**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun. 1998. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 04 de jul. 2019.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário público mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei nº 8.429/1992**. In: MARQUES, Mauro C. (Coord.). *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Forense, 2017.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 4ª ed. São Paulo: Contracorrente, 2019.

MURRILL, Brandon J. *The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent*. Congressional Research Service, 54 p. set. 2018. Disponível em <<https://sgp.fas.org/crs/misc/R45319.pdf>>. Acesso em 26 dez 2022.

NEVES, Daniel A. A.; OLIVEIRA, Rafael C. R. **Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa: Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Rafael C. R. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018.

OLIVEIRA, Tânia M. de. **A audiência pública como instrumento de participação social no processo legislativo**. 2014. 58 p. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Legislativo. Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2014. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/510147>>. Acesso em 26 dez. 2022.

OSÓRIO, Fábio M. **Direito administrativo sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OSÓRIO, Fábio M. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão, corrupção, ineficiência**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. **A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, penal e civil no âmbito da improbidade**. In: MARQUES, Mauro Campbell (Coord.). *Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: Forense, 2017.

PEREIRA, Flávio H. U. **Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA, Flávio H. U.; CAMMAROSANO, Márcio. **O elemento subjetivo na improbidade administrativa: por uma responsável motivação das decisões judiciais**. Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 241, ano 28, jan./fev./mar. 2016. Disponível em <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/stj-revista-eletronica-2016\\_241.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/stj-revista-eletronica-2016_241.pdf)>. Acesso em: 16 jul. 2019.

PEREIRA, Flávio H. U.; MAIA, Raphael R. de S. **A inconstitucionalidade da “violação a princípios” como improbidade administrativa**. Jota, 18 ago. 2019. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PINHÃO, Karina A. G. **A inserção das audiências públicas: reforço ou enfraquecimento da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal?** Revista Estudos Institucionais, v. 4. n. 1, p. 460-483, 2018. Disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/216/228>>. Acesso em 26 dez. 2022.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

Prefeitura de Mogi das Cruzes, 2022. Disponível em:

<<https://www.mogidascruzes.sp.gov.br/pagina/secretaria-de-governo/noticia/mogi-das-cruzes-tera-ficha-limpa-municipal-que-impedira-posse-de-condenados-pela-justica>>. Sem autor: Mogi das Cruzes terá Ficha Limpa Municipal, que impedirá posse de condenados pela Justiça. Acesso em: 26 dez. de 2022

REALE JÚNIOR, Miguel. **Ilícito administrativo e o *jus puniendi* geral**. In: PRADO, Luiz R. (Coord.). Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REZENDE, Juliana P. **O artigo 11 da Lei nº 8.429/1992: análise quanto aos limites de sua aplicação**. In: CAMMAROSANO, Márcio (Coord.). Controle da administração pública: temas atuais. São Paulo: Verbatim, 2015.

ROCHA, Marcelo. **Pesquisa retrata a falta de diversidade na cúpula do Judiciário brasileiro**. UOL, 08 mar. 2022. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/03/pesquisa-retrata-a-falta-de-diversidade-na-cupula-do-judiciario-brasileiro.shtml>>. Acesso em 26 dez. 2022

ROSILHO, André. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo - SP, 2016. Disponível em <[https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/publico/Andre\\_Rosilho\\_Controla\\_da\\_Administracao\\_Publica\\_pelo\\_TCU\\_INTEGRAL.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/publico/Andre_Rosilho_Controla_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL.pdf)>. Acesso em: 26 dez. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SALES, Tainah. **A participação social no Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico das audiências públicas em ações de controle concentrado de constitucionalidade**. Revista de Direito Brasileira, vol. 31, n. 12, jan./abr. 2022. Disponível em <<https://indexlaw.org/index.php/rdb/article/download/6307/6276>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

SANCHEZ, Jesús M. S. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2001.

SANFORD, Mark. **The Local Government Ombudsman. Briefing paper nº 04117, 2017**. Disponível em: <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04117/SN04117.pdf>>. Acesso em 26 dez. 2022.

SANTOS, Rodrigo V. dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, *ebook*. *Section 33 – Notwithstanding clause*. Disponível em <<https://www.justice.gc.ca/eng/csjsjc/rfc-dlc/ccrf-ccd/check/art33.html>>. Acesso em 22 dez. 2022.

SHAPIRO, Ian. *Democratic Justice*. Londres: Yale University press, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Reginaldo P. **Justificação como requisito essencial do devido processo legislativo: o caso da estimativa de impacto fiscal das proposições legislativas**. 2018. 61 p. Pós-graduação *lato sensu* em Orçamento Público. Instituto Legislativo Brasileiro, Senado Federal, Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/556136>>. Acesso em 26 dez 2022

SILVA, Virgílio A. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. Revista de Direito Administrativo, v. 250, p. 197-227, 2009. Disponível em <<https://doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4144>>. Acesso em 09 jan. 2023.

SIMÃO, Calil. **A desonestidade e a deslealdade como elementos essenciais do conceito de improbidade administrativa**. In AUFIERO, Aniello; LINS, James (Coords.). Do combate à improbidade administrativa: considerações sobre a lei nº 8.429/92 e afins. 2ª ed. São Paulo: Almedina, 2020.

SOMBRA, Thiago L. S. **Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação**. Revista Direito GV, vol. 13, n. 1, jan./abr. 2017. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/68917>>. Acesso em 26 dez. 2022.

SOUTO, Juliana. Das 105 mil ações de improbidade administrativa, Justiça julgou apenas 53 mil. Estado de Minas, 04 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 22 dez. 2022.

STRAUSS, David A.; STONE, Geoffrey R. *Democracy and equality: the enduring constitutional vision of the Warren court*. Oxônia: Oxford University Press, 2020.

SUNDFELD, Carlos A.; KANAYAMA, Ricardo A. **A promessa que a lei de improbidade administrativa não foi capaz de cumprir**. Revista da AGU, Brasília, v. 12, n. 02. Disponível em <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2789/2213>>. Acesso em: 26 dez. 2022.

SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Lei e Leviatã: resgatando o estado administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2021.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution 51/59 on Action against Corruption*. 28 jan. 1997. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime\\_Resolutions/1990-1999/1996/GeneralAssembly/A-RES-51-59.pdf](https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/1990-1999/1996/GeneralAssembly/A-RES-51-59.pdf)>. Acesso em: 26 dez. 2022.

VICTOR, Sérgio A. F. **Diálogo institucional e o controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar F. **Competência para julgar ação de improbidade administrativa**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 35, n. 138, p. 213-216, abr./jun. 1998. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/378/r138-17.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em 23 dez. 2022

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. The Yale Law Journal, v. 115, n. 6, p. 1346-1406, abr. 2006. Disponível em: <[https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54\\_115YaleLJ1346\\_April2006\\_.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/9638/54_115YaleLJ1346_April2006_.pdf?sequence=2&isAllowed=y)>. Acesso em 26 dez. 2022.

WANIS, Rodrigo O. M. **A insustentabilidade sistêmica do art. 17-D da nova Lei de Improbidade Administrativa: a criação de uma ação *sui generis* e o retrocesso protetivo de suas consequências**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n° 83, p. 149-170, jan./mar. 2022. Disponível em <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2587299/Rodrigo%20Ot%C3%A1vio%20Mazieiro%20Wanis.pdf>>. Acesso em 22 dez. 2022.

**62% dos brasileiros não conhecem reformas que aguardam votação no Congresso**. PODER 360, 3 fev. 2021. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/congresso/62-dos-brasileiros-nao-conhecem-reformas-que-aguardam-votacao-no-congresso/>>. Acesso em 26 dez. 2022.