

The cover features a futuristic cityscape with a prominent observation pod in the foreground. The pod is spherical with a glass enclosure and a metallic frame, set against a backdrop of a dense urban environment. The sky is a mix of blue and purple hues, suggesting a sunset or sunrise. The title 'REVISTA INCLUSIONES' is prominently displayed in large, white, sans-serif capital letters. Below the title, a purple rectangular box contains the subtitle 'HACIA UN FUTURO PROMETEDOR'. At the bottom left, the journal's details are listed in white text.

REVISTA INCLUSIONES

HACIA UN FUTURO PROMETEDOR

Revista de Humanidades y Ciencias Sociales

Volumen 7 . Número Especial

Octubre / Diciembre

2020

ISSN 0719-4706

CUERPO DIRECTIVO

Director

Dr. Juan Guillermo Mansilla Sepúlveda
Universidad Católica de Temuco, Chile

Editor

OBU - CHILE

Editor Científico

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Pontificia Universidade Católica de Sao Paulo, Brasil

Editor Europa del Este

Dr. Aleksandar Ivanov Katrandzhiev
Universidad Suroeste "Neofit Rilski", Bulgaria

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Portada

Lic. Graciela Pantigoso de Los Santos
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza
Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado
Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto
Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dra. Nidia Burgos
Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Francisco José Francisco Carrera
Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González
Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González
Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy
Universidad de La Serena, Chile

Mg. Cecilia Jofré Muñoz
Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya
Universidad Adventista de Chile, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach
Universidad de Potsdam, Alemania
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Mg. Rocío del Pilar Martínez Marín
Universidad de Santander, Colombia

Ph. D. Natalia Milanesio
Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero
Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Dra. Eleonora Pencheva
Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira
Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga
Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona
Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra
Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz
Universidad del Salvador, Argentina

Ph. D. Stefan Todorov Kapralov
South West University, Bulgaria

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía

Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu

Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dr. Javier Carreón Guillén

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie

Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo

Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo

Universidad de Chile, Chile

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandia

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Antonio Hermosa Andújar

Universidad de Sevilla, España

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau

Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

Scuola Normale Superiore di Pisa, Italia

Universidad de California Los Ángeles, Estados Unidos

Dr. Francisco Luis Girardo Gutiérrez

Instituto Tecnológico Metropolitano, Colombia

José Manuel González Freire

Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera

Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre

Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dr. Miguel León-Portilla

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura

Instituto de Estudios Albacetenses "Don Juan Manuel", España

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros

Diálogos em MERCOSUR, Brasil

+ Dr. Álvaro Márquez-Fernández

Universidad del Zulia, Venezuela

Dr. Oscar Ortega Arango

Universidad Autónoma de Yucatán, México

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut

Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. José Sergio Puig Espinosa

Dilemas Contemporáneos, México

Dra. Francesca Randazzo

Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras

Dra. Yolando Ricardo

Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza

Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix

*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Maura de la Caridad Salabarría Roig

Dilemas Contemporáneos, México

Dr. Adalberto Santana Hernández

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Josep Vives Rego

Universidad de Barcelona, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Dra. Elian Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa

*Instituto Universitario de Lisboa, Portugal
Centro de Estudios Africanos, Portugal*

Dra. Alina Bestard Revilla

*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y el
Deporte, Cuba*

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Ada Gallegos Ruiz Conejo

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dra. Carmen González y González de Mesa

Universidad de Oviedo, España

Ph. D. Valentin Kitanov

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Luis Oporto Ordóñez

Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de Porres, Perú

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. Vivian Romeu

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

**REVISTA
INCLUSIONES** M.R.
REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. María Laura Salinas
Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

Dr. Stefano Santasilia
Universidad della Calabria, Italia

Mg. Silvia Laura Vargas López
Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

**CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL**

Dra. Jaqueline Vassallo
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Dr. Evandro Viera Ouriques
Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez
Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec
Universidad Wszechnica Polska, Polonia

Editorial Cuadernos de Sofía
Santiago – Chile
OBU – C HILE

Indización, Repositorios y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:





REX



UNIVERSITY OF SASKATCHEWAN



Universidad de Concepción



BIBLIOTECA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE LEGAL NATURE OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY SUIT

Mg. Lucas Cavina Mussi Mortati

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5479-8626>

lucasmortati@hotmail.com

Fecha de Recepción: 25 de julio de 2020 – **Fecha Revisión:** 30 de julio de 2020

Fecha de Aceptación: 26 de septiembre 2020 – **Fecha de Publicación:** 01 de octubre de 2020

Resumo

O presente artigo trata, à luz da diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, da natureza jurídica da importante ação de improbidade administrativa, se civil, penal ou mista, trazendo os diferentes posicionamentos da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, bem como as consequências inerentes à natureza. Tudo sem perder de vista o objetivo maior da Lei de Improbidade Administrativa, qual seja: combater a corrupção, sancionando as graves condutas ímprobas, na medida de suas gravidades, mas sempre respeitando o devido processo legal, dentre outros direitos e garantias constitucionais.

Palavras-Chaves

Direitos e garantias fundamentais – Natureza jurídica – Ação de Improbidade Administrativa

Abstract

This paper deals, under the point of view of the differentiation between fundamental rights and guarantees, the legal nature of the important administrative improbity suit, whether civil, criminal or mixed, bringing the different positions of doctrine and jurisprudence on the subject, as well as the consequences inherent to legal nature. All without losing sight of the main objective of the Administrative Improbity Law, which is: to fight corruption, sanctioning this serious conduct, to the extent of its gravity, but always respecting due process of law, among other constitutional rights and guarantees.

Keywords

Fundamental rights and guarantees – Legal Nature – Administrative Improbity Suit

Para Citar este Artículo:

Mortali, Lucas Cavina Mussi. A natureza jurídica da ação de improbidade administrativa. Revista Inclusiones Vol: 7 num Especial (2020): 59-74.

Licencia Creative Commons Attribution Non-Comercial 3.0 Unported
(CC BY-NC 3.0)

Licencia Internacional



MG. LUCAS CAVINA MUSSI MORTATI

Introdução

Como é cediço, a determinação da natureza jurídica de um instituto se faz através da sua inclusão em alguma categoria jurídica mais ampla, na qual ele será inserido ao lado de outros institutos com os quais aquele tenha características comuns. Ou seja, determinar a natureza jurídica de um instituto nada mais é do que classificá-lo juridicamente.¹

Um mesmo fenômeno pode ser classificado de maneiras diversas, segundo critérios classificatórios distintos. Para critérios classificatórios distintos, classificações distintas. E ambas, evidentemente, são cientificamente válidas.²

Ter uma natureza não exclui que o fenômeno jurídico tenha, também, a outra. Fundamental é que o jurista estabeleça qual critério – ou quais critérios – empregará para classificar o fenômeno e, assim, será possível determinar a natureza (ou as naturezas) que o instituto tem para o Direito.

Tecida tal consideração inicial, válido dizer que o enfoque deste artigo é analisar especificamente a controvertida natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, sob a perspectiva dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, é bom lembrar que a Lei de Improbidade Administrativa se insurge no ordenamento jurídico brasileiro como mais um mecanismo de controle da probidade administrativa. O que se faz extremamente necessário em um país onde a corrupção parece estar arraigada, cujo caráter patrimonialista do Estado se relaciona, não se pode esquecer, em grande medida, à “dominação tradicional” mencionada por Max Weber³. A aludida lei é uma medida, no plano normativo evidentemente, que visa salvaguardar a característica básica do republicanismo, que é a busca pelo “bem comum”, em um país onde, infelizmente, ainda impera a confusão entre os espaços público e privado, em conjunto com o desmando e o descalabro com o bem público, o que além de imoral, ilegal, ilícito, ilegítimo e antiético, constitui uma das barreiras ao desenvolvimento nacional, que se afigura como um objetivo fundamental, constitucionalmente previsto, da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal).

Para se alcançar o objetivo do presente artigo, inicialmente, será exposto o que se entende por direitos fundamentais e se examinará se há diferença entre os termos direitos e garantias, tendo em vista que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, prevê ambos, mas não trata de distingui-los, talvez por conta de que, na ordem prática, não se chega a efeitos distintos significativos para uns e outros.

Em um segundo momento, será feita uma exposição acerca da natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, com o fito de, ao final, verificar-se quais as consequências inerentes de determinada natureza e se elas são aplicáveis quanto na ação em questão, bem como se tal instituto é passível de se enquadrar como direito ou garantia fundamental.

¹ Alexandre Freitas Câmara, Manual do mandado de segurança. 2. edição. (São Paulo: Atlas, 2014).

² Alexandre Freitas Câmara, Manual do mandado...

³ Max Weber, Economia e sociedade. 4. ed. Vol: 1 (Brasília: UNB, 2004).

Direitos e Garantias Fundamentais

A previsão de direitos em textos constitucionais integra a própria concepção de constituição material como tal já desde o final do Século XVIII.

O uso da expressão “direitos fundamentais”, pelo menos de modo mais disseminado, é relativamente recente, tendo o nosso Constituinte se inspirado principalmente na Lei Fundamental da Alemanha (na Constituição de Weimar, 1919, o termo já era utilizado) e na Constituição portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo⁴.

Com efeito, ao longo da trajetória do constitucionalismo houve uma evolução que culminou com a construção e difusão de um determinado conceito de direitos fundamentais, que não é exatamente igual em todas as ordens jurídicas. Embora a existência de elementos mínimos em comum, há que distinguir entre um conceito genérico de direitos fundamentais e um conceito constitucionalmente adequado, no sentido daquela concepção efetivamente adotada por determinada ordem constitucional.⁵

Assim, para a compreensão do conceito de direitos fundamentais adotado pela Constituição Federal, é preciso retomar o fato de que direitos fundamentais são em primeira linha direitos constitucionalmente reconhecidos e, ao menos em tese, como tais assegurados, compartilhando, portanto, da supremacia hierárquica comum às normas constitucionais em geral.⁶

A guinada rumo ao atual conceito de direitos fundamentais, adotado também pela Constituição Federal, ocorreu com a Lei Fundamental de Bonn de 1949 que, acompanhada da doutrina e da jurisprudência constitucional na evolução subsequente, inaugurou uma nova era.⁷

Os redatores da Lei Fundamental compreenderam que seria absolutamente necessário corrigir as diversas fragilidades que inquinavam a Constituição de Weimar, dentre elas a ausência de força normativa diretamente vinculante, bem como de um

⁴ Na Constituição de 1824, falava-se nas “Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, ao passo que a Constituição de 1891 continha simplesmente a expressão “Declaração de Direitos” como epígrafe da Seção II, integrante do Título IV (Dos cidadãos brasileiros). Na Constituição de 1934, utilizou-se, pela primeira vez, a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mantida nas Constituições de 1937 e de 1946 (integrando o Título IV da Declaração de Direitos), bem como na Constituição de 1967, inclusive após a Emenda 1 de 1969, integrando o Título da Declaração de Direitos. Entre nós, aderindo à utilização da expressão direitos fundamentais e endossando também a argumentação ora desenvolvida, ver entre outros, especialmente o ensaio de Dimitri Dimoulis em “Dogmática dos direitos fundamentais: conceitos básicos”, Caderno de comunicações, Revista do curso de mestrado em direito da Universidade Metodista de Piracicaba, 13 y Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. edição. (São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017), disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais> (Acessado em: 13/06/2020).

⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

⁶ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

sistema de garantias materiais e processuais que tivesse condições de assegurar a força superior dos direitos fundamentais.⁸

Entretantes, como leciona Ingo Wolfgang Sarlet⁹, “o que se percebe é que a concepção de direitos fundamentais passou a reunir tanto a sua condição de direitos constitucionalmente reconhecidos, quanto um conjunto de garantias (materiais e/ou processuais) que lhes asseguram um regime jurídico próprio e qualificado, no sentido de diferenciado e mais reforçado do que o regime comum às demais normas constitucionais”.

E, na visão do citado professor, também compartilhada por Canotilho¹⁰, tem-se que a condição de direitos fundamentais resulta de uma reunião entre dois elementos: um de natureza material e o outro de matiz formal.

No seu viés formal, a condição dos direitos fundamentais se encontraria ligada ao direito constitucional positivo e diz respeito ao conjunto de garantias (formais, porquanto expressa ou mesmo implicitamente sediadas na Constituição) que precisamente asseguram aos direitos (fundamentais) um regime jurídico diferenciado e qualificado na ordem jurídico-constitucional.¹¹

Isso significa que o elo comum da fundamentalidade em sentido formal não implica um modelo uniforme, pois a natureza, conteúdo e alcance das garantias constitucionais e que qualificam o regime jurídico dos direitos é em geral variável.¹²

O conceito adotado do ponto de vista teórico e incorporado a grande parte das constituições em vigor, tem como comum a atribuição, pelo constituinte, de um regime jurídico qualificado a determinadas posições jurídicas consideradas relevantes para tal fim pelo Constituinte. Mas, a despeito desse piso comum, o conceito de direitos fundamentais é sempre em maior ou menor medida peculiar a cada ordem constitucional. Tanto é assim, que há sistemas constitucionais contemplando direitos fundamentais distintos quanto à sua fundamentalidade, mas que ainda assim são todos fundamentais porquanto detentores, em alguma medida, de um regime jurídico qualificado.¹³

Já o que costuma ser designado de fundamentalidade em sentido material, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. É muitas vezes por intermédio do direito constitucional positivo (no caso do Brasil, do art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material implica a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto (com destaque para os direitos constantes dos tratados de direitos humanos não incorporados ao texto da CF), e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal.¹⁴

⁸ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

¹⁰ Joaquim José Gomes Canotilho, Direito constitucional. 5. edição (Coimbra: Livraria Almedina, 1992), 509.

¹¹ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

¹² Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

¹³ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

¹⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

No que diz, ainda, respeito à nota distintiva da fundamentalidade de determinados direitos, é preciso enfatizar que, no sentido jurídico-constitucional, um determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesma, mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte histórico de cada Estado, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e de um regime jurídico-constitucional qualificado assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais e correspondentes posições jurídicas associadas a tais valores.¹⁵

Para Alexy¹⁶ os direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário.

E Ingo Wolfgang Sarlet¹⁷, assumidamente inspirado no conceito de Robert Alexy, propõe a seguinte definição de direitos fundamentais:

“Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo (na ótica do Constituinte), foram, por seu conteúdo e importância, integradas – de modo expresso ou implícito, bem como por força da abertura material do catálogo constitucional (art. 5º, § 2º, CF) – à Constituição formal e/ou material, além de subtraídas à plena disposição dos poderes constituídos, porquanto dotadas de um regime jurídico qualificado e reforçado.”

Feita tal breve digressão para então se chegar à definição dos direitos fundamentais, em grande parte baseada nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, questiona-se agora se existem diferenças entre direitos e garantias ou se tais expressões contidas no texto constitucional são sinônimas.

Tais termos referem-se a conteúdos diversos ou não? São eles em si apenas nomes distintos para a mesma “coisa” ou se assim o é apenas em relação a parte das expressões relacionadas?

Quanto ao ponto, em um primeiro momento, necessário se faz analisar a literalidade do próprio texto constitucional.

Feito isso, verificar-se-á que o Título II da CF é denominado “Direitos e Garantias Fundamentais”, o que leva, isoladamente, a compreensão, a partir do entendimento de que a lei não possui palavras inúteis, mormente mediante a utilização da conjunção “e”, que direitos e garantias são coisas distintas.

Como bem lembra Alexandre de Moraes¹⁸, a distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa.

¹⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

¹⁶ Robert Alexy, Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Revista de direito administrativo, Vol. 217 (Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho/setembro.1999), 407.

¹⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

¹⁸ Alexandre Moraes, Direito constitucional. 2. edição. rev. e atual. até a EC num 91 (2016): 94.

Rui Barbosa¹⁹, analisando a Constituição de 1891, distinguiu:

"as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos, estas as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito".

Porém, adverte, a propósito, José Afonso da Silva²⁰, que, embora se procure distinguir direitos e garantias a partir das noções de declaração e assecuração, não é decisivo, "em face da Constituição, afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória".

Gilmar Mendes²¹ diferencia os direitos e as garantias fundamentais, mas alerta que, por vezes, a fronteira entre uma e outra categoria não se mostra clara, o que não apresenta importância prática, uma vez que a ordem constitucional brasileira confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais:

"No âmbito das classificações dos direitos fundamentais, intenta-se, por vezes, distanciar os direitos das garantias. Há, no Estatuto Político, direitos que têm como objeto imediato um bem específico da pessoa (vida, honra, liberdade física). Há também outras normas que protegem esses direitos indiretamente, ao limitar, por vezes procedimentalmente, o exercício do poder. São essas normas que dão origem aos direitos-garantia, às chamadas garantias fundamentais.

As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito.

(...)

Nem sempre, contudo, a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida – o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais."

Nessa linha de entendimento, pode-se dizer que os direitos fundamentais são interesses juridicamente protegidos. Quando se fala de direitos, fala-se em bens e vantagens. Os direitos fazem parte da esfera jurídica. São declarações que compõem uma esfera jurídica de uma pessoa.

¹⁹ Rui Barbosa, República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República) (Petrópolis-Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978), 121.

²⁰ José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo. 15. edição. (São Paulo: Malheiros Editores, 1998), 189. Anota o autor que "a Constituição, de fato, não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias. Assim é que a rubrica do Título II enuncia: 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais', mas deixa à doutrina pesquisar onde estão os direitos e onde se acham as garantias" (...). Às vezes, "ela se vale de verbos para declarar direitos que são mais apropriados para enunciar garantias. Ou talvez melhor diríamos, ela reconhece alguns direitos garantindo-os".

²¹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de direito constitucional. 13 edição. rev. e atual. (São Paulo: Saraiva Educação, 2018), 251.

Ou seja, direito é uma norma de conteúdo declaratório. São normas que declaram a existência de um interesse, de uma vantagem, como, por exemplo, o direito à vida, à propriedade etc.

Enquanto que as garantias fundamentais seriam direitos que asseguram outros direitos. Elas têm um caráter instrumental. São normas norma de conteúdo assecuratório, que servem para assegurar o direito declarado, ou seja, trata-se de norma que assegura o exercício do interesse.

As garantias fundamentais, no dizer do professor Paulo Bonavides²², são: “Um meio de defesa, se coloca então diante do direito, mas com este não se deve confundir”. As garantias são, portanto, os instrumentos através dos quais o cidadão pode assegurar seus direitos fundamentais.

Tem-se, por exemplo, a liberdade de locomoção. Para assegurar o direito de liberdade de locomoção há uma garantia, que é o habeas corpus.

Ademais, é pertinente também diferenciar garantias fundamentais e remédios constitucionais, na medida em que estes últimos se afiguram como espécie do gênero garantia. Até mesmo porque, uma vez consagrado o direito, a sua garantia nem sempre estará nas regras definidas constitucionalmente como remédios constitucionais. Em determinadas situações a garantia poderá estar na própria norma que assegura o direito.

Logo, ontologicamente, é possível dizer que a ação é uma garantia, pois sua previsão constitucional constitui norma de conteúdo assecuratório, vez que serve para assegurar um direito. É uma garantia constante do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”. Por esse prisma constitucional, a ação pode ser vista, a princípio, como uma garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais, com a finalidade de assegurar um determinado direito, ainda que este não seja fundamental.

Para Canotilho²³, por sua vez, rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (exemplo: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio do *non bis in idem*).

Roborando tal entendimento, Jorge Miranda²⁴ ensina que:

“clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda

²² Paulo Bonavides, Curso de Constitucional. 16º. (São Paulo: Editora Malheiros, 2005), 526.

²³ Joaquim José Gomes Canotilho, Direito constitucional... 520.

²⁴ Jorge Miranda, Manual de direito constitucional. 4. edição (Coimbra: Coimbra Editora, 1990), 88-89.

que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção juracionista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.

Ao que parece, para alguns, as garantias são como espécies do gênero direito e, por isso, são direitos-garantia. Aparentemente baseado nessa premissa, Ingo Wolfgang Sarlet²⁵ afirma que, do ponto de vista dos direitos fundamentais no sentido por ele sustentado:

“não existe diferença entre direitos e garantias, pois embora o termo garantias assumam uma feição de caráter mais instrumental e assecuratório dos direitos, como é o caso, de modo especial, das garantias processuais materiais (devido processo legal, contraditório) e das assim chamadas ações constitucionais, em verdade se trata de direitos-garantia, pois ao fim e ao cabo de direitos fundamentais.”

O que se denota é que Ingo Wolfgang Sarlet lembra que, em verdade, as garantias são direitos, tanto no aspecto objetivo (positivo), já que não deixar de se tratar de direito colocado pelo homem na sociedade, quanto no aspecto subjetivo, vez que inerente a faculdade de agir do indivíduo para objetivar um interesse garantido pela lei:

“A própria distinção entre direitos e garantias, por sua vez, não pode mascarar a circunstância de que, em termos gerais, as garantias, embora evidentemente tenham uma função de natureza assecuratória e, nesta perspectiva, instrumental, atuam também como direitos (tanto na dimensão subjetiva quanto na dimensão objetiva), pois investem o seu titular de uma posição subjetiva no sentido de invocar a garantia em seu favor. É por esta razão que muitos preferem utilizar – opção aqui considerada correta – as expressões direitos-garantia ou princípios-garantia.”²⁶

Em suma, em que pese hajam diferentes concepções sobre as garantias constitucionais, fato é que, mesmo aqueles que defendem como correta a nomenclatura direitos-garantia, reconhecem que o conteúdo de uma garantia ou de um direito-garantia, por sua natureza assecuratória e instrumental, difere-se daquelas disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos. Estabelecido este fato que, não há como negar, consubstancia uma diferença, passar-se-á a analisar a natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, para então verificarmos se ela se enquadra como uma garantia constitucional (ou direito-garantia como preferem alguns) ou direito fundamental.

Natureza Jurídica da Ação de Improbidade Administrativa

Não há consenso acerca do tema relativo à natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, havendo controvérsia jurisprudencial e doutrinária. Podem ser apontadas três correntes:

²⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, Conceito de direitos

²⁶ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, Curso de direito constitucional. 8. edição. (São Paulo: Saraiva Educação, 2019), 360.

a) A primeira entende que os seus efeitos são de natureza administrativa e patrimonial, ou seja, cível no sentido *lato*.

b) A segunda defende que ela encerra, preponderantemente, conteúdo de Direito Penal.

c) A terceira adota posição eclética. Firma compreensão no sentido de que, dependendo da autoridade que for chamada para integrar o pólo passivo, ela terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa.

A natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa é controvertida, até mesmo por força do disposto no artigo 12 dessa lei, o qual previu que o agente público estaria sujeito às penalidades ali descritas, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”.

A Lei 8.429/1992 pode sugerir ao intérprete uma natureza penal ou até mista da ação de improbidade administrativa. O Capítulo III tem como título “Das penas”, enquanto o Capítulo VI trata “Das disposições penais”. O art. 17, § 7º, prevê uma fase preliminar de recebimento da petição inicial sob o crivo do contraditório típico do procedimento penal previsto para os crimes funcionais, no qual se prevê uma fase preliminar de notificação dos demandados para o oferecimento de uma defesa prévia ao recebimento da denúncia (arts. 513 a 515 do CPP). E o mesmo dispositivo, em seu § 12, prevê a aplicação das regras consagradas no art. 221, caput e § 1º, do CPP nos depoimentos e inquirições.²⁷

Todavia, a doutrina, de forma amplamente majoritária, entende que a ação de improbidade administrativa tem natureza civil²⁸. É no mesmo sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal²⁹ e do Superior Tribunal de Justiça³⁰.

Como lembra a melhor doutrina, o art. 37, § 4º, da CF, ao prever as sanções imputáveis ao ato de improbidade administrativa, expressa que sua aplicação em ação específica para tal fim não prejudica a ação penal, o que permite a conclusão de não ter a ação de improbidade administrativa natureza penal.³¹

²⁷ Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual – 7. edição. (Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019), 135.

²⁸ Sérgio Ferraz, Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa, em Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. 2. edição., eds. Cassio Scarpinella Bueno, Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (São Paulo: Malheiros, 2003), 413; Pedro Roberto Decomain, Improbidade administrativa (São Paulo: Dialética, 2007), 228; Lucia Valle Figueiredo, Alguns aspectos tópicos da improbidade administrativa, em Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. 2. edição., eds. Cassio Scarpinella Bueno; Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (São Paulo: Malheiros, 2003), 336; Eurico Ferraresi, Improbidade administrativa (São Paulo: Método, 2011), 170.

²⁹ Supremo Tribunal Federal, julgamento do plenário, Pet 3240 AgR/DF, Relator Ministro Teori Zavascki, Redação para o acórdão com Ministro Roberto Barroso, julgado em 10/05/2018 (Informativo de Jurisprudência do STF 901).

³⁰ Superior Tribunal de Justiça, julgamento da 5.ª Turma, HC 50.545/AL, Relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 15/08/2006, Publicado no Diário de Justiça em 04/09/2006, 298 y Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Manual de Improbidade... 135.

³¹ Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Manual de Improbidade... 135.

Além deste, os demais fundamentos da corrente que entende pela natureza civil da ação de improbidade administrativa, defendida, entre outros, por José Augusto Delgado³², Celso Antônio Bandeira de Mello³³, Maria Sylvania Di Pietro³⁴, Ricardo Antônio Andreucci³⁵, Flávio Sátiro Fernandes³⁶ e Fábio Medina Osório³⁷, podem ser sintetizados da seguinte forma: i) a Lei nº 8.429/92, analisada sistematicamente, instituiu norma de direito material e processual com fim específico de punir, na esfera cível lato sensu, aqueles que praticam improbidade administrativa, sem afastar os aspectos penais incidentes, de acordo com o princípio da legalidade, sobre ações consideradas ilícitas cometidas pelo mesmo agente; ii) não é possível cogitar da idéia de que a Lei nº 8.429/92 necessitasse de processo criminal para aplicação de suas sanções, porquanto o próprio legislador, no âmbito de sua soberana discricionariedade, previu o veículo da ação civil da improbidade para imposição das consequências jurídicas decorrentes dos atos da improbidade administrativa³⁸; iii) em casos de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor público ficará sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 33, § 4º), sendo imprescritível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao erário (art. 37, § 5º)³⁹; iv) difícil o eventual entendimento de que haveria natureza criminal nas condutas dos agentes políticos que tipificassem improbidade administrativa, porque, a seguir esse raciocínio, estar-se-ia abrindo sério precedente de ampliação das redes do Direito Penal ao arrepio do princípio da legalidade, o que merece pronto repúdio⁴⁰; v) os tipos previstos na Lei nº 8.429/92 não se ajustam às exigências do direito penal, especialmente porque não possuem natureza criminal, não sendo possível alargar sua incidência para o campo em que a liberdade humana e os próprios efeitos secundários da decisão judicial possuem perversos reflexos na vida das pessoas⁴¹.

No mais, nessa linha de entendimento, pode-se ainda aduzir que o princípio presente na Constituição Federal, no sentido de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, é dirigido diretamente às condenações penais. Enquanto que o art. 8º da Lei nº 8.429/92 estabelece o seguinte: "O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança"⁴².

³² José Augusto Delgado, *Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa*. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n. 1, p. 1-106, Jan./Jun. (2002), 21-31.

³³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*. 6. edição. (São Paulo: Malheiros, 1995), 135.

³⁴ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*. 4. edição. (São Paulo: Atlas, 1994), 7 e 219.

³⁵ Ricardo Antônio Andreucci, *O crime de improbidade administrativa na reforma penal* (Porto Alegre: Plenum, 1999).

³⁶ Flávio Sátiro Fernandes, *Improbidade administrativa*. Jus Navegandi, num 21 (1997), disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=359> (Acessado em: 19/06/2020).

³⁷ Fábio Medina Osório, *Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92*. 2. edição. (Porto Alegre: Síntese, 1998), 224.

³⁸ Fábio Medina Osório, *Improbidade administrativa: observações...* 218.

³⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito ...* 135.

⁴⁰ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*. 4. edição. (São Paulo: Atlas, 1994), 219.

⁴¹ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito administrativo...* 219 y José Augusto Delgado, *Improbidade Administrativa: algumas...* 23-24.

⁴² José Augusto Delgado, *Improbidade Administrativa: algumas...* 25.

Ou seja, tratando-se da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, tem-se que uma das condenações impostas ao réu é a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens. E esta condenação atingirá o sucessor quanto a esses aspectos patrimoniais, pelo que passará a responder, na falta do réu, até o limite do valor da herança⁴³. Fato este que corrobora a evidenciar a natureza não penal da lei em questão.

Respeitado o entendimento contrário, a par dos argumentos em exame, sólidos e compatíveis com o nosso ordenamento jurídico, parece mesmo ser mais adequado sustentar a natureza jurídica não penal da Lei nº 8.429, de 2.6.1992.

Conclusão diversa não haveria razão de ser quanto as sanções previstas no art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/92, que não se tratam de normas de caráter penal, seja pelo disposto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, que expressamente prevê tais sanções “sem prejuízo da ação penal cabível”, pelo teor da legislação ordinária ou pela ausência de vedação constitucional a que se consagrem sanções extrapenais nos moldes previstos na Lei nº 8.429/92.

Exatamente nesse sentido merece registro o entendimento Professor Fábio Medina Osório⁴⁴:

"muito se discutiu a respeito do caráter penal das sanções previstas no art. 12, I, II e III, da Lei nº 8.429/99, resultando consagrado o entendimento de que não se trata de normas típicas penais ou sanções rigorosamente penais, seja pela dicção inquestionável do constituinte de 1988 (art. 37, § 4º, da CF/88), seja pela legítima opção do legislador ordinário, seja, finalmente, ausência de vedação constitucional a que se consagrem sanções extrapenais nos moldes previstos na Lei nº 8.429/92"

Também nessa linha de pensamento seguem as lições de José Augusto Delgado⁴⁵ :

“A Lei de Improbidade Administrativa cuida de reparar atos de improbidade praticados contra a administração pública por uma via específica que não se confunde com a ação penal comum, nem com a ação que apura os crimes de responsabilidade das autoridades mencionadas na Constituição Federal. Ela adota uma terceira espécie, a ação civil de reparação de danos ao erário público, com conseqüências não penais propriamente ditas, apenas, visando o ressarcimento ao erário dos danos que contra si foram praticados e aplicando, aos infratores, sanções civis e políticas, como multa, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública.”

E continua:

“A mensagem expressa pelo legislador no art. 18 da referida lei não pode ser alterada para concepção diferente da que vem sendo exposta. O mencionado dispositivo dispõe: “A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de danos ou decretar a perda dos bens havidos

⁴³ José Augusto Delgado, Improbidade Administrativa: algumas... 25.

⁴⁴ Fábio Medina Osório, Improbidade administrativa: observações....

⁴⁵ José Augusto Delgado, Improbidade Administrativa: algumas... 27.

ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso em favor da pessoa jurídica pelo ilícito. Ora, não é possível ao intérprete, em face da clareza da lei, mesmo empregando interpretação sistêmica, modificar o querer do legislador. Este, de modo muito claro, definiu que a ação apuradora da improbidade administrativa, nos casos dos arts. 9º a 11 da Lei nº 8.429, de 2.6.1992, é uma ação civil de reparação de danos e provocadora de outras conseqüências, pelo que assim deve ser concebida pela jurisprudência.”⁴⁶

As sanções previstas no art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/92, na realidade, são de natureza política ou civil.

Nesse sentido, Flávio Sátiro Fernandes⁴⁷, analisando a natureza da Lei nº 8.429/92 e considerando as sanções aplicáveis ao agente da improbidade, afirma:

"A lei nº 8.429/92 não se preocupa em definir crimes. Os atos tipificados nos arts. 9º, 10 e 11 não constituem crimes no âmbito da referida lei. Muitas das condutas ali descritas são de natureza criminal, assim definidas, porém, em outras leis, a exemplo do Código Penal, do Decreto-Lei nº 201, da Lei nº 8.666/193, etc. Não sendo crimes, têm, contudo, uma sanção, de natureza política ou civil, cominada na lei sob comentário, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica."

Conseqüência direta disso é que: i) a Lei nº 8.429/92 não pode ensejar prerrogativa de foro e está fora do círculo de proteção das demais garantias e princípios do direito penal (presunção legal da inocência, princípio da responsabilidade subjetiva, da dignidade humana etc.), por não ostentar caráter criminal; e ii) as ações por improbidade devem ser propostas perante o juízo cível e seguir o rito estabelecido pela lei e pelo Código de Processo Civil, com raras exceções (Lei n. 8.429/92, art. 17, § 12).

Em outras palavras, a conclusão inicial é que, não se tratando de uma lei penal, a qual não estabelece penalidades de caráter criminal, nem segue o rito processual estabelecido pelo Código de Processo Penal, os acusados, com base na Lei de Improbidade Administrativa, não estão sujeitos aos princípios constitucionais de natureza penal e processual penal e se encontram, portanto, excluídos do círculo protetivo de direitos e garantias que informam o direito penal e processual penal.

Fernando Capez⁴⁸, por sua vez, por entender que as penalidades da Lei nº 8.429/92 são de severidade equivalente ou superior a muitas sanções penais, notadamente as restritivas de direito e as pecuniárias, inclinado ao posicionamento de que as sanções teriam natureza penal⁴⁹, aponta que, independentemente da natureza jurídica, a Lei de Improbidade Administrativa tem que se submeter aos mesmos princípios constitucionais garantidores da dignidade humana que os fatos pertencentes à esfera penal.

⁴⁶ José Augusto Delgado, Improbidade Administrativa: algumas... 27-28.

⁴⁷ Flávio Sátiro Fernandes, Improbidade administrativa. Jus Navegandi, num 21 (1997), disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=359> (Acessado em: 19/06/2020).

⁴⁸ Fernando Capez, Improbidade Administrativa – limites constitucionais. 2ª edição. (São Paulo: Saraiva, 2015), 340.

⁴⁹ Fernando Capez, Improbidade Administrativa...

Este é o posicionamento que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça inclusive, que vem admitindo a incidência dos princípios do direito penal, em especial no processo de aplicação da pena.⁵⁰

Demais disso, como já dito, o acesso à justiça é uma garantia constitucional e, igualmente, a ação pode ser vista, a princípio, como uma garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais (natureza assecuratória e instrumental). Sob essa perspectiva a ação de improbidade administrativa assume também a natureza de uma garantia, sobretudo tendo em vista a relevância do bem jurídico nela tutelado - constitucionalmente previsto (CF. 37, §4º) - para a sociedade, já que assegura (caráter assecuratório) o ressarcimento ao erário, dentre outras sanções aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública.

Conclusão

Os direitos fundamentais são faculdades e prerrogativas que a Constituição reconhece como inerentes à natureza humana, são os clássicos “direitos do homem”, correspondentes aos atributos essenciais de sua individualidade, cujo respeito não pode faltar na convivência social e civilizada⁵¹. O direito constitucional moderno, porém, se encarrega não apenas de prever e proclamar os direitos fundamentais do homem, mas também de instituir meios ou instrumentos que lhe assegurem a eficácia, perante os excessos e desmandos praticados, às vezes, pelos detentores do Poder Público.⁵²

A condição de direitos fundamentais resulta de uma reunião entre dois elementos, um de natureza material, o outro de matiz formal.

Os direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas relativas às pessoas, que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, assim, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.

O conteúdo de uma garantia ou de um direito-garantia (como preferem alguns), por sua natureza assecuratória e instrumental, difere-se daquelas disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos.

⁵⁰ Superior Tribunal de Justiça (STJ), 1ª Turma, REsp 513576/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, Rel. p/acordão Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 03/11/2005, Publicado no Diário de Justiça 06/03/2006, 164; STJ, 1ª Turma, REsp 885836/MG, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 26/06/2007, Publicado no Diário de Justiça em 02/08/2007, 398; STJ, 2ª Turma, REsp 713146/PR, Relator Ministro Eliana Calmon, julgado em 13/03/2007, Publicado no Diário de Justiça em 22/03/2007, 324; STJ, 2ª Turma, REsp 601935/MG, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 12/12/2006, Publicado no Diário de Justiça em 08/02/2007, 312; STJ, 1ª Turma, REsp 761972/RS, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 27-3- 2007, DJ 3-5-2007, 219.

⁵¹ Alfredo Buzaid, Do mandado de segurança (São Paulo: Saraiva, 1989), 74.

⁵² Humberto Theodoro Junior, Lei do Mandado de Segurança comentada: artigo por artigo. 2. edição. (Rio de Janeiro: Forense, 2019), 5-6.

No que se refere à natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, por seu turno, é de natureza civil *lato sensu*, o que se afere principalmente do disposto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, do teor da legislação ordinária que, dentre outros pontos, consagra sanções que não privam a liberdade do indivíduo, e da ausência de vedação constitucional a que se consagrem sanções extrapenais nos moldes previstos na Lei nº 8.429/92.

Entretanto, em que pese tal natureza da ação de improbidade administrativa, dada a severidade das penalidades da Lei nº 8.429/92, tem se admitido que ela tem de se submeter aos mesmos princípios constitucionais garantidores da dignidade humana que os fatos pertencentes à esfera penal, com a incidência dos princípios do direito penal, em especial no processo de aplicação da pena.

Em derradeiro, como o acesso à justiça é uma garantia constitucional e, igualmente, a ação pode ser vista, a princípio, como uma garantia de acesso aos órgãos jurisdicionais (natureza assecuratória e instrumental), a ação de improbidade administrativa assume também a natureza de uma garantia, sobretudo tendo em vista a relevância do bem jurídico nela tutelado para a sociedade, já que assegura (caráter assecuratório) o ressarcimento ao erário, dentre outras sanções aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública.

Referências

Alexy, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Revista de direito administrativo. vol. 217. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. julho/setembro 1999.

Andreucci, Ricardo Antônio. O crime de improbidade administrativa na reforma penal. Porto Alegre: Plenum. 1999.

Barbosa, Rui. República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República). Petrópolis-Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados. 1978.

Bonavides, Paulo. Curso de Constitucional. 16º. Edição. São Paulo: Editora Malheiros. 2005.

Buzaid, Alfredo. Do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva. 1989.

Câmara, Alexandre Freitas. Manual do mandado de segurança. 2. edição. São Paulo: Atlas. 2014.

Canotilho, Joaquim José Gomes. Direito constitucional. 5. edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1992.

Capez, Fernando. Improbidade Administrativa – limites constitucionais. 2ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

Decomain, Pedro Roberto. Improbidade administrativa. São Paulo: Dialética. 2007.

Delgado, José Augusto. Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva. Vol: 14 num 1 (2002).

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 4. Edição. São Paulo: Atlas. 1994.

Fernandes, Flávio Sátiro. Improbidade administrativa. Jus Navegandi, n. 21, julho de 1997. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=359>.

Ferraresi, Eurico. Improbidade administrativa. São Paulo: Método. 2011.

Ferraz, Sérgio. Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa. Em Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. 2. edição, editado por Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. São Paulo: Malheiros. 2003.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 22. Edição. São Paulo: Saraiva. 1995.

Figueiredo, Lucia Valle. Alguns aspectos tópicos da improbidade administrativa. Em Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. 2. edição, editado por Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho. São Paulo: Malheiros. 2003.

Junior, Humberto Theodoro. Lei do Mandado de Segurança comentada: artigo por artigo. 2. Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 6. Edição. São Paulo: Malheiros. 1995.

Mendes, Gilmar Ferreira e Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

Miranda, Jorge. Manual de direito constitucional. 4. edição. Coimbra: Coimbra Editora. 1990.

Moraes, Alexandre. Direito constitucional. 2. edição. São Paulo: Atlas. 2016.

Meirelles, Hely Lopes. Mandado de segurança. 29. Edição, São Paulo: Malheiros. 2006.

Neves, Daniel Amorim Assumpção e Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2019.

Osório, Fábio Medina. Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92. 2. ed. Porto Alegre: Síntese. 1998.

Sarlet, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>.

Sarlet, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. Curso de derecho constitucional. 8. edición. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

Silva, José Afonso da. Curso de derecho constitucional positivo. 15. edición. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.

Weber, Max. Economía e sociedade. 4. ed. v. 1. Brasília: UNB. 2004.

REVISTA
INCLUSIONES M.R.
REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.