

PROVISÓRIO

Coordenadores:

EDILSON VITORELLI

JOÃO PAULO LORDELO

TEMAS ATUAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

5ª edição

Revista, atualizada e ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A PROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

THALES FERNANDO LIMA¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos fundamentais: algumas premissas teóricas; 3. A fundamentalidade do direito à probidade administrativa; 3.1. Bases dogmáticas; 3.2. Consequências jurídicas; 4. Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A administração pública é uma atividade essencial para a realização dos fins do Estado, considerados, em última análise, na promoção do bem comum dos seus cidadãos.²

É inquestionável, porém, que a busca desses objetivos é manifestamente incompatível com uma administração ineficiente, desonesta e distanciada de interesses republicanos, características ainda bastante presentes na realidade brasileira, que nada mais constituem do que meros desdobramentos de práticas que deitam raízes na época colonial e que se estenderam por longos períodos ditatoriais pelos quais o país atravessou.³

A despeito, pois, da transição para um regime de Estado Democrático de Direito, atualmente remanesce como um dos maiores desafios da sociedade a repressão, de forma eficaz, de condutas atentatórias ao patrimônio público e à juridicidade, tarefa que assume ares de aspiração utópica diante dos inúmeros escândalos de corrupção e má gestão pública envolvendo agentes públicos e políticos dos mais variados níveis no cenário nacional.

Muito embora a esfera penal já contemplasse algumas normas sancionatórias dirigidas ao agente público, foi só com o advento da Constituição Federal de 1988 que a repressão aos atos de improbidade administrativa foi consagrado, o

1. Procurador da República. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL).
2. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 112.
3. Cf. GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52.

que se deu com a previsão, ainda que genérica e dependente de regulamentação legal, das respostas estatais passíveis de serem aplicadas ao agente ímprobo, nos termos do art. 37, § 4º, da CF: “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”.⁴

Nesse cenário, a doutrina passou a identificar a existência de um dever geral de probidade do agente público, caracterizado, de modo geral, pelo desempenho da função pública de forma honesta, sem aproveitar das facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem.⁵ Dessa especial relação de sujeição dos agentes públicos com o Estado deriva um conjunto bastante amplo de deveres mais específicos, cujo desrespeito, na forma e nos limites de sua tipificação legal, caracteriza a improbidade administrativa.

A partir de uma perspectiva diversa, o presente estudo tem a pretensão de demonstrar que a probidade administrativa não se reduz ao aspecto de um simples dever geral de conduta, indo além para explicitar a existência de um autêntico direito, titularizado pelo povo – em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido –, a que a administração pública seja conduzida de forma lícita, transparente e eficiente.⁶ Não um simples direito, mas um direito fundamental, que decorre do regime e do sistema de regras e princípios adotados pela Constituição Federal, e dos tratados internacionais em que Estado brasileiro figura como parte.

Esse enfoque, na medida em que reconhece a probidade administrativa como valor incorporado ao sistema constitucional de direitos fundamentais, tem por consectário a produção de uma série de efeitos jurídicos atributivos de uma maior proteção e efetividade ao direito a uma administração proba, que se revela, ante a instrumentalidade da atuação estatal, pressuposto para a própria promoção de outros direitos fundamentais.

-
4. Como anota Marcelo Figueiredo: “Podemos dizer que o artigo 37, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil traz um conceito *constitucional* novo que é o de ato de *improbidade administrativa*. Ou se quisermos de outro modo explicar o fenômeno. O desgaste e a insuficiência dos tradicionais tipos penais alusivos aos chamados “Crimes contra a Administração Pública” (...) levou à necessidade do desenvolvimento do chamado direito administrativo sancionador no âmbito do direito interno de um lado, e do direito internacional convencional de outro, todos procurando confrontar o tema do combate à imoralidade administrativa no mundo globalizado. Esse conjunto de normas que nasce e se desenvolve no direito administrativo aos poucos ingressa no direito constitucional positivo brasileiro e lá se estabelece na Constituição de 1988” (FIGUEIREDO, Marcelo. Comentário ao artigo 37, § 4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 896).
 5. Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 669.
 6. Cf. ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 93.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALGUMAS PREMISSAS TEÓRICAS

A evolução dos direitos fundamentais faz parte de um longo e acidentado processo histórico que guarda íntima relação com a ideia de limitação do poder e, portanto, com as noções de Constituição e Estado de Direito.⁷ Nesse enredo, o reconhecimento do carácter normativo da Constituição e o seu reposicionamento como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico representa uma mudança de paradigmas de destacada importância sem a qual a proteção jurídica dos direitos fundamentais não seria possível. Nas palavras de Daniel Sarmento:

“A noção de que a Constituição é uma norma jurídica, dotada de carácter imperativo, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados, embora possa hoje parecer uma completa obviedade, demorou algum tempo para se firmar. Durante um bom período campeou, sobretudo nos países europeus, em razão da ausência de jurisdição constitucional, a ideia de que a Constituição conteria uma proclamação de princípios políticos, que dependeriam sempre do legislador para a produção de efeitos concretos. Ela dirigir-se-ia aos poderes constituídos, e em especial ao Executivo e ao Legislativo, mas não seria acessível ao juiz, nem muito menos ao cidadão.

Sustentava-se, inclusive, que as declarações de direitos incorporadas às constituições teriam conteúdo exclusivamente moral, mas não qualquer eficácia jurídica. Assim, os direitos fundamentais só valiam no âmbito e no limite das leis que os reconhecessem, como sustentou Jellinek, na sua famosa teoria dos direitos públicos subjetivos, não sendo possível a invocação direta da Constituição pelos jurisdicionados”.⁸

A intrínseca relação entre direitos fundamentais e ordem constitucional aponta para o primeiro e mais importante aspecto relacionado a essa especial qualificação jurídica. Direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela Constituição como tais, o que lhes assegura supremacia hierárquica e reforçada proteção contra atuação do poder reformador. A esse respeito, Canotilho averba que:

“A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, «os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política», mas não são direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)”.⁹

7. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 58.

8. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 50-51.

9. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

A definição da fundamentalidade baseada exclusivamente em um critério formal, dissociada de qualquer consideração a propósito do seu conteúdo, poderia, no entanto, alimentar uma concepção reducionista no sentido de que os direitos fundamentais seriam categorias jurídicas taxativamente limitadas pelo constituinte originário, o que atentaria contra a dinâmica e expansividade que lhe são inerentes.¹⁰

Nesse viés, na tentativa de se estabelecer um conceito material ou identificar alguns elementos essenciais que caracterizariam determinado direito como “fundamental”, é amplamente difundida a concepção de que os direitos fundamentais devem ser concebidos com posições jurídicas que explicitam e concretizam princípio da dignidade da pessoa humana. Paulo Gustavo Gonet Branco, após discorrer sobre as dificuldades em se encontrar um denominador comum para os direitos fundamentais, tal como se observa na tentativa de conceituação de direitos humanos – até porque há direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam relação imediata com o princípio da dignidade humana – reconhece que é esse o princípio que inspira os típicos direitos fundamentais e demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.¹¹

Há que se ter em mente, não obstante, a advertência de Ingo Sarlet no sentido de que qualquer tentativa de conceituação que almeje definir de forma completa e abstrata o conteúdo dos direitos fundamentais estaria fadada a incorrer em um certo grau de dissociação da realidade caso essa tarefa não esteja relacionada a uma ordem constitucional concretamente considerada.¹² Assim, na busca de uma abordagem constitucionalmente adequada ao caso brasileiro, assim se posiciona o autor:

“A fundamentalidade material, por sua vez, 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. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção

10. Conforme pondera José Adércio Leite Sampaio: “Se as necessidades do homem cambiam com o tempo e no espaço, não podemos pensar que o sistema de direitos seja *numerus clausus*. Toda lista é assim aberta e sempre passível de acréscimos com o passar do tempo e o chegar de novos anseios e carências humanos. Mesmo com os riscos apontados de uma “explosão”, “inflação” ou “poluição de direitos”, a historicidade de sua afirmação coloca entre parêntesis tendências conservadoras da tipicidade ou exaurimento dos *Bills of Rights*. Nem precisa, a respeito, dispositivo como temos na Constituição brasileira (art. 5º, § 2º) para tanto. É da natureza mesma da coisa dos direitos sua dinâmica de dilatação” (*Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 556).

11. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 158-159.

12. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 76.

da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal (...).¹³

Com efeito, na experiência constitucional pátria é a própria Constituição de 1988 que, consagrando uma cláusula de abertura ao sistema de direitos fundamentais, faz expressa referência ao regime e os princípios por ela adotados, além dos tratados internacionais do qual o Brasil seja parte, como guia hermenêutico para a determinação de outros direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo.¹⁴ Com apoio em Pérez Luño, pode-se afirmar que aí reside um postulado básico de coerência do sistema constitucional de direitos fundamentais, que possibilita e orienta sua adaptação aos flutuantes valores e necessidades que emergem da consciência social, em uma dinâmica confluência entre Constituição formal e Constituição material.¹⁵

Além da compreensão de que os direitos fundamentais não são categorias estanques, mas realidades jurídicas que evoluem e se expandem conforme as exigências específicas de cada momento histórico, a doutrina contemporânea tem reconhecido que os direitos fundamentais transcendem a perspectiva de meras posições jurídicas individuais legitimadoras da exigência de uma ação ou omissão estatal (dimensão subjetiva), para converterem-se em verdadeiros princípios condensadores de valores fundamentais da sociedade (dimensão objetiva).¹⁶

Uma primeira importante consequência advinda dessa dimensão objetiva é o reconhecimento da denominada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, segundo a qual os valores e princípios em que se assentam os direitos fundamentais se projetam por toda a ordem jurídica, condicionando a

13. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

14. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a referência aos direitos implícitos foi pela primeira vez enunciada na Emenda Constitucional n. 9 à Constituição dos Estados Unidos da América, em 1791, onde se lê: "A enumeração de certos direitos na Constituição não será interpretada como excluindo ou restringindo outros direitos conservados pelo povo". Ainda, conforme o autor, "no direito brasileiro – talvez o primeiro a reproduzir a idéia – a previsão de direitos implícitos aparece na Constituição de 1891 (art. 78). Tem sido repetida pelas Constituições posteriores, como a de 1988, que o faz no art. 5º, § 2º. O texto de 1891 encarou tais direitos como "resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna". Disto não se afasta, na sua primeira parte, o preceito vigente, que os encara como "decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados", acrescentando, todavia, "ou dos trata dos internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte)". *Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 8, n. 82, p.01-08, dez./jan., 2007.

15. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 21.

16. Daniel Sarmento adverte que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa desprezo à sua dimensão subjetiva, mas um reforço adicional através de esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos subjetivos (*Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 108).

interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional, e desempenhando ao mesmo tempo os papéis de princípio hermenêutico e mecanismo de controle de constitucionalidade.¹⁷

Um outro relevante desdobramento da concepção objetiva se assenta na ideia de que o Estado não deve apenas se abster de violar tais direitos, mas também protegê-los de forma efetiva em face de possíveis ameaças ou violações providas inclusive de particulares. Esse denominado dever de proteção Estatal (*Schutzpflichten*) demanda do Estado a adoção de medidas das mais variadas naturezas – administrativas, legislativas ou judiciais – sempre com o objetivo precípua de dar concretude e salvaguardar os direitos fundamentais.¹⁸ Essa perspectiva legítima, inclusive, a utilização do Direito Penal mediante a tipificação de condutas atentatórias a bens fundamentais. Decisão paradigmática a propósito do tema foi tomada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento no qual se discutia a legitimidade da criminalização do porte de arma desmuniçada. Seguindo voto da lavra do ministro Gilmar Mendes inspirado na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a Corte reconheceu que a Constituição Federal de 1988 contém um significativo elenco de normas nas quais é um possível identificar um mandato de criminalização para proteção dos bens e valores envolvidos, os quais impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade não só como proibição de excesso (*Übermassverbote*), mas como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*).¹⁹

A partir das premissas teóricas desenvolvidas no presente tópico, cumpre prosseguir na análise para verificar se é possível reconhecer um direito fundamental à proibidade administrativa dentro da ordem constitucional brasileira.

3. A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1. Bases dogmáticas

Na experiência constitucional brasileira, o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais atingiu um novo estágio evolutivo com a promulgação

17. Cf. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124.

18. Como observa Daniel Sarmento: "(...) do reconhecimento dos deveres de proteção é possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado, que terá a obrigação de, através de providências normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões que possam sofrer em razão da atuação de terceiros. Portanto, estes direitos à proteção constituem direitos prestacionais *lato sensu*, já que envolvem uma atividade ativa por parte dos Poderes Públicos e não uma simples abstenção. Por isso, todas as dificuldades teóricas e práticas concernentes à tutela dos direitos de caráter prestacional (administração da escassez, reserva do possível etc.) também aqui se aplicam". (*Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130).

19. HC 104410, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06-03-2012, Acórdão Eletrônico DJe-062 PUBLIC 27-03-2012.

da Constituição Federal de 1988 (“Constituição Cidadã”), a qual, na esteira do processo de redemocratização do país, erigiu a República Federativa do Brasil em um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, e orientado por objetivos fundamentais marcados por um forte caráter social e fraternal, como a promoção da justiça, a erradicação da pobreza, a redução da desigualdade social, a promoção do bem-estar comum e a proibição de todas as formas de discriminação.

A importância dispensada pela nova ordem constitucional aos direitos fundamentais tem seu ponto alto na previsão de um extenso rol de direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade e direitos políticos, agrupados sob o Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, os quais, embora constituam o seu núcleo material, não esgotam o sistema de direitos fundamentais da Constituição de 1988, seja pela previsão de outros direitos fundamentais dispersos – v.g. direitos culturais (arts. 215 e 216) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) – seja pela cláusula de abertura material do art. 5º, § 2º, segundo a qual os direitos expressamente previstos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Estado Brasileiro seja parte.

Essa abertura material tem servido de fundamento para importantes decisões pelo Supremo Tribunal Federal. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 939, por exemplo, a Corte reconheceu que a vedação da cobrança de tributo no mesmo exercício em que instituído ou majorado configura, por força do art. 5º, § 2º, da CF, garantia constitucional do contribuinte, declarando, assim, a inconstitucionalidade da EC n. 03/1993, que excepcionava o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira do princípio da anterioridade tributária.²⁰

Em outra oportunidade, no contexto da discussão sobre a legitimidade constitucional das uniões homoafetivas, a Suprema Corte reconheceu assistir a toda pessoa o direito fundamental à orientação sexual, enquanto manifestação do direito à busca da felicidade – “*verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana*”.²¹ Chegou-se à conclusão de que marca de fundamentalidade desses direitos se manifesta por construção hermenêutica fundada em princípios essenciais consagrados na ordem constitucional, como dignidade, liberdade, autodeterminação, pluralismo, intimidade, e não discriminação.

Nesse contexto, releva notar que a Constituição Federal de 1988 elevou a moralidade e a probidade à condição de princípios norteadores da atuação da administração pública (art. 37), pois é por meio da atuação estatal íntegra,

20. Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 15-12-1993, DJ 18-03-1994.

21. RE 477554 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 16-08-2011, DJe 26-08-2011.

eficaz e responsável que se asseguram e se concretizam outros direitos básicos, como o acesso à saúde, à educação, à segurança e à justiça. O Estado, pois, existe para servir à sociedade, e não a si mesmo. Nas palavras de José Miguel Garcia Medina:

“O Estado, em todos os seus níveis e dimensões, existe para servir à sociedade – vale dizer, o Estado não deve ser estruturado para servir a si mesmo. Deve o Estado atuar com o objetivo de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” (art. 3.º, I). Solidário é o Estado se tem interesse na sociedade, pois solidariedade significa, essencialmente, importar-se com o outro. Esse, pois, é o sentido, como motivo da existência e rumo a ser seguido pelos órgãos do Estado. Assim, todos os agentes públicos devem atuar em prol da sociedade, e não do próprio aparato estatal e, evidentemente, não de interesses pessoais em detrimento do bem comum”.²²

Pode-se afirmar, assim, que probidade administrativa transcende o *status* de mero dever legal dos agentes públicos, configurando como um direito fundamental difuso a que o Estado atue conforme os mais altos padrões de eficiência, integridade e responsabilidade. Afinal, como consignado de forma lapidar pelo então Ministro Celso de Mello:

“O sistema democrático e o modelo republicano não admitem nem podem tolerar a existência de regimes de governo sem a correspondente noção de fiscalização e de responsabilidade, que representam fatores de preservação da ordem democrática e que constituem elementos de concretização da ética republicana, por cuja integridade todos, sem exceção, devemos velar, notadamente aqueles investidos em funções no aparelho de Estado, quer no plano do Poder Executivo, quer na esfera do Poder Legislativo, quer, ainda, no âmbito do Poder Judiciário.

(...)

Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes austeros, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos condicionadores do exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado proclamá-lo – traduz prerrogativa insuprimível da cidadania”.²³

Esta fundamentalidade, ademais, deriva não apenas dos valores consagrados na ordem constitucional e da própria estrutura do Estado Democrático de Direito, que tem na ética e na transparência pilares fundamentais para sua legitimação e eficácia, mas também da inarredável constatação de que uma administração proba constitui condição necessária e indispensável para a proteção e

22. *Constituição Federal Comentada*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 348.

23. MS 36370 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 125, 21 mai. 2020.

concretização dos demais direitos fundamentais. Nessa linha, Marcelo Malheiros Cerqueira assevera que:

“A probidade administrativa alcançou *status* de direito fundamental: formalmente, em virtude da previsão constante dos arts. 14, §§ 9º e 10. e 15, V, inseridos no Capítulo IV do Título II da CR/88; do ponto de vista material, em razão de sua correlação imediata com o princípio republicano e, consequentemente, com a dignidade da pessoa humana. Trata-se, no caso, de um direito fundamental subjetivo de caráter difuso, pertencente à sociedade brasileira, que se serve de pressuposto para a efetivação de outros direitos fundamentais, como o da saúde e da educação. Afinal, é por meio da atividade administrativa prova que as obras de escolas e hospitais são concluídas e os serviços correlatos são prestados à população de forma eficiente. O cenário oposto, de obras inacabadas e desassistência, com todas as suas nefastas repercussões sobre a dignidade da pessoa humana, é sintoma do agir corrupto e ímprobo”.²⁴

A rigor, num contexto mais amplo, a probidade administrativa pode ser compreendida como parte constituinte do direito – também fundamental – a uma boa administração pública, que engloba outros elementos não necessariamente relacionados ao aspecto correicional e punitivo da conduta de agentes públicos, mas que demanda que a atividade administrativa – abstratamente considerada – se desenvolva com a adoção de esquemas procedimentais e organizativos da boa governança (“*good Governance*”), voltados principalmente para o atendimento das demandas sociais, não se apartando da premissa de que a administração pública deve estar sempre a serviço dos administrados.²⁵

24. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Interpretação Constitucional em Consonância com a Eficácia Jurídica e Social*. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros, PAULINO, Galtieni Cruz, Schoucair, João Paulo Sanches, JUNIOR, Octahydes Ballan Junior, orgs. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022, p. 27.

25. Cf. SENNA, Gustavo; TOURINO, Lucas Miranda. O direito fundamental à boa administração pública para garantia dos objetivos estratégicos do estado democrático de direito: caminhos para uma vida digna. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás* n. 39, p. 25-50, jan./jun. 2020. Disponível em: https://www.mpggo.mp.br/revista/pdfs_39/2-GustavoLucas.pdf. Acesso em 02 out. 2024. Em obra dedica ao tema, o professor Juarez de Freitas consigna que: “Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades” (*Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21). Ainda a esse respeito, cabe destacar que, no âmbito da União Europeia, o direito fundamental à boa administração é de longa data reconhecido jurisprudência como princípio geral de direito, tendo sido expressamente consagrado na Carta de Nice (Carta dos Direitos Fundamentais): “Art. 41. Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: a)

3.2. Consequências jurídicas

A qualificação jurídico-dogmática da probidade administrativa como um direito fundamental tem por consequência a produção de uma série de efeitos que lhe conferem uma maior proteção e efetividade.

De início, pelo simples fato de se tratar de valor incorporado ao sistema constitucional de direitos fundamentais, a probidade – em razão de sua eficácia horizontal – funcionará como importante diretriz na interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional, orientando e condicionando a atuação dos poderes constituídos.²⁶

Assim, o direito fundamental à probidade não só condiciona a atuação de toda atividade administrativa em conformidade com as bases principiológicas do art. 37, *caput*, da CF, mas demanda-lhe uma atuação efetiva na aplicação e no fortalecimento de mecanismos de controle interno e transparência, com a adoção de políticas e programas mais abrangentes de combate à corrupção e outros desvios comportamentais dos agentes públicos.

No aspecto legislativo, se traduz no reconhecimento de importantes limites formais e materiais à atividade legiferante, na medida que, como parte integrante do texto constitucional, os direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento, gozando da supremacia hierárquica própria das normas constitucionais. Em decorrência, além da produção normativa necessária e adequada à efetiva proteção desse direito fundamental, deve o legislador se abster de tomar outras tendentes a aboli-lo ou reduzir sua eficácia a um nível inadequado e insuficiente e, portanto, inconstitucional.

A propósito, é com base no princípio da vedação da proteção insuficiente, por exemplo, que diversas críticas têm sido dirigidas à Lei 14.230/2021 (Nova Lei de Improbidade Administrativa), a qual reformulou profundamente o regime legal da improbidade administrativa, inclusive dando novo tratamento a temas já pacificados na jurisprudência. Foram diversas as mudanças implementadas, mas certamente a mais polêmica é que diz respeito à exclusão da

O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua". Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 05 out. 2024.

26. Cf. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 124.

modalidade culposa e a positivação da exigência de dolo específico para a configuração do ato de improbidade.²⁷

A compreensão da probidade enquanto direito fundamental, ademais, tem crucial importância na atividade do intérprete-juiz, que, na esteira da atuação do Ministério Público – ou de algum ente legitimado para a propositura da ação de improbidade administrativa – cumpre dar resposta estatal adequada e proporcional ao agente ímprobo, dentro, obviamente das linhas conformadoras do devido processo legal.

A atuação do Estado-juiz em matéria de (im)probidade, todavia, não se reduz ao papel sancionatório delineado na Lei 8.429/1992. Caracterizada a probidade administrativa como um direito fundamental de natureza transindividual, tem-se que o microsistema processual de tutela coletiva se coloca como importante mecanismo de tutela da probidade na administração não necessariamente atrelada à punição do agente ímprobo, como, por exemplo, na utilização da ação civil pública ou da ação popular para a tutela do patrimônio público ou de outros interesses transindividuais vinculados à moralidade administrativa.²⁸

Ainda, intrinsecamente conectada ao limite que recai sobre a atividade do legislador no trato dos direitos fundamentais, cabe mencionar que a tutela da probidade administrativa pelo judiciário se verifica, ainda, no plano do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, posto que, nas palavras de Canotilho:

“A constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos direitos fundamentais mediante controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’”.²⁹

Enfim, como se nota, a tutela do direito à probidade administrativa é concretizada em várias frentes, e por meio de diversos instrumentos jurídicos, de forma preventiva ou repressiva, nos âmbitos administrativo, legislativo e judiciário. Aqui se tratou apenas de forma exemplificada das consequências que o

27. A propósito do tema, vide TOURINHO, Rita; *O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avançou o retrocesso?* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n. 84, abr./jun. 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/3317605/Rita+Tourinho_RMP84.pdf

28. Pedro Roberto Decomain observa que “tanto o patrimônio público quanto o direito a que, no exercício de suas atividades funcionais, os agentes públicos atuem com a mais estrita observância da probidade administrativa apresentam os elementos característicos dos direitos difusos” (*Improbidade administrativa*. 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 27).

29. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378.

seu (efetivo) reconhecimento como direito fundamental têm sobre a atuação do Estado. Na casuística do dia a dia, inúmeras situações envolvendo a temática certamente surgirão, ao que se espera que os agentes encarregados da interpretação-aplicação das normas relacionadas ao tema atribuam-lhe o peso e importância devidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se procurou demonstrar, o reconhecimento da probidade na administração pública como um direito fundamental não é uma questão simplesmente teórica. Ela tem implicações práticas significativas, ampliando os mecanismos de defesa e tutela desse direito e exigindo do Estado uma postura proativa e efetiva na prevenção e no combate à improbidade.

A própria previsão de sanções de significativa gravidade, como a perda da função e a suspensão dos direitos políticos, revela a legítima preocupação do constituinte em assegurar que essa nova diretriz principiológica não se traduza em mero elemento do discurso político.

Ao final, o desafio que se apresenta é o de transformar os princípios e as normas que regem a probidade administrativa em realidade efetiva, para a construção de um país mais justo, ético e desenvolvido, pois, nas palavras do saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, “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”.³⁰

REFERÊNCIAS

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa: Interpretação Constitucional em Consonância com a Eficácia Jurídica e Social*. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros, PAULINO, Galtienio da Cruz, SCHOUCAIR, João Paulo Sanches, JUNIOR, Octahydes Ballan, orgs. São Paulo: editora Juspodivm, 2022.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro*. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, v. 8, n. 82, p.01-08, dez./jan., 2007.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Comentário ao artigo 37, § 4º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

30. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 93.

- FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal Comentada*. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- PÉREZ LUNÓ, Antonio Enrique. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SENNA, Gustavo; TOURINO, Lucas Miranda. *O direito fundamental à boa administração pública para garantia dos objetivos estratégicos do estado democrático de direito: caminhos para uma vida digna*. Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás n. 39, p. 25-50, jan./jun. 2020.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TOURINHO, Rita; *O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avançou o retrocesso?* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n. 84, abr./jun. 2022.
- ZAVASKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

IDENTIFICAÇÃO POR PERFIL GENÉTICO PARA FINS CRIMINAIS: REFLEXÕES SOBRE AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 13.964/2019

THALES MESSIAS PIRES CARDOSO¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Da disciplina da identificação por perfil genético para fins criminais no Brasil; 3. Das alterações trazidas pela Lei n. 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”); 3.1. Dos crimes cujos condenados devem se submeter à identificação do perfil genético; 3.2. Período de armazenamento dos dados genéticos em banco de dados; 3.3. Finalidade do uso da amostra coletada. Fenotipagem genética. Busca familiar; 3.4. Descarte da amostra coletada de pessoas condenadas; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O exame das informações contidas no ácido desoxirribonucleico (DNA), longa molécula em forma de escada retorcida, em dupla hélice, localizada no núcleo das células dos seres humanos, propicia uma série de aplicações, em síntese: de natureza clínica, de pesquisa científica e para fins de identificação.

O presente artigo trata da utilização de perfis genéticos no âmbito da investigação e processo criminais. Assim, foca na análise de DNA para fins de identificação, que examina os polimorfismos, ou seja, as variantes de uma determinada sequência de DNA. Os polimorfismos se exteriorizam no DNA não codificante,² que compõe a maior parte do genoma humano. Sua análise pos-

-
1. Procurador da República. Mestre em Direito Constitucional pela Universidad de Sevilla. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Especialista em controle, detecção e repressão a desvios de recursos públicos pela Universidade Federal de Lavras (UFLA). Representante do Ministério Público no Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genético do Ministério da Justiça e Segurança Pública (2024-2025).
 2. Por sua vez, o DNA codificante é pouco polimórfico, por isso apresenta pouca utilidade para fins de identificação. Por outro lado, revelam os traços hereditários e predisposições genéticas, dados genéticos ainda mais sensíveis (ver ESPAÑA, 2022).

sibilita uma identificação única dos indivíduos, mediante o levantamento do perfil genético.

O exame de DNA para fins de identificação constitui a prova forense, que atende objetivos legais, como a elucidação da autoria de delitos, a apuração de vínculos familiares biológicos e o reconhecimento das vítimas de crimes e desastres.

A utilização do DNA para a identificação de uma pessoa como autora ou não de um delito, dá-se a partir da comparação entre o perfil genético obtido da amostra biológica coletada da cena do crime (amostra questionada) e o extraído da amostra coletada de pessoa suspeita (amostra indubitada ou de referência) ou ainda a partir de consulta aos bancos de perfis genéticos.

O Brasil conta com a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, que compreende o Banco Nacional de Perfis Genéticos - vinculado ao laboratório do Departamento de Polícia Federal - e os bancos de perfis genéticos - vinculados aos laboratórios oficiais dos Estados e do Distrito Federal, que se integram à rede por meio de acordo de cooperação técnica entre a União e o respectivo Estado ou o Distrito Federal.

Compartilham presentemente perfis genéticos na Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos os bancos de dados federal, do Distrito Federal e os de 21 dos 26 estados brasileiros.³ O número de perfis genéticos relativos à esfera criminal armazenados nos bancos de dados brasileiros vem aumentando significativamente. De acordo com o XX Relatório Semestral do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos, divulgado em maio de 2024 (BRASIL, 2024, p. 25), o número de perfis genéticos no Banco Nacional de Perfis Genéticos passou de 2.584 em novembro de 2014 para um total de 220.465.

Conforme o citado relatório, desse total, 168.397 perfis genéticos se referem a indivíduos identificados, sendo 163.506 de pessoas condenadas, 2.738 de pessoas identificadas criminalmente, 858 introduzidos por decisão judicial e 1295 se referem a restos mortais identificados.

Por outro lado, os perfis genéticos de pessoas não identificadas, procedentes de amostras coletadas em locais de crimes, somam 32.618. Foram registradas 6.560 coincidências entre perfis questionados e 1.012 coincidências entre perfis questionados e de referência, que contribuíram com 6.509 investigações criminais. O *stain-person matches per person* no Brasil, isto é, o número de coincidências entre perfis de DNA questionados e de referência pelo número total de pessoas incluídas nos bancos de dados é, atualmente, de 6,49%.

3. Pendente a inclusão dos laboratórios dos estados do Acre, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima e Sergipe, que, já operantes, encontram-se em processo de atendimento dos requisitos da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos para o compartilhamento de perfis genéticos.