

O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso?

Rita Tourinho*

Sumário

1. Introdução. 2. O elemento subjetivo dos tipos de improbidade administrativa na nova perspectiva da Lei nº 14.230/2021: o que resta? 3. A falácia da impropriedade da culpa no ato de improbidade por prejuízo ao erário: contornos já trazidos pela Lei nº 13.655/2018. 4. Redução indevida da improbidade por violação de princípios sob a perspectiva da segurança jurídica. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente trabalho aborda as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 no que se refere aos tipos de improbidade administrativa constantes da Lei nº 8.429/1992, com a exclusão da culpa para caracterização da improbidade por prejuízo ao erário e a fixação de tipos taxativos para configuração da improbidade por violação de princípios com a exigência de dolo específico. Apresenta-se uma visão crítica das referidas alterações, questionando-se as consequências que poderão advir e os riscos de transformação da Lei de Improbidade em instrumento desprovido de qualquer eficácia.

Abstract

This paper addresses the changes brought by Law nº 14.230/2021 with regard to the types of administrative improbity contained in Law nº 8.429/1992, with the exclusion of the culpable type for the characterization of improbity for damage to the treasury and the establishment of exhaustive types for the configuration of improbity for violation of principles with the requirement of specific intent. A critical view of these changes is presented, questioning the consequences that may arise and the risks of transforming the Administrative Improbity Law into an instrument devoid of any effectiveness.

Palavras-chave: Lei de Improbidade Administrativa. Tipos. Exclusão do tipo culposo. Dolo específico. Violação de princípios. Tipos taxativos. Consequências. Ineficácia legal.

* Doutoranda em Direito pela UFBA. Mestre em Direito Público pela UFPE. Professora Adjunta de Direito Administrativo da UFBA. Promotora de Justiça do Estado da Bahia.

Keywords: *Administrative Improbability Law. Types. Exclusion of the culpable type. Specific intent. Violation of principles. Exhaustive types. Consequences. Legal ineffectiveness.*

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, democrática e instituidora do Estado de Direito, buscando atender às expectativas populares contra os abusos cometidos no âmbito da Administração Pública, trouxe a previsão expressa dos princípios administrativos no art. 37, *caput*, além de mencionar no § 4º do mesmo dispositivo constitucional os atos de improbidade administrativa, com algumas das consequências de sua prática, além de expressamente excluir-lhe a natureza penal. Tais dispositivos em boa hora vieram para conter a atuação abusiva dos agentes públicos, muitas vezes voltados exclusivamente ao atendimento de interesses pessoais ou de determinados grupos econômicos ou políticos. Chegam com o propósito de estabelecer a atuação administrativa pautada no princípio da juridicidade, que seria o acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito no seu sentido amplo, o que engloba o ordenamento jurídico considerado como um todo¹.

Até o advento da Constituição de 1988, a legislação antecedente – Leis nºs 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e 3.502/58 (Lei Bilac Pinto), preocupavam-se apenas com o enriquecimento ilícito do agente público, decorrente ou não do prejuízo ao erário, ou seja, restringiam-se à questão patrimonial. As sanções, por sua vez, limitavam-se ao ressarcimento e pagamento de perdas e danos. Impende esclarecer que o próprio Bilac Pinto², ao comentar a Lei nº 3.502/58, referiu-se às dificuldades a que estariam sujeitos os aplicadores da norma para a sua caracterização. Saliente-se a dificuldade de prova dos inúmeros requisitos então exigidos para configuração da tipologia legal do enriquecimento ilícito, chegando-se a exigir do doador, na hipótese de doação de bem pertencente ao patrimônio público sem observação da sistemática legal, a prova do seu interesse político³. Ademais, estas leis não se aplicavam aos ocupantes de cargos eletivos. Em consequência, os Chefes do Poder Executivo, responsáveis diretos por uma série de desvios de verbas públicas, continuavam livres da responsabilidade extrapenal, decorrente da aplicação da legislação comentada.

Quanto ao § 4º, do art. 37 da CRFB, apesar de não ter definido quais as condutas enquadradas como “atos de improbidade administrativa”, o que ficou para regulamentação legal, o dispositivo estabeleceu graves sanções decorrentes de sua prática, quais sejam, perda da função pública e suspensão de direitos políticos.

¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000. p. 435.

² PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 153.

³ GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa: primeira parte*. GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 274.

A perspectiva de um novo diploma legal mais enérgico reacendeu a esperança de modificação no cenário político-administrativo, restringindo o espaço de atuação pública àqueles dispostos a atuar em prol da coletividade, colocando de lado a visão individualista, característica inegável de parte dos administradores públicos brasileiros.

Enfim, em 02 de junho de 1992, foi publicada a Lei nº 8.429/1992, dispondo sobre os atos de improbidade administrativa, com a finalidade de regulamentar a referida norma constitucional.

A raiz legislativa da Lei Federal nº 8.429/1992 se encontra no anteprojeto de lei remetido pelo Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, ao então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, contendo treze artigos que dispunham sobre enriquecimento ilícito no exercício da função pública. Ao tramitar pela Câmara de Deputados e Senado Federal, o Projeto de Lei, que recebeu o n. 1.446/91, sofreu centenas de emendas, principalmente no Senado Federal, provavelmente em decorrência dos sucessivos discursos de combate à corrupção que se acentuaram após a Constituição de 1988, em razão da cobrança popular, estimulada pelos meios de comunicação⁴.

A redação original da Lei nº 8.429/1992 reprimia três modalidades de atos de improbidade administrativa: aqueles que levam ao enriquecimento ilícito (art. 9º), os que geram prejuízo ao erário (art. 10) e aqueles que violam os princípios administrativos (art. 11)⁵. Quanto aos atos de improbidade geradores de enriquecimento ilícito ou violadores de princípios administrativos, exigiu-se a presença do elemento subjetivo dolo para a sua caracterização. No que se reporta aos atos de improbidade por prejuízo ao erário, a lei admitia também a modalidade culposa.

Apesar de o vocábulo “*improbidade*” derivar do latim *improbitate*, significando desonestidade, desonradez, falta de probidade⁶, a “*improbidade administrativa*” constante da Lei nº 8.429/1992 adquiriu contornos mais amplos. Juarez Freitas⁷ referiu-se à improbidade como a violação a qualquer um dos princípios, desde que tal violação configure, concomitantemente, um dano mensurável, no aspecto moral ou material, à moralidade administrativa. Desta forma, a improbidade vista através da Lei nº 8.429/1992, atendendo às expectativas constitucionais reveladas pela interpretação conjunta do *caput* do art. 37 com o seu § 4º, abrangeu não somente aspectos morais, mas também os componentes dos demais princípios que regem a Administração Pública. Com efeito, ímprobo não seria só o agente desonesto, que se serve da Administração Pública para angariar ou distribuir vantagens em detrimento

⁴ FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 8.

⁵ Saliente-se que a Lei Complementar nº 157/16 incluiu o art. 10-A, segundo o qual “*Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.*”

⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/1992 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 13.

⁷ FREITAS, Juarez. Do Princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, 1996, n. 204. p. 71.

do interesse público, mas também aquele que atua com menosprezo aos deveres do cargo e aos valores, direitos e bens que lhe são confiados⁸. Seria, também, aquele que demonstra ineficiência intolerável para o exercício de suas funções.

Com o passar do tempo, entre os questionamentos surgidos quanto aos limites de aplicação da lei, dois se reportaram especificamente ao elemento subjetivo do tipo na caracterização da conduta como ato de improbidade administrativa. O primeiro decorreu da possível divergência entre “ato de improbidade” e o tipo culposo no caso do prejuízo ao erário, no seguinte sentido: estando a improbidade terminologicamente relacionada à conduta desonesta, caberia a punição de atuações, imprudentes ou negligentes, caracterizadoras da culpa? Por outro lado, apesar de a improbidade por violação de princípios exigir o dolo como elemento subjetivo do tipo, diante da abstração própria dos princípios, não haveria uma afronta ao princípio da segurança jurídica?

A amplitude de algumas interpretações conferidas aos tipos de improbidade administrativa levou à formulação de críticas severas, doutrinárias e jurisprudenciais, ao longo dos quase 30 (trinta) anos de amadurecimento dessa legislação. Arguiu-se o surgimento de uma “*asfixia burocrática*”, com a eliminação da indispensável dose de discricionariedade do administrador público, com o consequente “*apagão de canetas*.”⁹

Essas e diversas outras questões levaram à necessidade de repensar a Lei de Improbidade Administrativa, no sentido de aprimorá-la, afastando-se possíveis inseguranças geradas na aplicação da norma, adaptando-a às disposições do novo Código de Processo Civil de 2015, compatível com a justiça multiportas¹⁰, que contempla variados ambientes e formas de solução de conflitos, o que inclui as esferas judicial e extrajudicial¹¹. Assim, alteração introduzida na LIA através da Lei nº 13.964/2019 (Lei Anticrime), permitindo o Acordo de Não Persecução Civil (ANPC) no âmbito da improbidade, revelou um avanço compatível com o espírito do novo CPC e postura adaptativa à nova realidade.

Todo esse processo de amadurecimento e debates instaurados em torno da LIA, desaguou no Projeto de Lei nº 10887/2018, de autoria do Deputado Roberto de Lucena (Pode-SP), tendo como relator o Deputado Carlos Zarattini (PT-SP). Depois de diversas modificações, tal projeto originou a Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, cuja ementa, apesar de estabelecer a “*alteração à Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992*”, desabrocha como uma nova leitura da improbidade administrativa, agora deixando de abranger os gestores negligentes, que atuam com completo descaso ao patrimônio

⁸ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 113.

⁹ MOREIRA NETO, Flávio de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3831.

¹⁰ Segundo Freddie Didier e Hermes Zaneti, a justiça multiportas se caracteriza pela oferta ao cidadão de diferentes opções para solução de sua controvérsia, de acordo com as particularidades do caso concreto. (DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada*. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequadas para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 36)

¹¹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública*. Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 87.

público, destinando-se aos agentes desonestos, sem, contudo, contemplar todas as possibilidades de desonestidades existentes e frequentes na Administração Pública¹².

A partir de argumentos insustentáveis, conforme será abordado, a nova redação conferida à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/2021 exige, para configuração da improbidade administrativa, o dolo como elemento subjetivo do tipo. Aliás, repete tal regra em diversos dispositivos. Mas não é só, em sua jornada, que parece buscar a inviabilidade da aplicação da lei, a atual normativa chega a se reportar à exigência de dolo específico para a caracterização do ato de improbidade, ou seja, deverá ser demonstrado o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade, revelando atecnia legislativa, uma vez que o dolo específico deve compor tipos individualizados, como ocorre no Direito Penal.

2. O elemento subjetivo dos tipos de improbidade administrativa na nova perspectiva da Lei nº 14.230/2021: o que resta?

Entre as mudanças mais significativas trazida pela Lei nº 14.230/2021 está a exigência de dolo para a caracterização de todos os tipos de improbidade, o que equipara a improbidade administrativa à desonestidade do agente público. Diz o § 1º, do art. 1º que *“consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.”*

Visando fixar o alcance do dolo na caracterização das infrações legais, o § 2º aduz que *“considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”*, o que aparece repisado no § 3º ao afirmar que *“o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.”*

Explica variada doutrina que dolo e culpa são espécies de vínculo de aspecto psicológico que liga o autor ao fato por ele praticado¹³. Age com dolo o *“homem médio”* que atua visando que seu ato contrarie o direito, ou que quer contrariar o direito e atua para isso¹⁴. Majoritariamente, tem-se o dolo como um componente subjetivo implícito da conduta, pertencente ao fato típico, formado por dois elementos: o volitivo, isto é, a vontade de praticar a conduta descrita na norma, representado pelos verbos querer e aceitar; e o intelectual, traduzido na consciência da conduta e do resultado¹⁵. Além do *“dolus directus”*, caracterizado pela prática da ação ou omissão consciente na

¹² Pela nova redação da Lei de Improbidade, o crime de concussão, previsto no art. 316 do Código Penal, não constitui improbidade por violação de princípios, sendo também o que ocorre com o assédio moral no serviço público, que não mais encontra caracterização na LIA.

¹³ FRANCO, Silva Alberto et al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 103.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: parte geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Boso, 1954. p. 249.

¹⁵ CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Direito Penal: para a Magistratura e Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 12.

busca voluntária de um resultado, há o “*dolus eventualis*”¹⁶, que se verifica quando o agente sabe que o ato que vai praticar é suscetível de produzir outra contrariedade a direito, além daquela que ele deseja, porém prefere que aquela se produza a ter que renunciar ao seu desejo¹⁷.

Conforme assevera Pontes de Miranda, “*não exclui o dolo o motivo do ato, nem o fim que teve em vista o agente, nem o interesse maior, moral, política ou economicamente, que levou ao ato.*”¹⁸ Assim, teoricamente, o prefeito que, visando modernizar o Município, decide nomear para cargos efetivos pessoas altamente qualificadas, mas sem a realização de concurso público, viola dolosamente o art. 37, II, da Constituição Federal.

Porém, o desespero legislativo em restringir ao máximo o elemento subjetivo do tipo para a caracterização da improbidade administrativa fez com que, na nova redação do art. 11, que aborda a improbidade por violação de princípios, o legislador assim estabelecesse:

Art. 11. § 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

Pretende-se, para caracterização de qualquer ato de improbidade administrativa, a presença de *dolo específico*.

De início deve-se ressaltar que os tratados e convenções internacionais têm força de lei, somente cabendo a modificação dos seus termos pela manifestação expressa do Congresso Nacional, segundo consta, inclusive, do art. 2º do Decreto n. 5.678/2006.

¹⁶ No âmbito do Direito Penal, fala-se em dolo indireto, quando o agente com sua conduta não busca resultado certo e direto, dividido em: dolo alternativo – quando o agente prevê uma pluralidade de resultado, não buscando qualquer um especificamente; dolo eventual – o agente visa à realização de um resultado, mas assume o risco de realizar outro. (CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Direito Penal: para a Magistratura e Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 14)

¹⁷ A Primeira Turma do STF, ao apreciar *Habeas Corpus*, referente a homicídio praticado na direção de veículo automotor, sob influência de álcool, manifestou-se pela existência de dolo eventual, caracterizado pela assunção do risco de causar danos ou a ausência de preocupação com a sua efetiva ocorrência. (STF. 1ª Turma. *Habeas Corpus* nº 124.687. Mato Grosso do Sul. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 29/05/2018)

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Boso, 1954. p. 252.

Assim, pode-se afirmar que o § 1º do art. 11 está em consonância com o art. 19 do referido Decreto, segundo o qual:

Art. 19. Abuso de funções: Cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o abuso de funções ou do cargo, ou seja, a realização ou omissão de um ato, em violação à lei, por parte de um funcionário público no exercício de suas funções, *com o fim de obter um benefício indevido para si mesmo ou para outra pessoa ou entidade.*

No entanto, o § 2º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, ao estender a exigência do § 1º para as hipóteses do art. 9º e 10, viola os termos dos arts. 20 e 17 do Decreto nº 5.687/2006, que correspondem à improbidade por enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, respectivamente, uma vez que não exigem o dolo específico, bastando para sua configuração o dolo direto, vejamos:

Art. 20. Enriquecimento ilícito: Com sujeição a sua constituição e aos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, o enriquecimento ilícito, ou seja, o incremento significativo do patrimônio de um funcionário público relativos aos seus ingressos legítimos que não podem ser razoavelmente justificados por ele.

Art. 17. Malversação ou peculato, apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens por um funcionário público: Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para qualificar como delito, quando cometido intencionalmente, a malversação ou o peculato, a apropriação indébita ou outras formas de desvio de bens, fundos ou títulos públicos ou privados ou qualquer outra coisa de valor que se tenham confiado ao funcionário em virtude de seu cargo.

Surge o *dolo específico* quando se exige do tipo, como condição da própria tipicidade, que o agente realize a ação visando a uma determinada finalidade. Verifica-se o acréscimo de certa intenção à vontade genérica de realizar o comportamento

incriminado¹⁹. Alguns consideram a expressão *dolo específico* obsoleta, devendo substituí-la por *elemento subjetivo específico do tipo*²⁰.

A atual redação da Lei de Improbidade Administrativa, nas “*Disposições Gerais*”, estabeleceu, no § 1º do art. 1º, que são considerados “*atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais*”, acrescentando no § 2º que “*considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente*.” A lei firmou, então, a necessidade do dolo direto na sua Parte Geral, a ser aplicada ao Capítulo II da Lei, não fazendo qualquer menção nesta parte ao dolo específico.

Por outro lado, considerando que a LIA se submete aos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (§ 4º do art. 1º), destaca-se, neste ponto, o *princípio da tipicidade*. Segundo Enterría e Fernández²¹, o princípio da tipicidade revela a exigência material absoluta de predeterminação normativa das condutas e das sanções correspondentes, ou seja, descrição legal de uma conduta específica, exatamente delimitada, sem nenhuma indeterminação. Nesse sentido, para perfeita adequação da conduta ao tipo, a exigência de dolo específico deve estar contida na descrição da conduta típica.

Há um panorama de reconhecimento da intersecção entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, componentes de um Direito Público Sancionador ontologicamente unitário, segundo alguns autores²². Nessa linha, observa-se que no âmbito do Direito Penal o dolo específico aparece como uma exceção e, quando previsto, vem associado diretamente a um tipo, não sendo disposto em caráter genérico. Aliás, na própria Lei de Improbidade há tipos que remetem ao dolo específico, como as hipóteses constantes do art. 11, V²³ e VI²⁴.

Desta forma, entende-se que naqueles tipos que não remetem diretamente ao dolo específico, exige-se a presença exclusiva do dolo direto. Posicionar-se de outra forma significa ir de encontro ao intento constitucional de sancionar atos de improbidade administrativa, afinal, conforme expõe José de Farias Costa:

O uso pelo legislador de tais elementos especiais subjetivos (intenções, motivos, impulsos afetivos etc.) é extremamente

¹⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Leud, 1997. p. 214.

²⁰ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120) – volume 1. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

²¹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2000. p. 174.

²² DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do direito público sancionador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 53.

²³ Art. 11. V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros.

²⁴ Art. 11. VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades.

delicado, pois raramente se materializam em fatos externos: na esmagadora parte dos casos, não extrapolam a esfera íntima do indivíduo. Até porque, “o mundo psíquico do agente é simplesmente inacessível ao conhecimento do intérprete ou julgador.”²⁵

Acolher-se a tese do dolo específico na caracterização da improbidade administrativa, principalmente nas hipóteses de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, viola frontalmente o *princípio da proibição de proteção deficiente*, viés do princípio da proporcionalidade, que não admite a deficiência na proteção de um direito fundamental, seja pela eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger ou pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente os agentes, além de tantas outras hipóteses²⁶.

Segundo Lenio Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos²⁷.

Impõe-se, então, a interpretação do § 2º do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 *cum grano salis*, pois além de violar os termos do Decreto nº 5.687/2006, o direito não pode prever o quase impossível, qual seja, a visão de estado de espírito subjetivo, o que quedaria em flagrante inconstitucionalidade.

3. A falácia da impropriedade da culpa no ato de improbidade por prejuízo ao erário: contornos já trazidos pela Lei nº 13.655/2018

No que se reporta ao ato de improbidade por prejuízo ao erário, o texto original da Lei nº 8.429/1992 despertou debates quanto à sua constitucionalidade, diante da previsão da modalidade culposa neste tipo. Fábio Medina Osório²⁸ manifestando-se

²⁵ COSTA, José de Faria. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017. p. 406.

²⁶ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 82.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: de proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem para normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII. p. 180.

²⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 273.

quanto a tal questão, aduz que o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, ao se reportar às consequências decorrentes da prática de ato de improbidade, não adentrou no mérito do elemento subjetivo da conduta. Ademais, figuras delitivas, constantes do Código Penal, no capítulo destinado aos Crimes contra a Administração Pública, acolhem a modalidade culposa. Acrescente-se que a culpa constante da LIA não se confunde com o erro profissional, ocorrido dentro de uma margem do razoável.

Por outro lado, a improbidade culposa deveria ser sancionada com fiel observância ao princípio da proporcionalidade. Neste sentido, os tribunais superiores vinham reconhecendo a improbidade administrativa em decorrência de conduta culposa²⁹.

É certo que a previsão da improbidade por prejuízo ao erário através de conduta culposa, no texto original da lei, exigiu o entendimento quanto ao seu alcance, uma vez que é negável a ocorrência de erros no exercício da função pública, considerando-se, inclusive, a deficiência técnica de diversos agentes públicos, distribuídos pela União, 26 estados, 5570 municípios e o Distrito Federal, sem que haja efetiva vontade político-administrativa na qualificação de seus profissionais. Assim, partindo-se de uma interpretação literal da redação original da lei, os erros cometidos pelos agentes públicos no exercício de suas funções, caso configurado o prejuízo aos cofres públicos, justificaria seu enquadramento como improbidade administrativa. Nesse diapasão, considere-se o entendimento do STJ, que, inclusive, admitia o dano presumido no caso de dispensa indevida do processo licitatório³⁰.

Sem se colocar em dúvida a possibilidade de se prever condutas culposas de causação de dano ao erário, a leitura inicial e literal da norma foi corretamente ajustada pelos tribunais, atendendo inclusive a apelos doutrinários. Passaram-se a escrutinar a natureza da culpa, sua gravidade, o *iter* percorrido pelo agente na concepção, produção e execução do ato³¹. Tal responsabilidade, além disso, não poderia ser aplicada a todos os agentes públicos indistintamente. Os agentes políticos, que possuem uma grande margem de poder decisório com ampla liberdade funcional, não poderiam ser responsabilizados pelos padrões da culpa comum ou do erro

²⁹ ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/92. ATO DE IMPROBIDADE. REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DOSIMETRIA DA PENA. CABIMENTO. 1. Funções burocráticas desenvolvidas por presidente ou tesoureiro da Câmara Municipal, tipicamente administrativas, que provocam dano ao erário público ocasionado por culpa, sujeitará o agente culposo às sanções previstas na Lei n. 8.429/92, pois, como bem afirma Emerson Garcia, não há previsão legal de um salvo-conduto para que se possa dilapidar o patrimônio público. 2. Na reparação de danos prevista no inciso II, do art. 12 da Lei n. 8.429/92, deverá o julgador considerar o dano ao erário público, além da observância da reprovabilidade e do elemento volitivo de sua conduta, porquanto referida norma busca não só reparar o dano público bem como punir a prática de conduta dolosa ou culposa perpetrada em ferimento ao dever de probidade. (...). (STJ. REsp. 601935/MG. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Segunda Turma. DJ 08.02.2007)

³⁰ REsp. 1.280.231/MG, Rel. Min. Mauro Campbell; REsp. 1.169.153/SP, Rel. Teori Zavascki.

³¹ APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ARTISTAS SEM LICITAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. CULPA GRAVE. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. DOLO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. Considerando que a improbidade administrativa é uma ilegalidade qualificada, para sua configuração na modalidade de ato que cause prejuízo ao erário (art. 10. Lei nº 8.429/92), exige-se a demonstração ao menos de culpa grave do agente, o que não se verificou nos autos, na medida em que observadas as orientações estabelecidas pelo próprio órgão para contratação de artistas. (TJ-DF – 07056004220178070018 DF – Data de publicação: 22/01/2020)

técnico, não respondendo civilmente por eventuais erros de atuação, uma vez que a situação dos que governam e decidem é diversa daqueles que apenas administram³².

Nessa perspectiva, a Lei nº 13.655/2018 foi editada com o propósito de incluir no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) disposições sobre segurança e eficiência na criação e aplicação do direito público. A LINDB contém normas de aplicação reflexa, ou seja, normas de interpretação que serão utilizadas para bem aplicar outras normas. Daí seu caráter de norma suprallegal, a ser observado na interpretação de outras normas jurídicas, a exemplo da Lei de Improbidade Administrativa.

Segundo Guilherme Binenbojm e André Cyrino³³, a insegurança leva o agente público honesto a inibir qualquer iniciativa inovadora, fazendo com que se submeta de forma acrítica e imediata às orientações dos controladores. Os referidos autores acrescentam que *“a insegurança jurídica tende a promover um fenômeno de seleção adversa, desestimulando a atração de gestores de perfil inovador e interessados na mudança do ‘status quo.’”*³⁴

A influência da LINDB na configuração dos tipos de atos de improbidade administrativa foi evidente, com destaque para a fixação do elemento subjetivo do tipo, trazendo disposições que serviram como anteparo para inegáveis e equivocadas responsabilizações quase que objetivas dos gestores públicos.

Destaca-se, inicialmente, o artigo 28 da LINDB, segundo o qual *“o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”* Tal disposição conferiu novo alcance à improbidade por prejuízo ao erário, na modalidade culposa (art. 10), cercando os agentes públicos e políticos de maior grau de segurança jurídica.

Por erro grosseiro, pode-se entender o que tem lugar quando o agente público *“incorrer em negligência, imprudência ou imperícia inescusáveis no exercício do seu mister.”*³⁵ Esse tipo de erro *“não tolhe a coibição dos comportamentos ímprobos, desonestos. Mas presta a devida deferência ao servidor honesto.”*³⁶ É uma linha de razão jurídica que reforça a culpabilidade como princípio básico em matéria de responsabilidade do agente, em se tratando de Direito Administrativo Sancionador³⁷.

³² TOURINHO, Rita. *Discricionabilidade Administrativa: Ação de Improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 210.

³³ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 218.

³⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018, p. 220.

³⁵ MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3908.

³⁶ MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020. I. 3908.

³⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 438.

Regulamentando a LINDB, o Decreto nº 9.830/2019 desenha, no seu art. 12, o alcance do *erro grosseiro*, equiparando-o à culpa grave, ao erro inescusável, ao elevado grau de negligência, imprudência e imperícia. Se assim for, não seria qualquer culpa que caracterizaria a improbidade por prejuízo ao erário, conforme historicamente vinha se posicionando a jurisprudência³⁸. O agente que atuasse de boa-fé ou por divergências interpretativas razoáveis não seria punido. Caberia, assim, ao controlador demonstrar, por intermédio de provas concretas, que o ato praticado pelo agente público restou maculado pela intenção de malferir a probidade administrativa, através de um erro crasso.

Além disso, o art. 22 da LINDB faz aterrissar no mundo real a ação de controle, impondo a consideração das circunstâncias da vida real que orientaram e que justificaram a conduta do agente público na avaliação de sua conduta³⁹. Assim, ao estabelecer que *“na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados,”* o dispositivo legal detém o exercício abusivo do direito persecutório estatal, judicial ou administrativo.

Por outro lado, na interpretação da norma, é defeso ao agente público deixar de considerar *“as exigências das políticas públicas”* e os *“direitos dos administrados.”* Ou seja, o dispositivo impõe limites interpretativos da norma também ao agente público. Nesta senda, deverá ser interpretado com parcimônia o disposto no art. 1º, § 8º, da nova Lei de Improbidade Administrativa, segundo o qual *“não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.”* Entende-se que, para exclusão da improbidade administrativa neste caso, dois requisitos são essenciais: i) a jurisprudência utilizada na interpretação da norma deve constar expressamente em motivação anterior à prática do ato administrativo⁴⁰, ii) na interpretação da norma não poderá optar por jurisprudência que possa gerar prejuízo às políticas públicas

³⁸ AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DECISÃO QUE RECEBE A PETIÇÃO INICIAL – PARECER – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS E ERRO GROSSEIRO OU MÁ-FÉ. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL – AGRADO PROVIDO – AGRADO INTERNO JULGADO PREJUDICIADO. 1) Quando se trata de parecer jurídico opinativo, a culpa só pode ser revelada por erro grosseiro, ao passo que o dolo pressupõe ato voluntário e consciente com o intuito de endossar ato ilegal ou causar lesão patrimonial ao ente público. 2) não havendo nos autos a demonstração de indícios mínimos de que a agravante teria redigido seu parecer com erro grosseiro ou má-fé, a existência de indícios de irregularidades no processo licitatório não pode, por si só, justificar recebimento de petição inicial contra a agravante. Precedente do STF. 3) Recursos conhecidos. Agravo de Instrumento provido e Agravo Interno julgado prejudicado. (TJ-SP – Agravo Interno AGT 00018050320188030000 AP. Data de publicação 30/04/2019)

³⁹ JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo do direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018. p. 70.

⁴⁰ “Os motivos devem ser anteriores ou concomitantes à expedição do ato administrativo. Aceitar motivos posteriores à prática do ato é oferecer ao administrador público instrumento para fraudes, é fornecer terreno fértil para práticas abusivas, ilícitas e incontroláveis.” (SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação dos atos administrativos como garantia dos administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, jul./set./1985. p. 123)

ou a direitos dos administrados, salvo se majoritária. Não observados tais requisitos, não incidirá a referida norma.

A exclusão do tipo culposo na improbidade por prejuízo ao erário ocasionará sérios danos à coletividade, isso porque, infelizmente, o descaso no trato do patrimônio público ainda é bastante considerável no nosso País. O malbaratamento da coisa pública foi durante muito tempo aceito pela sociedade, criando adágios populares como, por exemplo, o “rouba, mas faz.” Parece bem atual a análise feita pelo cientista político argentino Guillermo O’Donnell quanto à tradição brasileira no período pré-constituente de 1988. Naquela oportunidade, reportou-se à incapacidade dos governantes em estabelecer a diferença entre o público e o privado, aduzindo que:

Em todas as oportunidades propriamente políticas, o capricho puramente pessoal (do soberano) decide sobre os limites que correspondem às competências dos seus funcionários (...) A separação entre assuntos público e privados, entre patrimônio público e privado (...) desapareceu à medida que se difundia o sistema de prebenda e apropriações⁴¹.

Pretender-se agora sancionar com fundamento na Lei nº 8.429/1992 apenas ações ou omissões dolosas que geram prejuízo ao erário significa colocar no limbo da impunidade graves lesões ao patrimônio público, causadas pelo evidente descaso, ausência de compromisso e responsabilidade no trato da coisa pública. E não é só. Indiretamente, recolhe-se instrumento utilizado como incentivo às boas práticas administrativas.

Pense-se na aquisição de máquinas de lavar roupas industriais para o sistema penitenciário, deixadas a relento por mais de dois anos, sem que qualquer providência tenha sido adotada para instalação, com avaria total dos equipamentos, por *descaso*. Ou, ainda, na aquisição de medicamentos com prazo de validade exíguo em quantidade superior à necessária, por *grave negligência*. Quem sabe, então, na situação do fiscal de obra que, por mera *indisposição*, não efetiva a fiscalização, acatando as informações apresentadas pelo executante do contrato, que, posteriormente, revelam-se falsas, com prejuízo ao erário. São todas condutas que, a partir das alterações trazidas na Lei nº 8.429/1992, não serão mais consideradas ato ímprobos, ficando a sociedade no aguardo da *responsabilização administrativa* de tais agentes.

Por outro lado, deve-se salientar a independência das ações de ressarcimento de danos em face dos agentes públicos que causam danos ao erário, conforme salienta o art. 12 da LIA ao estabelecer que:

⁴¹ O’DONELL, Guillermo. A transição é um imenso pastiche. *Revista Senhor*. 18.08.1987.

Independente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. (grifo nosso)

Com efeito, o agente público que causa lesão ao erário por atuação culposa será responsável pelo ressarcimento de danos, bastando, para tanto, que tenha atuado com culpa, o que se depreende do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Como tal situação afasta-se do direito sancionatório, deverá ser aplicado o significado de *culpa civil*.

Diversamente do Direito Penal, onde se acentua o aspecto subjetivo da culpa, no Direito Civil, os critérios de imputação de ilícitos são orientados a uma concepção objetiva e abstrata da culpa⁴². A culpa, para fins de ressarcimento, consiste na ausência da atenção que ocorre normalmente na vida em relação àquilo que é especificamente demandado pela função ou tipo de atividade do sujeito⁴³. Atente-se, inclusive, quanto à possibilidade do agente público ser responsável pelo ressarcimento de dano moral coletivo, assim compreendido como o resultado de toda ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, que possui uma dimensão ética e valores morais que suportam um sentimento de repulsa por fato danoso irreversível de difícil reparação, ou de consequências históricas⁴⁴.

4. Redução indevida da improbidade por violação de princípios sob a perspectiva da segurança jurídica

A submissão da atuação estatal aos princípios administrativos é norma constitucional explícita no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Assim, tanto na atuação vinculada, quanto na atividade discricionária, os agentes públicos têm o dever de atuar pautados em princípios administrativos. Ocorre que não adianta determinação constitucional de obediência aos princípios administrativos sem que haja um meio eficaz de punir sua violação. Segundo Von Ihering, *“o direito não é mero pensamento, mas sim força viva. Por isso a Justiça segura, numa das mãos, a balança, com a qual pesa o direito, e na outra a espada, com a qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a fraqueza do direito.”*⁴⁵ Assim, o art. 11 da Lei nº 8.429/1992, na sua versão original, determinou sanções de natureza pessoal ao agente público que violasse princípios administrativos. A Lei de Improbidade

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 193.

⁴³ BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile 5: la responsabilità*. Roma: Giuffrè. 2019. p. 575.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 254.

⁴⁵ IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 27.

seria, então, considerando a abordagem de Von Ihering, a espada voltada a garantir a observância dos princípios administrativos que estariam na balança.

Ocorre que a interpretação literal do *caput* do art. 11 também era capaz de levar a acoimar como ímprobos condutas meramente ilegais, gerando cenário de insegurança jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello, manifestando-se quanto ao princípio da segurança jurídica, afirma que *“a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vistas as ulteriores consequências imputáveis a seus atos.”*⁴⁶

Como bem destaca Humberto Ávila⁴⁷, enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, proibições ou permissões, os princípios são normas imediatamente finalísticas, ou seja, determinam a realização de um fim jurídico. Assim, *“os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido (state of affairs, idealzustand), em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas.”*⁴⁸ Por certo que a carga de significados que acompanha os princípios administrativos acaba por gerar certa insegurança quanto ao atingimento dos propósitos finalísticos contemplados.

No âmbito da improbidade administrativa, tal desencontro de posições quanto à efetiva infração principiológica refletia-se em divergências de entendimentos jurisprudenciais. Por exemplo: a inaplicabilidade do percentual mínimo destinado aos recursos direcionados à saúde ou à educação constitui ato de improbidade por violação de princípios? A afronta legal viola a finalidade da norma a ponto de caracterizá-la como improbidade? Pesquisa jurisprudencial é capaz de indicar posições opostas entre os tribunais⁴⁹, o que confirma a ausência de uniformidade quanto às condutas caracterizadoras de improbidade por violação de princípios na redação original da LIA.

A LINDB, com as inovações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, também trouxe limites à interpretação do art. 11 da Lei nº 8.429/1992. O art. 22, já mencionado, prevê a possibilidade de o julgador considerar as circunstâncias de ordem prática que turbem a aplicação dos comandos normativos como causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade em razão da inexigibilidade de conduta diversa⁵⁰. Por outro lado, o art. 20 impôs, para caracterização da improbidade por violação de princípios, a necessidade

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Juspodivm/Malheiros, 2021. p. 108.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 95.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 96.

⁴⁹ Decisão monocrática nº 1335745, Min. Mauro Campbell, considerou como caracterizada a improbidade por violação de princípios a não aplicação do percentual mínimo na saúde. Em sentido contrário, decisão do STF no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE nº 743560-PR.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Juspodivm/Malheiros, 2021. p. 109.

de se relacionar o princípio violado ao caso concreto, estabelecendo qual o verdadeiro risco de dano ao interesse público em virtude da afronta. Ademais, como o dolo é elemento subjetivo exigido na qualificação desse tipo de improbidade, o propósito livre e consciente de atuação em desacordo com a principiologia empregada deverá ser demonstrado, o que envolve a afronta à moralidade administrativa.

Ressalte-se, ainda, que a ampliação indevida do conceito de *imoralidade administrativa* na fixação da conduta enquadrada como improbidade por violação de princípios, que criava uma espécie de responsabilização objetiva pessoal, já estava sendo repelida. Desta forma, consolidava-se entendimento segundo o qual não viola a probidade a simples divergência de interpretações entre controlado e controlador, desde que os fundamentos expostos de um e de outro lado sejam razoáveis. Nesse sentido já se assentava a jurisprudência dos Tribunais Superiores, senão vejamos:

A distinção entre conduta ilegal e conduta ímproba imputada a agente público ou privado é muito antiga. A ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando com desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. (...) nem toda ilegalidade é ímproba. (...) Quando não se faz distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação da responsabilidade objetiva por infrações⁵¹.

Observa-se, então, que no campo da violação dos princípios, tanto o Ministério Público como a Magistratura encetaram avanços na aplicação da norma que combate os atos de improbidade. Viu-se com maior clareza o hiato entre a violação objetiva da lei e o ato de improbidade; o tempo permitiu maior consolidação da doutrina⁵² e da jurisprudência⁵³ acerca do conteúdo dos princípios administrativos, retirando, se não todas, muitas impurezas na aplicação da norma repressora neste caso.

Passou-se, paulatinamente, a se assimilar mecanismos de negociação em torno de atos de improbidade, inclusive em casos de violação de princípios, afastando a

⁵¹ REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014.

⁵² Segundo Emerson Garcia, “*não se nega, é evidente, a necessidade de cautela no manuseio do art. 11 da Lei de Improbidade, pois, como dissemos anteriormente, as noções de improbidade formal e de improbidade material não ocupam, necessariamente, o mesmo plano existencial, sendo plenamente factível a presença da primeira desacompanhada da segunda.*” (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 424)

⁵³ Decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “(...) *cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.*” (1ªT, REsp. n. 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/03/2004, DJU 24/5/2004)

dificuldade dos operadores jurídicos de persecução de tratar muitas situações. A introdução, na Lei de Improbidade, do art. 17, § 1º, admitindo a formalização de Acordo de Não Persecução Civil – ANPC, efetivada pela Lei nº 13.964/2019, inclusive sem a necessidade de reconhecimento da prática do ilícito, constituiu importante avanço no aprimoramento legislativo, agora colocado em risco em virtude das alterações firmadas pela Lei nº 14.230/2021.

No que se reporta especificamente à improbidade por violação de princípios, a dinâmica legal adotada pela Lei nº 14.430/2021, estabelecendo o art. 11 como um tipo taxativo, com a descrição das condutas caracterizadoras da violação, não é de todo criticável. Acredita-se, inclusive, que tal dinâmica se aproxima da segurança jurídica tão almejada pelos administradores públicos.

Com a nova redação legal, os 10 (dez) incisos estabelecidos exemplificativamente no art. 11, passam a ser 08 (oito) dispositivos taxativos. Assim, quatro foram revogados (I, II, IX e X), quatro tiveram suas redações alteradas (III, IV, V e VI), mantendo-se a redação original de apenas 2 (dois) incisos (VII e VIII), com o acréscimo de 02 (dois) novos (XI e XII).

Alguns dos tipos trazidos no referido artigo exigem expressamente o dolo específico, cujas críticas já foram lançadas em tópico anterior⁵⁴.

Desta forma, o inciso V prevê como improbidade por violação de princípios *“frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros.”* Tais condutas afrontam não só o princípio da impessoalidade, como também normas constitucionais expressas que exigem a realização de concurso público para investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II, CRFB) e o processo de licitação pública antecedendo os contratos administrativos, ressalvados os casos especificados na legislação (art. 37, XXI, CRFB). Por certo que a escolha administrativa, sem critérios objetivos e consequente violação da imparcialidade, leva logicamente ao benefício do terceiro escolhido. Nessa situação, não parece necessário que se ingresse no âmago do agente público, buscando-se elementos reveladores do seu propósito finalístico, quando o benefício, neste caso, é irrefutável.

Deve-se também ressaltar a hipocrisia legislativa revelada na falsa intensão de se punir agentes políticos em face da prática do nepotismo. Segundo o inciso XI do art. 11, configura improbidade por violação de princípios:

[n]omear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de

⁵⁴ Art. 11, V e VI.

cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas.

Observa-se que o dispositivo repete os termos da Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal.

Apesar de não constar expressamente entre os tipos exemplificativos na redação original do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, o nepotismo é considerado prática que afronta os princípios administrativos constitucionais⁵⁵ e, portanto, configura ato de improbidade administrativa.

Aponta-se como marco essencial no combate ao nepotismo a Resolução nº 7, de 18.10.2005⁵⁶, editada pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, regulamentando o disposto no art. 103-B, parágrafo 4, II, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da aludida Resolução, ao argumento de que se encontra em completa sintonia com os axiomas constitucionais previstos no art. 37 da Constituição Federal, destacando-se os princípios da impessoalidade, eficiência e igualdade, ao mesmo tempo em que repudiou a tese de ofensa ao princípio federativo, eis que o Conselho Nacional de Justiça não usurpou qualquer função atribuída ao Poder Legislativo⁵⁷.

A princípio, a previsão expressa do nepotismo como ato de improbidade por violação de princípios parece um avanço, porém, o disposto no § 5º do referido artigo traduz um retrocesso de franca inconstitucionalidade. Segundo consta do referido parágrafo, *“não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente.”* Desta forma, cria-se a necessidade de exaurimento da conduta caracterizadora do nepotismo, ou seja, não basta a indicação de parentes em franca oposição ao que consta da Súmula Vinculante nº 13, do STF, necessário se faz a indicação de uma *“finalidade ilícita.”* Ora, o beneficiamento do laço de parentesco de *per se* não seria finalidade ilícita? O que pretende o dispositivo quando exige a *“necessária demonstração do dolo com finalidade ilícita?”*

⁵⁵ O STJ, com base no entendimento externado pelo STF na ADC-MC nº 12/DF, entendeu que o nepotismo viola a impessoalidade, reconhecendo a prática de ato de improbidade na conduta de Presidente da Câmara de Vereadores que nomeara sua esposa como assessora parlamentar do órgão. (2ª T, REsp. n. 1.009.926/SC, rel. Min. Eliana Calmon, j. 17/12/2009, DJ de 10/2/2010)

⁵⁶ Esta emblemática Resolução do CNJ proibiu expressamente a nomeação para cargos em comissão ou funções gratificadas de cônjuge (ou companheiro), parente em linha reta ou por afinidade, até o terceiro grau inclusive, de membros de tribunais, juízes e servidores investidos em cargos de direção, ou assessoramento, estendendo-se a vedação à ofensa por via oblíqua, concretizada pelo favorecimento recíproco, ou por cruzamento.

⁵⁷ ADC 12-mc, Rel. Min. Carlos Aires Britto, sendo requerente a Associação de Magistrados do Brasil. (informativo STF n. 416, fev. 2006)

Certamente o intento normativo é blindar os exercentes de mandatos eletivos que permanecem com o firme propósito de tornar a Administração Pública uma extensão do núcleo familiar. A inclusão da exceção legal torna atual ponderação exposta por Sérgio Buarque de Holanda:

No Brasil, pode-se dizer que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade⁵⁸.

Deve-se salientar, no entanto, que a ressalva legal afasta apenas os exercentes de mandatos eletivos, não alcançando, por exemplo, Ministros de Estado⁵⁹, que por delegação exercem a competência para nomear ocupante de cargo em comissão, com violação do inciso XI do art. 11. Tal exceção é flagrantemente inconstitucional, por violação do princípio da isonomia. A observância do princípio da isonomia tem como principal destinatário o legislador, uma vez que, por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontram na isonomia a primeira e mais fundamental de suas limitações⁶⁰. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, *“dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que o próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.”*⁶¹ Só se admite a utilização de discriminações normativas em situações justificadas pelas diferenças observadas. No presente caso, a alteração normativa visa apenas favorecer os exercentes de mandatos eletivos, cuja tradição patrimonialista encontra no nepotismo uma das razões do exercício do cargo.

Considere-se que referido dispositivo é eivado de vício de constitucionalidade, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou reiteradas vezes no sentido de que a prática de nepotismo viola o princípio da moralidade administrativa, sendo inconstitucional Lei que permita tal prática. Veja-se:

⁵⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 146.

⁵⁹ Decreto Federal nº 9.794/2019, trata de situações de delegação de competência para nomeação de agentes para cargos de comissão e funções de confiança.

⁶⁰ CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, vol. III. p. 30.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 10.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 512 DA LEI ESTADUAL N. 12.342/94-CE. PROIBIÇÃO DA PRÁTICA DE NEPOTISMO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL. EXCEÇÃO AOS SERVIDORES QUE ESTIVESSEM EM EXERCÍCIO DO CARGO NO MOMENTO DA EDIÇÃO DA NORMA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA. 1. A vedação ao nepotismo na Administração Pública decorre diretamente da Constituição Federal e sua aplicação deve ser imediata e verticalizada. 2. Viola os princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia diploma legal que excepciona da vedação ao nepotismo os servidores que estivessem no exercício do cargo no momento de sua edição. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente⁶².

Por fim, cabe mais uma vez ressaltar a impropriedade e inconstitucionalidade da exigência do dolo específico para configuração da improbidade por violação de princípios, constante do § 1º do art. 11, segundo o qual:

Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

As ponderações em face de tal exigência já foram realizadas em tópico anterior, não sendo por demais repetir que inviabiliza a aplicação do art. 11, além de se revelar inconstitucional por violação do princípio da proporcionalidade no viés da proibição de proteção deficiente.

5. Conclusão

Certamente, toda a movimentação trazida pelas alterações impostas à Lei de Improbidade Administrativa, pela Lei nº 14.230/2021, decorreu da transmutação quase que completa do instrumento legal construído sob a égide da Constituição Democrática de 1988, que inovou com a inserção da improbidade administrativa no seu corpo, prevendo sanções direcionadas ao agente público no art. 37, § 4º, distanciando-se das Constituições anteriores, que se limitaram a contemplar o enriquecimento ilícito, uma das formas de improbidade, considerada de difícil demonstração.

⁶² STF. ADI 3094/CE. Rel. Min. Edson Fachin. Data de Julgamento 27.09.2019.

Nessa nova versão, a Lei de Improbidade Administrativa, a um primeiro olhar, parece não mais se preocupar com os prejuízos gerados aos cofres públicos frutos da grave irresponsabilidade, incompetência e descaso de agentes públicos. Por diversas vezes, afirma que a aplicação da lei está condicionada à comprovação da vontade livre e consciente na prática do ato. Ou seja, reduz a improbidade administrativa à atuação desonesta. Porém, no afã reducionista, o legislador, ao estabelecer tipos taxativos no art. 11, deixa de fora diversas condutas desonestas praticadas por agentes públicos, que maculam gravemente a gestão administrativa e comprometem a credibilidade dos Poderes do Estado. Assim, não mais se caracteriza como improbidade o assédio moral no âmbito da Administração Pública. Também não encontra guarida na lei a solicitação de propina feita por agentes públicos.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho⁶³, o nosso país é afamado pela distância entre a realidade e a norma jurídica. A nova Lei de Improbidade, na sua interpretação literal, distancia-se da realidade ao ponto de se tornar inaplicável, seja no seu aspecto material – caso, por absurdo, exija-se o dolo específico na constituição do ilícito – seja no seu aspecto processual – se porventura se acolher integralmente o prazo de 04 (quatro) anos para a prescrição intercorrente.

O tempo certamente mostrará as implicações dessa nova roupagem conferida pelo Congresso Nacional à Lei de Improbidade Administrativa.

Como ponto positivo, pode-se afirmar que os quase 30 (trinta) anos de convivência com a Lei nº 8.429/1992 impactaram no meio social. A sociedade brasileira, hoje mais organizada, tem consciência que possui direito público subjetivo a uma administração honesta. Não mais se admite a afirmação de que todos os meios são bons e juridicamente aceitáveis quando atingem determinada finalidade ou utilidade para o público. A atuação administrativa jamais poderá se distanciar dos princípios que rondam a administração pública, seja qual for a finalidade almejada. Pretende-se uma administração moral, fundamentada nos valores da lealdade, boa-fé, honestidade, justiça. Deseja-se uma administração ponderada, que observe a proporcionalidade entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos. Esses são propósitos aos quais a Lei de Improbidade terá que se adequar para atender, sob pena de cair no limbo normativo.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo Juspodivm/Malheiros, 2021.

BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile 5: la responsabilità*. Roma: Giuffrè. 2019.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Forense, 1997. p. 73.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, Andre. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas, desjudicialização e administração pública. *Desjudicialização, justiça conciliativa e poder público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, vol. III.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Forense, 1997.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. *Direito Penal: para a Magistratura e Ministério Público do Trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DEZAN, Sandro Lúcio. *Uma teoria do direito público sancionador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada. In: ZANETI Jr, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequadas para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil: responsabilidade civil*. Salvador: Juspodivm, 2017.

FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FRANCO, Silva Alberto *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, 1996, n. 204.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) – volume 1*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JORDÃO, Eduardo. O art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo do direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Edição especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte geral*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Bosoí, 1970.

MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei nº13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Forum, 2020.

O'DONELL, Guillermo. A transição é um imenso pastiche. *Revista Senhor*. 18.08.1987.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal*. São Paulo: Ed. Leud, 1997.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: de proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem para normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação dos Atos Administrativos como Garantia dos Administrados. *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 75, jul./set./1985.

TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2009.