

O poder punitivo do Estado, especialmente no que tange ao movimento punitivista tão arraigado em ambientes de devassidão ética e moral no cenário público e privado, como presenciamos nos dias atuais e contrapesos representados por elementos essenciais que possuem a índole de controlar tal ímpeto, de modo a evitar que o tal punitivismo seja elevado a um dogma (fato relativamente perigoso) e assim hipertrofia-lo, dando-o força para transpor elementos essenciais do controle tanto da Administração Pública (direta e indireta), quanto de entes de colaboração governamental (e aí incluídas as entidades do Sistema S), de bases constitucionais, pode demonstrar não ser a melhor opção técnico-jurídica.



## 1. OS ELEMENTOS ESSENCIAIS PARA O CONTROLE DO PUNITIVISMO

Em tempos em que a conjectura social impõe maior vigília quanto aos atos praticados por agentes públicos, exigindo-se dos poderes estatais constituídos, a promoção de medidas para afastar o sentimento de impotência diante da incômoda situação perniciosa, fruto da impunidade.

Em contextos onde órgãos de controle interno passam a ocupar um papel de destaque, encarregados não só pela investigação de possíveis irregularidades praticadas por agentes públicos e administrados em prejuízo da Administração Pública e dos Entes de Colaboração Governamental, como também pela implantação de uma política de probidade, ética e moral no que diz respeito a todos aqueles que dialogam com os referidos Entes.

Em sociedades onde a máxima de Marco Túlio Cícero (106 a.C – 43 a.C), retratada na expressão: “O maior estímulo para cometer faltas é a esperança de impunidade” ainda permanece enraizada culturalmente.

Há de se fazer um breve alerta: Não deixar o punitivismo<sup>1</sup> se dogmatizar, ao ponto de se hipertrofiar.

---

<sup>1</sup> Movimento criado na Alemanha, na década de 60, visando o reconhecimento de repúdio à ações terroristas. Tem Gunther Jakobs como seu maior expoente. Em sintaxe, considera que o sujeito que delinque reiteradamente, ou pratica crimes monstruosos (ex: crimes de guerra) se coloca fora do garantismo.

Não estamos com isso negando a necessidade de punir. Registra-se que tal ressalva é válida para lembrar que a ação estatal deve se submeter ao interesse público, que a legítima, e observar o respeito aos direitos fundamentais do cidadão, de acordo com os princípios que orientam a própria Constituição Cidadã (CF 88).

Alexandra de Agostini e Arnaldo Hossepian, em capítulo de obra dedicada a temas do Direito Administrativo Sancionador<sup>2</sup>, mencionam que a atividade sancionatória do Estado, quer quando da aplicação de sanções pela própria Administração (sanções administrativas)(poder também extensível aos Entes de Colaboração Governamental), quer em razão da aplicação de sanção pelo Poder Judiciário (sanções administrativas e penais), deve atender a um conjunto de regras de contenção do poder de punir, independentemente da espécie de sanção.

Essas referidas regras são as insculpidas no art. 5º da Constituição Federal, quais sejam: ampla defesa, contraditório, processo justo e razoável, e que definem de forma plena, o princípio do devido processo legal, substantivo e adjetivo.

É sob essa ótica, e a partir desse regramento constitucional, que o poder punitivo, algo único, deve ser interpretado, independentemente de se tratar do Estado Administração (em seu sentido amplo, de modo a captar a atuação inclusive dos Entes de Colaboração Governamental) ou do Estado Juiz.

Como ressalva Fábio Medina Osório, as modalidades de sanções admissíveis nos Estados Democráticos de Direito também sofrem conformações, porque todas as Constituições democráticas consagram limites quantitativos ou qualitativos à referida pretensão punitiva do Estado<sup>3</sup>.

Nesse aspecto, apontando o campo de análise deste pequeno ensaio às infrações administrativas e suas sanções (ou seja, questões infracionais e não penais), podemos identificar 3 elementos

---

<sup>2</sup> AGOSTINI, Alexandra Comar de. JUNIOR, Arnaldo Hossepian S.L. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (coords.). Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Quartier Latin, 2014. A invasão incondicional da lei penal e o direito sancionador como mecanismo de legitimação e controle do poder punitivo do Estado, p. 20.

<sup>3</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. 3ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

que, especialmente no âmbito judicial, visam exercer o devido controle da pretensão punitiva mencionada acima, a saber: **a)** garantismo; **b)** prescrição; **c)** justa causa.

## 1.1 Garantismo

Em breve passagem perfunctória, poderíamos expor o **garantismo** como uma filosofia jurídica-judicial de asseguração de todas as garantias do processo penal a qualquer processo punitivo (inclusive de índole administrativista). Em outras palavras, um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade da intervenção punitiva.

As maiores referências sobre o assunto, *Raúl Zaffaroni* e *Luigi Ferrajoli*<sup>4</sup>, tipificam o garantismo como barreira à arbitrariedade, ou seja, proteção contra os excessos do Estado (amplamente tido como “garantismo negativo”).

A epistemologia garantista clássica funda-se em princípios como legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes, presunção de inocência, entre outros que são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do iluminismo e do liberalismo.

Na visão de *Ferrajoli*, da palavra "garantismo" é, então, possível distinguir três significados diversos, mas conexos entre si. Vejamos:

Segundo um primeiro significado, "garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

(...)

Em um segundo significado, "garantismo" designa uma teoria jurídica da "validade" e da "efetividade" como categorias distintas não só entre si mas, também, pela "existência" ou "vigor" das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o "ser" e o "dever ser" no direito; e, aliás, põe como questão teórica

---

<sup>4</sup> Entre várias obras, sugere-se a leitura de Luigi Ferrajoli, *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendemente garantistas) e práticas operacionais (tendemente anti-garantistas), interpretando-a com a antinomia - dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica - que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidez) das segundas.

(...)

Segundo um terceiro significado, por fim, "garantismo" designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido o garantismo (pressupõe) a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o "ser" e o "dever ser" do direito. E equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo<sup>5</sup>.

Com efeito, garantismo corresponde a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal (elasticamente estendido na realidade à toda pretensão punitiva), vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia de sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade.

Nesse sentido, tal elemento se faz relevante dentro de uma sociedade hodierna que vivencia todas as premissas colocadas no início deste artigo. Contudo, apesar da importância e independentemente de estar certo ou errado, o que verificamos no Brasil é a baixa efetividade na aplicação da teoria de *Ferrajoli*, pois boa parte de seus postulados é simplesmente ignorada, ou desvirtuada, pela prática do judiciário, sob o argumento da defesa do Estado de Direito e do ordenamento democrático.

## 1.2 Prescrição

No que tange à **prescrição**, encarada como um fenômeno natural, decorrente da omissão do titular de alguma pretensão por certo lapso temporal anteriormente determinado, acaba por expor a ineficácia do poder repressivo do condenador, motivo pelo qual se faz de tudo para isolar, afastar ou ao menos contornar a incidência do referido instituto.

---

<sup>5</sup> Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684/685.

O ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Napoleão Nunes, em obra de coautoria com Mariana Costa de Oliveira, explica o fundamento da prescrição por meio de teorias de variados conteúdos, podendo-se anotar, entre elas, as que enfatizam: i) o esquecimento afluyente dos efeitos da infração cometida pelo agente; ii) o perdão tácito e objetivo dos efeitos do agravo causado pelo autor da conduta; iii) o esmaecimento inevitável das provas do fato, tornando insegura a sua apreensão; iv) a punição da inércia em fazer atuar os mecanismos das sanções<sup>6</sup>.

O mesmo autor avança na ideia de que o poder de punir deve sofrer a sanção da extinção da sua possibilidade de atuar, para evitar que a “eventualidade” de assunção do pensamento vingador às instâncias sancionadoras do Estado possa, por acaso, reabrir investigações de fatos sobre os quais silenciaram no passado<sup>7</sup>.

Apesar de ser instituto consolidado, tal limitação ainda gera controvérsia em matérias atinentes à Administração Pública (imaginem então quando “ator” é um Ente de Colaboração Governamental, como é o caso dos Serviços Sociais Autônomos – SSAs), como as recentes discussões travadas no âmbito do STF, seja no âmbito do RE 669.069, *leading case* para o reconhecimento de repercussão geral acerca da “imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa” (Tema 666), mas cuja tese de repercussão se consolidou como “Prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. Seja na perspectiva do RE 852.475, *leading case* para o reconhecimento de repercussão geral acerca da “prescrição da ação de ressarcimento do dano em razão de improbidade administrativa” (Tema 897)<sup>8</sup>, desdobramento da tese anterior.

Em resumo, torna-se evidente que o presente elemento é protetivo, uma vez que o fluir do tempo, somado à inércia do titular do direito de ação sancionadora (neste caso podendo ser inclusive um Ente de Colaboração Governamental), extingue seu direito de punir, sob pena de se reconhecer a titularidade de um poder absoluto e se fomentar a incerteza/insegurança jurídica nas relações de direito, vulnerando a serenidade da ordem jurídica.

---

<sup>6</sup> MAIA FILHO, Napoleão Nunes. OLIVEIRA, Mariana Costa de. Direito sancionador: quatro temas das garantias do acusado na ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92). Fortaleza: Impreco, 2015, p. 68.

<sup>7</sup> MAIA FILHO, Napoleão Nunes. OLIVEIRA, Mariana Costa de. *Ob cit.*, p. 71.

<sup>8</sup> Já incluído em pauta de julgamento, mas pendente de decisão nos dias atuais. Consulta em 11/10/2017.

### 1.3 Justa Causa

No que tange ao terceiro e último elemento, **justa causa**, em apertada síntese, é o *link* que une a pretensão do autor ao resultado do fato. Em outras palavras, trata-se do coração da infração.

Como muito bem abordado na obra do Min. Napoleão Nunes e Mariana Costa, trata-se da razão de ser daquela iniciativa punitiva. É o exercício de visualização se a postulação se mostra apoiada em elementos jurídicos e empíricos concretos capazes de fixar no espírito do julgador, a convicção, nem que seja provisória, da persecução<sup>9</sup>.

Há de se afirmar que a tal “justa causa” não é apenas uma questão jurídica ou de ordem legal, mas também uma questão de ordem moral, que envolve, a reputação da pessoa acionada, o seu bom nome, seu conceito social, que não são passíveis de reparação, mesmo quando o injustamente imputado vem a ser, tempos depois, absolvido da imputação<sup>10</sup>.

Em resumo, compartilhamos que se trata de uma atividade jurídica complexa e de altíssima responsabilidade, que exige do seu autor a mais esmerada atenção, para que a formulação contenha a exata e completa descrição do fato imputado a determinada pessoa, justamente o fato que serve de suporte àquela iniciativa, acompanhado da demonstração prévia da sua concretude (existência material) e de indícios seguros de quem seja o seu agente (autoria).

Em síntese, esses mínimos elementos devem balizar o exercício da pretensão punitiva, independentemente da via administrativa ou judicial, pois a simples contrariedade normativa é insuficiente para caracterização da justa causa, devendo-se identificar conjuntamente o resultado naturalista nocivo ou a real nocividade social, sob pena do punitivismo se sobrepor a enquadramentos/comandos legais e começar a banalizar institutos, como por exemplo, a improbidade administrativa.

Nesse sentido, compartilhamos recorte interessante de breve artigo dos eminentes Gilson Dipp e Rafael Araripe Carneiro, intitulado “Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos”<sup>11</sup>, onde mencionam que:

---

<sup>9</sup> MAIA FILHO, Napoleão Nunes. OLIVEIRA, Mariana Costa de. Direito sancionador: quatro temas das garantias do acusado na ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92). Fortaleza: Imprece, 2015, p. 21.

<sup>10</sup> MAIA FILHO, Napoleão Nunes. OLIVEIRA, Mariana Costa de. *Ob cit.*, p. 21 e 22.

<sup>11</sup> DIPP, Gilson. CARNEIRO, Rafael Araripe. Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos>. Acesso em 11/10/2017.

Improbidade significa desonestidade, má-fé, agir com objetivos espúrios. O conceito é amplo, mas tem contornos certos e limitados. **Improbidade não é qualquer ilegalidade**, como sempre lembrava o saudoso ministro Teori Zavascki. O problema é que, a partir dos conceitos abertos trazidos pela Lei 8.429/1992, como “ofensa aos princípios da administração Pública” ou “qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida”, tem-se visto exageros na utilização do instituto da improbidade administrativa.

**Pequenas falhas dos administradores públicos são logo apontadas como improbidade administrativa** e, a partir daí, surgem os percalços de tormentosa e interminável ação judicial. Tornaram-se frequentes, por exemplo, ações de improbidade administrativa contra prefeitos, por prestarem contas com atraso aos órgãos de controle, ainda que a fiscalização conclua pela correta aplicação dos recursos públicos. O mero atraso é tido por improbidade, como se a administração pública fosse apenas prestação de contas. A gestão pública contém variadas e complexas tarefas que, eventualmente, podem gerar impontualidades indesejadas, mas que, nem por isso, são sinônimo de desonestidade.

Logo, **os diferentes tipos de irregularidades na administração pública devem ser punidos com sanções proporcionalmente distintas**. Esse é o conteúdo jurídico do princípio constitucional da isonomia.

A banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial à administração pública, por resultar em nuvens de incerteza e suspeitas de desonestidade sobre todos os atos administrativos. E também é prejudicial à própria sociedade, pois se perde o referencial de má-fé dos atos efetivamente ímprobos, em diferença às irregularidades sem gravidade. **Improbidade não é qualquer ilegalidade.** (grifos nossos)

Como se vê, os autores fundam o pensamento jurídico no princípio da proporcionalidade, o qual foi sistematizado inicialmente na Alemanha como ferramenta de proteção do indivíduo em face do abuso por parte dos agentes da Administração Pública, assim como método para avaliar a inconstitucionalidade da lei, antes da sua avaliação de constitucionalidade.

Foi no sistema alemão que se desenvolveu os 3 subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), os quais em apertada síntese podem ser assim definidos.

- a) adequação – o meio utilizado deve ser compatível com o fim almejado;
- b) necessidade/exigibilidade – deve-se escolher o meio menos gravoso, dentre os disponíveis, para atingir o fim buscado. Nesse sentido, se o administrador (em sentido amplo) possui 3 meios para atingir aquela finalidade pública, o princípio da proporcionalidade impõe ao administrador que escolha o meio menos gravoso para o particular, o que não significa ser o mais fácil.
- c) proporcionalidade em sentido estrito – as vantagens auferidas com o atingimento do fim devem superar as desvantagens trazidas pelo emprego da medida.

Portanto, a proporcionalidade está atrelada sempre ao binômio “meio e fim”. Ou seja, deve haver proporcionalidade entre o meio que se pretende usar com o fim que se deseja alcançar. O que é desproporcional vai além do necessário, é um excesso prescindível tanto para a Administração Pública, quanto para os Entes de Colaboração Governamental.

## CONCLUSÃO

Nessa conjectura, o intuito deste breve artigo foi apenas lembrar que a aplicação de sanções administrativas não pode ignorar prerrogativas protetivas mínimas oriundas do garantismo, da prescrição e da justa causa.

Não se pode olvidar que o Direito é de linguagem simbiótica, ora descritiva (verdadeira ou falsa) das imputações ou veredictiva das decisões (do veredito. Constitui o fato, e por isso nunca estará certo ou errado), devendo ser sempre conclusiva e por isso, será feliz ou infeliz, daí a importância e cuidado em se elaborar a linguagem descritiva das imputações.

Os elementos essenciais para o controle da pretensão punitiva devem ser sempre considerados, de modo a blindar os excessos impulsivos do sancionador (Administração Pública, bem como Entes de Colaboração Governamental), em especial em sociedades onde ainda se vive máximas romanas.

Em face de todo o exposto, chegamos à conclusão de que o punitivismo que contamina em certa medida os agentes sancionadores não pode se fortificar ao ponto de atropelar elementos controladores de tal ímpeto, pois se não barrarmos tais demasias, as liberdades, garantias e direitos das pessoas podem reverberar mais como declarações sonoras, se afastando da sua integridade.

Em contrapartida, devemos alertar que não se pode permitir, por óbvio, que se utilize de tais elementos, de forma intencional, como um bom subterfúgio para praticar algum delito, uma vez que se constituem em requisitos fundamentais para apuração e posterior condenação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINI, Alexandra Comar de. JUNIOR, Arnaldo Hossepian S.L. In: BLAZECK, Luiz Mauricio Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte (coords.). **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. A invasão incondicional da lei penal e o direito sancionador como mecanismo de legitimação e controle do poder punitivo do Estado.

DIPP, Gilson. CARNEIRO, Rafael Araripe. **Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos>. Acesso em 11/10/2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. OLIVEIRA, Mariana Costa de. **Direito sancionador: quatro temas das garantias do acusado na ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92)**. Fortaleza: Impreco, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência**. 3ª ed. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2013.