

CONTROLE DO PODER POLÍTICO E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DA OBRA DE KARL LOEWENSTEIN

CONTROL OF POLITICAL POWER AND ADMINISTRATIVE DISHONESTY: AN ANALYSIS OF THE NEED TO PROVE DECEIT IN ADMINISTRATIVE IMPROBITY ACTIONS BASED ON THE WORK OF KARL LOEWENSTEIN

Luiz Felipe Machado Muraca¹
Rafael Tomaz de Oliveira²

RESUMO

Este artigo ocupa-se de analisar a exigência de comprovação do dolo para configuração de ato de improbidade administrativa a partir da análise da obra “Teoria da Constituição” de Karl Loewenstein. Uma das mais relevantes alterações na lei de improbidade administrativa (lei n. 8.429/92) promovida pela lei n. 14.230/21 é a necessidade de comprovação do elemento subjetivo doloso ínsito à conduta do agente ou do particular para que determinado ato atentatório à moralidade administrativa possa ser considerado ímprobo. Nesse sentido, a obra de Loewenstein servirá de apoio para que se responda ao seguinte questionamento: a necessidade de comprovação do dolo em atos de improbidade administrativa representa uma fragilização do controle do poder político? Para que se responda ao questionamento, serão feitas considerações sobre o elemento subjetivo na improbidade administrativa e sobre os ensinamentos de Karl Loewenstein. De modo conclusivo, verificar-se-á que, ao contrário do que a priori possa parecer, a supramencionada inovação legislativa é a consagração do ideal de controle do poder político e se relaciona diretamente com o conteúdo substancial do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: improbidade administrativa. dolo. lei n. 14.230/21. controle do poder político. Karl Loewenstein.

¹ Graduado em Direito e Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Email: lfmuraca@gmail.com

² Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2013). Possui Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2007) e Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (2005). Professor do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP) na Área de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP/SP), nos cursos de Mestrado e Doutorado. Líder do Grupo de Pesquisa Justiça Política e Cidadania, vinculado à Universidade de Ribeirão Preto (SP). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional e concreção de Direitos Coletivos; Ciência Política e Teoria do Estado; Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica. Email: rtoliveira@unaerp.br

ABSTRACT

This article analyzes the requirement of proof of intent to configure an act of administrative improbity from the analysis of Karl Loewenstein's book "Political Power and the Governmental Process". One of the most relevant changes in the administrative improbity law (law n. 8,429/92) promoted by law n. 14.230/21 is the need to prove the intentional subjective element inherent in the conduct of the agent or the individual so that a certain act that violates administrative morality can be considered unprofessional. In this sense, Loewenstein's work will support the answer to the following question: does the need to prove intent in acts of administrative improbity represent a weakening of the control of political power? In order to answer the question, considerations will be made on the subjective element in administrative improbity and on the teachings of Karl Loewenstein. Conclusively, it will be verified that, contrary to what a priori may seem, the aforementioned legislative innovation is the consecration of the ideal of control of political power and is directly related to the substantial content of the Democratic State of Law.

Keywords: administrative dishonesty. Deceit. law no. 14,230/21. control of political power. Karl Loewenstein.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 deu novo contorno à atuação administrativa brasileira ao consagrar entre seus princípios basilares a moralidade. Trata-se, a bem da verdade, de um exemplar daquilo que Dworkin chama de “texto aberto”, que demanda uma interpretação que leve em consideração questões de moralidade política da sociedade (DWORKIN, 2019, p. 3 e segs). No entanto, no que toca à tutela da moralidade administrativa, a Constituição Federal vinculou o legislador no sentido da edição de texto legal que sancionasse as condutas ímprobas no âmbito da administração pública, inclusive discriminando as penas que deveriam ser aplicadas para essas condutas.³

Com efeito, no ano de 1992, o mandamento constitucional foi obedecido por meio de um projeto proposto pelo Poder Executivo e aprovado pelo Congresso Nacional que se converteu em lei com a sanção do então presidente Fernando Collor de Mello. À época havia forte movimentação social que, dentre outras pautas, ansiava pelo fim dos escândalos de corrupção que há muito tempo eram destaque nos noticiários do país. Com a (re)democratização

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

do país veio também o dever de publicidade dos atos do Estado e a liberdade de imprensa, de modo que os atos espúrios que antes ficavam velados sob a manta do autoritarismo se tornaram públicos e verificáveis por qualquer cidadão. Hodiernamente, com o advento da internet e sua popularização, o acesso a tais informações se tornou ainda mais simplificado.

É evidente que tais mudanças se ligam à noção de Estado Democrático de Direito, uma vez que para a realização das “promessas da modernidade”,⁴ a atuação estatal – e sobretudo a administrativa – deve guardar relação com os fins estabelecidos na Constituição Federal. Nas palavras de Teori Zavascki (2017, p. 100):

A democracia verdadeira é a democracia vivenciada, a que se realiza na prática, a que decorre do desempenho eficiente das funções estatais em busca dos grandes objetivos da República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades, a promoção do bem de todos (CF, art. 3º). E entre vários pressupostos para que isso ocorra, um deles é certamente a existência de um governo probo, que zele pelo patrimônio público (*res publica*) e que adota, em suas práticas, os princípios da boa administração: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37).

Na última década, no entanto, é passível de verificação a utilização do Poder Judiciário e dos mecanismos a ele inerentes – inclusive a ação de improbidade administrativa – para a perseguição de determinados grupos políticos.⁵ Isso ocorreu em todas as esferas da federação, fenômeno que ficou conhecido como lavajatismo.

Recentemente, a lei n. 14.230/21 alterou dispositivos da lei de improbidade administrativa (lei n. 8.429/92). Uma das mudanças promovidas na antiga lei é a necessidade de comprovação do dolo do agente público ou terceiro para configuração de ato de improbidade administrativa. A alteração foi vista por setores da imprensa e da sociedade como um retrocesso no combate à corrupção e como reação da política às ações de combate à corrupção ocorridas nos últimos anos.⁶

⁴ Para Lenio Streck, a modernidade brasileira é tardia, uma vez que o movimento constitucionalista brasileiro pré-1988 nunca conseguiu efetivamente garantir a generalização dos direitos fundamentais, sejam eles de abstenção ou prestacionais. Para ele, as promessas da modernidade se ligam à justiça social, diferenciação entre as esferas pública e privada, autonomia do direito etc. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve um resgate dessas promessas a partir da garantia dos direitos fundamentais-sociais e da institucionalização da democracia, que compõem aquilo que denominamos Estado Democrático de Direito. Cf. (STRECK, 2004, *passim*).

⁵ De modo estrito, naquilo que ficou conhecida como “operação lava-jato”, capitaneada pelo ex-juiz Sergio Moro, o vazamento de conversas entre acusação e órgão julgador comprovam que agentes públicos dotados de vitaliciedade e inamovibilidade se valiam do sistema judicial para cumprir determinadas finalidades de uma agenda política criada pelo grupo, conduta que se distancia do imperativo de imparcialidade que os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público devem respeitar. As conversas podem ser consultadas em: <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>. Acesso em 12 de jan. de 2021.

⁶ Exemplo disso é a matéria do Procurador de Justiça Roberto Livianu na Folha de São Paulo, que relaciona a alteração à tolerância para com a corrupção: (LIVIANU, 2021, *passim*).

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é analisar a exigência de comprovação do dolo nas ações de improbidade administrativa sob a luz da ideia de controle do poder político na obra de Karl Loewenstein. Para que essa análise seja realizada, inicialmente questões relacionadas ao dolo nas ações de improbidade administrativa serão apresentadas. Ato contínuo, discorrer-se-á acerca da atuação autoritária do Poder Judiciário e da necessidade da adoção de uma teoria da decisão que respeite os direitos fundamentais e as garantias individuais, sob pena de se minar a normatividade da lei de improbidade com suas recentes alterações. Por fim, será feita uma breve excursão pela obra “Teoria da Constituição” de Karl Loewenstein. Concluir-se-á que, ao contrário do que *a priori* possa parecer, a supramencionada inovação legislativa é a consagração do ideal de controle do poder político e se relaciona diretamente com o conteúdo substancial do Estado Democrático de Direito.

1. A QUESTÃO DO DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como dito alhures, a Constituição Federal de 1988 determinou que toda a administração pública agisse conforme padrões de moralidade. Citando Maurice Hauriou, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define a moralidade administrativa como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” (DI PIETRO, 2019, p. 233). Essas regras de conduta, no entanto, não são verificáveis a partir da moral social corrente, pois possuem como ponto de inferência textos jurídicos, mormente os constitucionais (CAMMAROSANO, 2006). O tratamento constitucional da moralidade administrativa é de grande magnitude. Faculta-se, inclusive, a qualquer cidadão a possibilidade de se socorrer do Judiciário por meio de ação popular com o fim de anular ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII). Isso é um demonstrativo da importância da moralidade para o bom funcionamento da estrutura estatal brasileira.

Importa salientar que a moralidade administrativa não se confunde com o conceito de legalidade. Primeiramente porque os dois princípios são enunciados de modos distintos pelo art. 37 da Constituição Federal, o que demonstra que cada um deles possui seu próprio conteúdo. Além do mais, no campo prático, verifica-se que nem todo ato ilegal é atentatório à moralidade administrativa. Isso se dá, dentre outras coisas, pela complexidade da atuação da administração, de modo que erros sem qualquer espécie de dolo ou benefício ilícito ocorrem diuturnamente. Imoralidade e improbidade também são conceitos distintos. Se, por um lado, há de se reconhecer que a ação de improbidade administrativa é um dos meios mais eficazes e

utilizados para tutelar a moralidade administrativa, por outro, essa mesma moralidade pode ser tutelada em outras esferas, sejam elas judiciais ou extrajudiciais. Estar-se-ia aqui diante de uma relação entre gênero e espécie, uma vez que nem todo ato imoral sob a perspectiva administrativa irá se enquadrar nos parâmetros da lei de improbidade.

A redação da lei n. 8.429/92 prevê três grandes tipos de ato de improbidade administrativa: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que causam dano ao erário (art. 10) e atos contrários aos princípios da administração pública (art. 11). Em relação aos sujeitos ativos da improbidade, além dos agentes do Estado, particulares também podem cometer improbidade administrativo quando se relacionarem com a administração pública. As sanções impostas ao indivíduo que comete improbidade estão descritas no art. 37, § 4º da Constituição Federal e, com mais detalhar, no art. 12 da lei de improbidade. São elas: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

O alto grau de reprovabilidade das condutas que violam o dever de probidade gera duras sanções, inclusive limitando os direitos políticos dos agentes, direito fundamental previsto no art. 14 da Constituição Federal. Além disso, aliada à intensidade das sanções para os atos de improbidade e à abertura dos tipos contidos na lei, a redação original do art. 10 da lei previa a possibilidade de que condutas culposas que gerassem danos ao erário fossem punidas nos termos da lei. Essa disposição gerou intenso dissenso na academia e no âmbito dos tribunais. As linhas gerais desse debate serão apresentadas nos próximos parágrafos. Esse esforço se justifica na medida que a forma como os tribunais superiores interpretavam a improbidade administrativa influenciou decisivamente na alteração da lei. Além do mais, são esses mesmos tribunais que irão dar conformação ao texto recentemente alterado e ao conceito de dolo aplicável aos atos de improbidade.

A possibilidade de responsabilização culposa por atos que causam danos ao erário fez com que houvesse dúvidas acerca da aplicação dos arts. 9º e 11 da lei de improbidade. Isso porque, nesses casos, não há disposição expressa acerca da possibilidade de sanção para ações culposas. Isto é: a redação original da lei previu a responsabilização culposa apenas na hipótese de danos ao erário, mas não quando o ato importar enriquecimento ilícito ou atentar contra princípio da administração pública. Diante disso, havia ao menos três possibilidades interpretativas: interpretar a lei de improbidade administrativa a partir da dogmática penal, na qual crimes culposos são puníveis apenas se houver expressa disposição nesse sentido (art. 18,

parágrafo único, do Código Penal); ampliar a possibilidade de responsabilização culposa para todas as condutas descritas na lei de improbidade administrativa; e havia, ainda, quem defendesse a possibilidade de responsabilização sem, ao menos, a existência de elemento subjetivo, mormente das hipóteses do art. 11 da lei. (FERREIRA, 2019, p. 3)

Essa situação gerou enorme disparidade entre as decisões de piso:

As disparidades das sentenças em ações por atos de improbidade administrativa surgiam tanto nas absolvições quanto nas condenações, constatando-se uma falta de padronização assustadora, acontecendo na prática de fatos serem considerados ímprobos por um determinado juiz e em outra comarca, mesmo constatada eventual ilegalidade, serem desprezados para efeitos de aplicação das penalidades previstas na Lei em testilha. (MEZZARROBA, 2019, p. 3)

Trata-se de uma situação deveras preocupante, visto que a segurança jurídica é direito fundamental do jurisdicionado, assim como a isonomia. Não é admissível que dois cidadãos pratiquem atos análogos e um deles seja submetido às duras sanções da improbidade administrativa e o outro não. Essa espécie de situação gera descrédito para a atuação jurisdicional e fragiliza a proteção da moralidade administrativa, tão cara para os dias atuais. Justamente por isso essas demandas foram levadas aos tribunais superiores, que foram provocados a se pronunciarem sobre o tema.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) a questão gerou divergência entre as decisões das turmas do tribunal. A Primeira Turma fixou entendimento no sentido de que a inexistência de previsão expressa da possibilidade de sanção culposa nos arts. 9º e 11 afasta a possibilidade de responsabilização por culpa, vez que a lei de improbidade administrativa tem caráter eminentemente sancionatório, o que atrai a incidência daquilo que dispõe o art. 18, parágrafo único, do Código Penal (REsp 604.151/RS. Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 25/04/2006). A Segunda Turma, a seu turno, decidiu que na hipótese de ofensa a princípio da administração pública não era necessária a comprovação do elemento subjetivo do tipo, bastando a conduta do agente. (REsp 737.279/PR. Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13/05/2008)

No julgamento do REsp 715.212/AC, o STJ pacificou sua jurisprudência no sentido de exigir a comprovação do dolo quando a improbidade se basear em enriquecimento ilícito e ofensa a princípio da administração pública. No entanto, como alerta Vivian Maria Pereira Ferreira, o aparente consenso entre os membros do tribunal esconde fortes contradições práticas (FERREIRA, 2019, p. 9). Isso porque, superada a questão de se exigir ou não o dolo, cabia decidir acerca da espécie de dolo aplicável aos atos de improbidade. Em seu voto, mesmo

admitindo o elemento subjetivo doloso da improbidade, o Min. Herman Benjamin lançou mão da tese da voluntariedade, segundo a qual basta que o agente tenha a intenção de praticar o ato ímprobo para que o dolo fique comprovado, mesmo que não haja nenhum tipo de benesse ilícita ou vontade verificável de se burlar a lei. Na verdade, tal conceito se apresenta como uma espécie de responsabilização objetiva do agente, uma vez que todo ato do poder público é praticado intencionalmente. O que difere o ato probo do ímprobo é, a toda evidência, a intenção que o agente possui em malbaratear o erário público. Há de se diferenciar, portanto, improbidade de ilegalidade ou irregularidade do ato, que devem ser sanadas por outros meios.

A tese da voluntariedade foi rechaçada pelo STJ, tendo prevalecido o entendimento de que a comprovação de dolo genérico é mister para a responsabilização. Não é necessário, então, nenhuma intenção específica do agente, bastando que ele tenha agido com dolo. A admissão da possibilidade de responsabilização por ato praticado com dolo genérico acaba por permitir a punição indiscriminada de agentes públicos e particulares que cumpriram com seu dever de probidade:

O “dolo genérico”, ao menos como aplicado no precedente em análise, blindaria o julgador do dever de motivar sua decisão a partir do contexto fático. Isto é, no terreno pragmático, significaria suficiente o descumprimento patente da lei para constatar a improbidade. Em outras palavras, a mera violação à norma, em relação à qual não se pode alegar desconhecimento, atestaria a conduta ímproba. (CAMMAROSANO, 2013, p. 116)

O que se percebe, por outro lado, é que a sanção por improbidade administrativa exige um especial fim na conduta do agente. Isso porque, como já foi dito, todo ato administrativo é editado de forma dolosa. E mesmo que esse ato seja ilegal ou irregular, a configuração da improbidade administrativa deve exigir uma finalidade específica da conduta do agente público ou particular. Essa finalidade é justamente a obtenção de vantagens ilícitas às custas do erário público. Sobre a finalidade específica, Cezar Roberto Bitencourt (2018, p. 533) diz que:

A ausência desses elementos subjetivos especiais descaracteriza o tipo subjetivo, independentemente da presença do dolo. Enquanto o dolo deve materializar-se no fato típico, os elementos subjetivos especiais do tipo especificam o dolo, sem necessidade de se concretizarem, sendo suficiente que existam no psiquismo do autor, isto é, desde que a conduta tenha sido orientada por essa finalidade específica.

A lei n. 14.230, promulgada em 25 de outubro de 2021, alterou vários pontos da lei de improbidade administrativa. Talvez a mais relevante inovação foi a exigência de dolo para que o ato possa ser considerado ímprobo nos termos da lei (art. 1º, § 2º, lei n. 8.429/92). Foi abolida, então, a possibilidade de responsabilização por culpa nos casos de danos ao erário público. Mas as alterações foram ainda mais profundas. Isso porque foi inserido o § 2º no art. 1º da lei com a

seguinte redação: “considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta lei, não bastando a voluntariedade do agente”. A alteração legislativa pôs fim, então, à possibilidade de responsabilização por improbidade administrativa comprovando-se apenas o dolo genérico. Por expressa disposição legal, requer-se a comprovação de um especial fim da conduta do agente. Resta saber, então, se essa alteração se apresenta como uma fragilização da possibilidade de controle do poder político.

2. AUTORITARISMO E ATUAÇÃO JURISDICIONAL

Michael Stolleis, ao tratar da experiência nacional-socialista na Alemanha, afirma que “na Alemanha, a hora da necessidade é a hora do Executivo” (1998, p. 109). Com efeito, essa afirmação também pode ser utilizada para se referir ao Brasil. A ideia de autoritarismo no Brasil está fortemente atrelada ao Poder Executivo. No mais das vezes o Poder Judiciário é referido tão somente pela sua deferência a governos autoritários ou, no limite, por heroicas tentativas de freá-los. Poucas vezes se reflete acerca de atitudes autoritárias gestadas pelo Poder Judiciário, mesmo em situações de normalidade democrática, afinal qualquer agente que exerce poder pode dele abusar. Assim sendo, o objetivo deste tópico é demonstrar que, se não controlado, o Poder Judiciário pode agir de modo atentatório à democracia e às liberdades individuais.

Pode-se afirmar com certo grau de certeza que a experiência da Alemanha nazista é o modelo mais bem configurado de Estado autoritário. As atrocidades cometidas por meio do aparelhamento do Estado estão vivas na lembrança da humanidade – ou pelo menos deveriam estar. No que toca ao direito, especialmente no Brasil, há certo senso comum que afirma que os absurdos levados a cabo pelo nazismo são decorrentes de uma obediência cega dos juízes à legalidade, ou até mesmo da adoção de um modelo jurídico positivista. Essa afirmação não tem nenhuma aderência à realidade. A chegada dos nazistas ao poder não representou uma ruptura com a ordem jurídica vigente na República de Weimar. A Constituição de 1919 permanecia, ao menos em tese, vigente. O Código Civil de 1900 também (STOLLEIS, 1998). Apoiado em Bernd Rüthers, Rafael Tomaz de Oliveira (2019) afirma que dessa conclusão não pode decorrer a afirmação de que a ordem jurídica permaneceu intocada pelo regime nacional-socialista. No entanto, todo regime autoritário intenta manter a aparência de alguma espécie de legalidade, de modo que uma ruptura completa com o *status quo ante* se mostrava impossível. A opção do regime nazista foi por alterar o direito principalmente por meio da interpretação que os juízes davam a ele. Isso não quer dizer que eles não outorgavam

atos normativos, mas sim de que o material jurídico remanescente de Weimar era moldado interpretativamente para atender aos interesses do regime.

Para a consecução desse fim, os nazistas promoveram a eliminação de juízes resistentes ao regime. Além disso, o apoio de renomados juristas tinha o objetivo de criar um verniz de legalidade para o governo autoritário. No âmbito do Poder Judiciário, novas práticas interpretativas foram inseridas com o desiderato de minar a normatividade do direito, moldando-o às expectativas nazistas. No âmbito do Direito Civil, por exemplo, que sempre foi tido como uma “ilha de juridicidade” em um regime de exceção, as cláusulas gerais foram responsáveis por dar a elasticidade interpretativa que permitia aos juízes moldar as disposições legais de acordo com as ideologias dominantes (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2019). Em outras palavras: o direito vigente não foi revogado, mas instrumentalizado pelos agentes de poder. E essa instrumentalização teve como ator fundamental o Judiciário. Nas palavras de Rafael Tomaz de Oliveira:

Como bem assinala Lenio Streck – que, aliás, sempre destacou o caráter antidemocrático de posturas teórico-doutrinárias que estimulavam ativismos ou protagonismos judiciais-, quem defende a liberdade interpretativa dos juízes não conseguiu entender o problema em sua globalidade. Tão perigoso quanto o autoritarismo explícito, que propaga o terror e a violência por meio de rupturas claras com o Estado de Direito, é aquele que se expressa de forma invisível, penetrando nas sendas abertas das práticas jurídicas (2019, p. 27).

Essas reflexões auxiliam no enfrentamento do problema do protagonismo judicial na medida que o encara como uma ameaça à democracia. No contexto de um constitucionalismo democrático, mostra-se inadmissível a ideia de se sancionar de agentes públicos e particulares por atos de improbidade sem que haja dolo em sua conduta. Ademais, apesar de em alguns momentos o protagonismo judicial produzir resultados considerados por alguns justos e necessários, a mesma argumentação pode ser utilizada para destruir a democracia, perseguir minorias e negar vigência aos direitos fundamentais. Por todo o exposto, fica evidente que é necessária a demonstração de clara intenção do agente que praticou condutas tipificadas na lei de improbidade administrativa.

Também há claro risco democrático em teorias que apostam em um protagonismo judicial descontrolado. Parte da literatura jurídica brasileira peca por não realizar essa reflexão e propagar aos quatro cantos que, para que haja responsabilização de agentes políticos, é necessário o esgarçamento de suas garantias. No entanto, a proteção à probidade administrativa não pode ser realizada à revelia dos direitos e garantias individuais daqueles que supostamente cometeram atos ímprobos. Assim como a atuação jurisdicional representa um controle ao

exercício do poder, essa atuação deve também ser controlada a fim de que sejam evitadas decisões despóticas. Além do mais, o risco gerado pela atuação dos tribunais é ainda maior quando o sistema político se encontra em uma situação de paralisia ou desprestígio, porquanto pode se afigurar socialmente desejável – a menos para alguns setores da sociedade - a violação de garantias individuais para a consecução de determinadas finalidades (Cf. TRINDADE; OLIVEIRA, 2016).

Alterada a estrutura textual da lei de improbidade administrativa, é mister a adoção de uma teoria da decisão judicial democraticamente comprometida a fim de que os Tribunais não violem a expressa disposição legal. Apesar de não ser o objetivo principal deste trabalho, alguns apontamentos podem ser feitos sem que se perca a objetividade desejável a esta exploração. Com efeito, Lenio Streck cria uma teoria da decisão judicial no seio de sua *Crítica Hermenêutica do Direito* que busca fincar balizas que possam auxiliar o intérprete na busca da resposta correta⁷. Baseado nos escritos de Ronald Dworkin e no giro-linguístico representado principalmente pelas obras de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, Streck empreende esforços no sentido de que a teoria da decisão judicial encampe as mudanças ocorridas no constitucionalismo do pós-guerra, especialmente a normatividade dos princípios e a importância da democracia. Sendo assim, o autor, já há muito tempo, refuta qualquer tipo de postura ativista, tachando-a como antidemocrática. Há, portanto, uma revalorização da importância da interpretação, pois que o texto não contém todos os sentidos necessários para sua aplicação. Essa afirmação não pode, por outro lado, conduzir a subjetivismos.

Baseado na obra de Gadamer, Streck (2011a) aponta para o fato de que não existem métodos pré-fixados que possam dar conta da interpretação jurídica. Na verdade, método nenhum garante o resultado pretendido. O processo de interpretação do direito é, acima de tudo, um processo de atribuição de sentido ao enunciado normativo mediante constantes suspensões de pré-juízos do intérprete. O reconhecimento da inexistência de um método para se chegar à resposta correta em todos os casos não quer dizer que não haja princípios que possam servir de auxílio para que a decisão judicial possa ser considerada condizente com o arcabouço jurídico e, portanto, democrática. Lenio Streck elenca, ao menos, cinco desses princípios. São eles: i) preservação da autonomia do direito; ii) controle hermenêutico da interpretação constitucional; iii) respeito à integridade e coerência do direito; iv) dever

⁷ Para uma profunda discussão acerca da teoria da decisão judicial de Streck, ver: (STRECK, 2011b).

fundamental de justificar as decisões; e v) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

É necessário que a doutrina e os tribunais se atentem para a adoção e o aperfeiçoamento de uma teoria da decisão judicial democraticamente adequada, que leve em consideração os avanços democráticos das últimas décadas no Brasil. O objetivo deve ser sempre o pleno reconhecimento dos direitos fundamentais e a maior constitucionalização possível do direito, tendo como ponto de inferência o texto constitucional. Para tanto, as instâncias aplicadoras do direito devem se abster de proferir decisões ativistas, uma vez que o ativismo judicial é uma atitude que fere diretamente a democracia e a autonomia do direito. Para que se atinja tal objetivo, é necessário que alguns dogmas adotados pela teoria constitucional brasileira sejam revisitados.

É relevante que, no que toca especificamente ao tema do presente artigo, os Tribunais resistam ao “canto das sereias” de discursos moralistas no âmbito da sociedade civil que possam minar a normatividade da lei de improbidade administrativa com suas recentes alterações. Não se nos afigura correta a ideia de que a necessidade de comprovação do dolo para configuração de ato de improbidade enfraqueça o combate à corrupção e a esfera de proteção da moralidade administrativa. Exemplificativamente, no âmbito penal não se cogita que a necessidade de comprovação do dolo na conduta do agente enfraqueça o combate à criminalidade. Porque assim o seria no âmbito da improbidade administrativa? Na verdade, a alteração legislativa mostra-se como uma adequação que se alinha à finalidade última da lei e também como uma reação aos juízos e tribunais que realizaram inúmeros abusos a direitos fundamentais em nome do combate à corrupção.

3. O CONTROLE DO PODER POLÍTICO NA OBRA DE KARL LOEWENSTEIN

Feitas essas considerações acerca da exigência do dolo para a prática de ato de improbidade administrativa e sobre o autoritarismo judicial, resta relacioná-las com a ideia de controle do poder político em Karl Loewenstein. Para tanto, o seu texto “Teoria da Constituição”, publicado originalmente em inglês, no ano de 1957, será privilegiado, posto que é o *locus* no qual o autor trata do tema. Um relevante ponto introdutório da obra é que, para Loewenstein, a realidade política é definida pela luta pelo poder. Essa luta gera, dentre outras coisas, a necessidade de que se desenvolvam técnicas para exercer o poder político dentro de padrões limitados. Diz o autor que “os três incentivos fundamentais que dominam a vida do

homem na sociedade e regem a totalidade das relações humanas são: o amor, a fé e o poder” (LOEWENSTEIN, 1979, p. 23).⁸ Lowenstein ainda complementa dizendo que é uma constante histórica o fato de que o amor e a fé contribuem para a felicidade do homem, ao passo que o poder o leva ao sofrimento.

Ainda sobre a questão do poder, Loewenstein cita o caráter demoníaco do poder: “é evidente, e muitas são as provas disso, que onde o poder político não está restrito e limitado, o poder se excede” (LOEWENSTEIN, 1979, p. 28).⁹ O poder não controlado é, sob essa perspectiva, uma espécie degenerada de poder. Se o poder é uma situação de fato presente em todas as relações humanas, quando se considera o âmbito de atuação do Estado, ele se torna central. Colocando o poder como chave de compreensão de sociedade política, o objetivo da obra é, portanto, proceder a uma análise da questão do poder político e de seu controle, que é a pedra de toque do constitucionalismo. Isso porque o constitucionalismo enquanto movimento histórico surge em um contexto de anseio pela limitação do poder estatal e, na realidade europeia, se liga aos anseios da classe burguesa. Portanto, se falarmos em uma espécie de “espírito do constitucionalismo”, estaríamos a nos referir necessariamente à limitação do poder político que outrora fora arbitrário.

Percebe-se, então, que o constitucionalismo para Loewenstein é necessariamente democrático, pois seria uma contradição se falar em constitucionalismo em uma realidade política autocrática, na qual um único grupo político detém o poder. Logo, este é o critério que o autor usa para analisar sistemas políticos: se há diversos grupos que disputam e detém reciprocamente o poder e há controle do poder político, o sistema político pode ser considerado constitucionalista e, portanto, democrático; de outra banda, se houver poder político concentrado nas mãos de um único grupo político que foge a qualquer possibilidade de controle, o sistema é autocrático. Essa análise deve ser feita em todos os momentos que envolvem o poder político, quais sejam: a chegada ao poder, o exercício do poder e o efetivo controle por parte dos destinatários do poder (CASANOVA, 1965, p. 79). Além disso, o controle do poder político pode ocorrer inserido na estrutura do próprio Estado (controle intraórgãos e interórgãos) ou partir dos destinatários do poder.

⁸ Texto original: “Los tres incentivos fundamentales que dominan la vida del hombre en la sociedad y rigen la totalidad de las relaciones humanas, son: el amor, la fe y el poder”.

⁹ Texto original: “Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede”.

Nesse contexto, é relevante que se identifique quem são os detentores do poder. Uma primeira categoria de detentores do poder são os detentores oficiais e legítimos. Eles são facilmente verificáveis, uma vez que possuem investidura constitucional. Diz o autor que: “são aqueles órgãos e autoridades e seus correspondentes funcionários que estão encarregados pela Constituição de desempenhar determinadas funções com base no interesse da sociedade estatal” (LOEWENSTEIN, 1979, p. 36). Loewenstein se refere, portanto, a todos aqueles que exercem o poder político próprio do Estado. No caso brasileiro, são os membros dos três poderes, da administração indireta, fundacional, etc. Mas há ainda um segundo grupo: os detentores extraoficiais do poder. Esses detentores do poder são aqueles que, mesmo não sendo parte da estrutura estatal, exercem influência nas tomadas de decisões. Podemos citar, por exemplo, os grupos de pressão, a mídia, e os financiadores de campanhas.

CONCLUSÃO

Na estrutura conceitual de Loewenstein, todos os detentores do poder devem ser controlados para que o ideal de limitação seja alcançado. É possível que se afirme, portanto, que tanto os membros do Estado que possuem a incumbência de tutelar a moralidade administrativa por meio da ação de improbidade quanto os agentes que a ela se submetem devem ser controlados. Sob uma perspectiva, a ação de improbidade administrativa se mostra como um método eficaz de sancionar atos ímprobos realizados no âmbito da administração pública. De outra parte, os agentes públicos incumbidos de investigar, processar e julgar atos de improbidade também devem ter sua atuação limitada, afinal eles fazem parte do todo do Estado e podem ferir direitos fundamentais.

Nesse contexto, a exigência de comprovação do dolo nas ações de improbidade administrativa é a consagração da ideia de controle do poder político, e não o inverso. O que se verificava quando da aplicação da lei de improbidade pelos tribunais era o exercício quase ilimitado do poder punitivo do Estado. Seja se valendo do conceito de voluntariedade ou de dolo genérico, no campo da aplicação do texto legal, os tribunais responsabilizavam os agentes públicos e terceiros envolvidos de modo objetivo. As decisões, no mais das vezes, eram carentes de fundamentação que demonstrasse, por meio do contexto fático comprovado nos autos, a intenção dos agentes em violar a moralidade administrativa. É evidente que sob a perspectiva do controle do poder político isso é inaceitável. Sob a égide dos paradigmas supramencionados, todo e qualquer indivíduo que atue no âmbito do estado estaria sujeito a ser responsabilizado

por ato de improbidade administrativa, mesmo que sempre tenha tido zelo para com a coisa pública. Essa possibilidade oportuniza discricionariedades e perseguições políticas como as que são amplamente divulgadas atualmente.

Além do mais, a vinculação da sanção por improbidade administrativa à comprovação do dolo é uma decorrência da própria dogmática penal. Tendo em consideração as gravosas sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, aos indivíduos que eventualmente forem réus da ação devem ser asseguradas todas as garantias processuais penais. Não se afigura possível tratar a ação de improbidade administrativa como mais uma espécie de ação cível, pois os condenados em ações de improbidade podem ter afetados, além do seu patrimônio, seus direitos políticos e seus cargos públicos.

Buscou-se demonstrar, também, o risco democrático que a atuação jurisdicional representa e que muitas vezes não é devidamente considerado. Uma atuação descontrolada por parte do Poder Judiciário pode gerar condutas arbitrárias que não condizem com os ideais democráticos consagrados na Constituição Federal. Isso porque, ainda com Loewenstein, quem possui o poder tende a dele abusar. Para tanto, não basta o estabelecimento legal da necessidade de comprovação do dolo nas ações de improbidade. É necessário que haja a adoção de uma teoria da decisão democraticamente comprometida. A esse respeito, a observância dos preceitos legais é imprescindível.

Por fim, também não há de se falar em fragilização do combate à corrupção. E isso se deve ao fato de que a existência da lei de improbidade administrativa se relaciona com o anseio popular de moralização da atuação do Estado. Sendo assim, o objetivo é a punição dos indivíduos que transgridem seu dever de probidade. A punição indiscriminada de agentes públicos sem a comprovação de que eles agiram com a finalidade de lesar o Estado desvirtua a finalidade própria da lei. De modo resumido, a alteração promovida pela lei n. 14.230/21 no que toca ao dolo se harmoniza com o conteúdo substantivo do Estado Democrático de Direito, com a dogmática penal e com a ideia de controle do poder político conforme delineada por Karl Loewenstein.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: volume I. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*. Belo Horizonte: Forum, 2006.
- CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ. *Revista CEJ*, n. 61, p. 115-121, 2013.
- CASANOVA, JA González. La idea de constitución en Karl Loewenstein. *Revista de Estudios Políticos*, n. 139, p. 73-98, 1965.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.
- FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo na improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da administração pública. *Revista de Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019.
- LIVIANU, Roberto. Do pacote pró-corrupção às eleições. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 de nov. de 2021.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.
- MEZZAROBA, Orides; DIAS, Jean Colbert; FERREIRA, Anderson. Uma nova concepção sobre a lei de improbidade administrativa e seu alcance. O dolo e a má-fé como elementos fundantes da responsabilização. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, v. 3, n. 24, p. 363-384, 2019.
- STOLLEIS, Michael. *The Law under the Swastika: Studies on the Legal history in Nazi Germany*. Chicago: Chicago University Press, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. *Revista de*
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Na barriga do beemote: reflexões sobre o direito e o não-direito no contexto de *As Benevolentes* de Jonathan Littell. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 5, n. 1, 2019.

TRINDADE, André Karam; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. O ativismo judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 11, p. 751, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Submetido em 21.09.2022

Aceito em 30.09.2022