

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

BERNARDO TINÓCO DE LIMA HORTA

**PARÂMETROS PARA A JUSTA CAUSA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Belo Horizonte
2022

BERNARDO TINÔCO DE LIMA HORTA

**PARÂMETROS PARA A JUSTA CAUSA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito para obtenção do título de “Mestre em Direito”.

Orientadora: Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva.

Linha de Pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado democrático de Direito.

Área de Estudo: Administração pública e desenvolvimento estratégico

Belo Horizonte
2022

BERNARDO TINÔCO DE LIMA HORTA

**PARÂMETROS PARA A JUSTA CAUSA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, visando à obtenção do título de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, 06 de julho de 2022.

Componentes da Banca examinadora:

Professora Doutora Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (Orientadora)
Faculdade de Direito / Universidade Federal de Minas Gerais

Professor (a) Doutor (a)

Professor (a) Doutor (a)

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

H821p Horta, Bernardo Tinôco de Lima
Parâmetros para a justa causa na ação de improbidade administrativa
[manuscrito] / Bernardo Tinôco de Lima Horta. - 2022.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo - Teses. 2. Improbidade administrativa - Teses.
3. Justa causa (Direito) - Teses. 4. Direito constitucional - Teses. 5. Processo
civil - Teses. I. Silva, Cristiana Maria Fortini Pinto e. II. Universidade
Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 35.077



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO BERNARDO TINÓCO DE LIMA HORTA

Realizou-se, no dia 06 de julho de 2022, às 16:00 horas, Faculdade de Direito UFMG, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *Parâmetros para a justa causa na ação de improbidade administrativa*, apresentada por BERNARDO TINÓCO DE LIMA HORTA, número de registro 2020652220, graduado no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva - Orientador (UFMG), Prof(a). Luciano de Araujo Ferraz (UFMG), Prof(a). Rodrigo Valgas dos Santos (Cesusc).

A Comissão considerou a dissertação:

(x) Aprovada, tendo obtido a nota: 100.

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.
Belo Horizonte, 06 de julho de 2022.

Prof(a). Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (Doutora). Nota 100.

Prof(a). Luciano de Araujo Ferraz (Doutor). Nota 100.

RODRIGO VALGAS DOS SANTOS

Assinado de forma digital por RODRIGO VALGAS
DOS SANTOS
Dados: 2022.07.07 18:21:32 -03'00'

Prof(a). Rodrigo Valgas dos Santos (Doutor). Nota 100.

*A Bárbara e Isabela, mulheres da
minha vida, pelo carinho diário.*

*A meus pais e a meu irmão, pelos
exemplos e ensinamentos.*

*A meu avô Paulo Tinôco, pela
inspiração e humildade.*

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste percurso acadêmico é motivo de muita honra e orgulho, além de ser resultado da contribuição de diversas pessoas, que, a seu modo, foram determinantes para a chegada até aqui. Resta a mim, portanto, agradecer a todos e todas, ainda que sob risco de eventuais esquecimentos.

Merecem um agradecimento especial a minha esposa Bárbara e a minha filha Isabela, meus amores, combustíveis diários de afeto, incentivo e dedicação.

Agradeço também a minha orientadora, Professora Cristiana Fortini, exemplo de empenho e competência, de generosidade e de compromisso com a pesquisa acadêmica – a convivência foi um privilégio e uma fonte de ensinamentos e inspirações.

Sinto-me também muito honrado por ter familiares que sempre incentivaram os estudos e o progresso, em um ambiente de convivência sempre muito harmoniosa: obrigado a meus queridos pais, Marcos e Cristina, e a meu irmão Guilherme e sua família – e também a avós, primos, tios, sogros e cunhados.

Ainda no campo familiar, agradeço a meu avô Paulo Tinôco e a meu trisavô Bernardino de Lima, que foram essenciais para a minha admiração e respeito pelo Direito Público e pela Faculdade de Direito da UFMG – a vida se faz de exemplos, por isso o agradecimento é eterno.

Agradeço ainda a todos os colegas e aos professores da Pós-Graduação, especialmente aos Professores Eurico Bitencourt Neto e Maria Tereza Fonseca Dias, pela contribuição direta à pesquisa.

Agradeço também aos professores que muito me honraram pela participação e ensinamentos na banca de qualificação e na banca de defesa da dissertação: Professores Luciano Ferraz, Rodrigo Valgas dos Santos, Eurico Bitencourt Neto e Flávio Henrique Unes Pereira.

Agradeço também à Justiça Federal da 1ª Região, a seus desembargadores, juízes e servidores, por fomentarem um ambiente de excelência profissional e acadêmica – um especial agradecimento aos juízes federais Gláucio Ferreira Maciel e Carlos Haddad, pelo exemplo na conciliação entre a magistratura e a vida acadêmica na UFMG.

Por fim, agradeço aos amigos e colegas que contribuíram, de forma determinante, neste percurso acadêmico: Gabriel Rezende, Adriano Teixeira, Eduardo Castanheira, Bonifácio Andrada, Hugo Abas Frazão, Michael Procópio, Pedro Vaz Perez e Victor de Oliveira.

Agradeço, ainda, a Deus, pela oportunidade de viver mais essa experiência, com saúde e determinação, e sempre cercado de pessoas especiais.

RESUMO

A pesquisa proposta nesta dissertação tem por objetivo aprofundar o estudo a respeito da justa causa na improbidade administrativa, em busca de seu conceito, de seus pressupostos teóricos, bem como dos parâmetros para a sua configuração – como requisito a justificar a abertura da persecução punitiva cível, própria das ações judiciais de improbidade administrativa.

Para tanto, se objetiva alcançar um fino equilíbrio entre dois vetores jurídicos que devem ser harmonizados: a defesa da probidade, por um lado; e, por outro lado, o devido processo legal punitivo, assegurado constitucionalmente.

O presente estudo, de tal maneira, se volta a investigar quais os componentes jurídicos da justa causa na improbidade administrativa, entendida, de forma bastante sintética, como um juízo prévio, ligado à viabilidade concreta (e não meramente provável) da pretensão acusatória – de modo a se impedir que sejam ajuizadas ações punitivas desprovidas de fundamento.

Assim, somente poderia ser iniciada a pretensão acusatória, na fase judicial, se presentes determinados requisitos (objetivos e subjetivos), com lastro probatório mínimo, assim configurada a justa causa.

Para alcançar o referido objetivo, a pesquisa pretende responder perguntas vinculadas a dois principais pilares: (i) a indagação sobre os pressupostos teóricos e normativos que dão alicerce à justa causa na improbidade administrativa; bem como (ii) a indagação sobre os elementos que efetivamente compõem a justa causa na improbidade administrativa, daí extraíndo o seu conceito e os parâmetros para a sua aplicação prática no âmbito da ação judicial correspondente.

O estudo verificou que a exigência da justa causa na ação de improbidade administrativa consiste em reflexo do regime de garantias fundamentais que informam o instituto, devendo estar presentes, em concreto, todos os parâmetros (objetivos e subjetivos) que informam a justa causa, como condição inafastável para a abertura do sistema punitivo da ação de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Justa Causa. Direito Administrativo. Direito Processual Civil. Direito Constitucional.

ABSTRACT

The research proposed in this master thesis aims to deepen the study about the just cause (or good cause) in administrative improbity lawsuit, in search of its concept, its theoretical assumptions, as well as the parameters for its configuration - as a requirement to justify the opening of the civil punitive prosecution, typical of administrative improbity lawsuits.

The main objective is to achieve a fine balance between two legal vectors that must be harmonized: the defense of probity, on the one hand; and, on the other hand, due process of law, which is constitutionally guaranteed.

The present study, in such a way, turns to investigate what are the legal components of the just cause in administrative improbity, understood, in a very synthetic way, as a previous judgment, linked to the concrete feasibility (and not merely probable) of the accusatory claim - of in order to prevent unfounded punitive actions from being filed.

Thus, the accusatory claim could only be initiated, in the judicial phase, if certain requirements (objective and subjective) are present, with minimal probative support, which make up the notion of just cause.

To reach this objective, the research intends to answer questions linked to two main pillars: (i) the inquiry about the theoretical and normative assumptions that underpin the just cause in administrative improbity lawsuit; as well as (ii) the inquiry about the elements that effectively compose the just cause in the administrative improbity, from there extracting its concept and the parameters for its practical application in the scope of the corresponding lawsuit.

The study found that the requirement of just cause in the lawsuit of administrative improbity is a reflection of the regime of fundamental rights that inform the institute, and all parameters (objective and subjective) must be observed so that the punitive system of the administrative improbity lawsuit can act in accordance with the constitutional text and the Administrativa Improbity Law.

Keywords: Administrative Improbity Law. Administrative misconduct. Lawsuit. Administrative law. Civil Procedural Law. Constitutional Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – Ato de improbidade administrativa e interpretação conforme a Constituição	17
1.1. Conceito de improbidade administrativa.....	17
1.2. Inserção da improbidade administrativa no âmbito do Direito Sancionador	26
1.3. Gravidade das sanções: cotejo com o sistema penal	31
1.4. O regime constitucional das garantias fundamentais	36
CAPÍTULO 2 – O conceito de justa causa e a Lei de Improbidade Administrativa	46
2.1. A justa causa no contexto do Direito Sancionador.....	52
2.2. A justa causa e a noção de regulação responsiva	58
2.3. A justa causa na Lei de Improbidade Administrativa – aspectos legais e doutrinários.....	68
2.4. A jurisprudência sobre a justa causa na improbidade administrativa.....	76
2.4.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	77
2.4.2. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	83
2.5. O aparente paradoxo entre a noção do <i>in dubio pro societate</i> e a exigência de justa causa	90
2.6. O conceito de justa causa na improbidade administrativa adotado pelo presente trabalho..	95
CAPÍTULO 3 – Parâmetros objetivos da justa causa na improbidade administrativa	99
3.1. Adequação dos fatos à conduta proibida.....	100
3.2. Distinção entre ilegalidade e ato ímprobo.....	107
3.3. A noção de riscos permitidos e riscos proibidos	111
3.4. Direito ao erro do gestor público e os riscos permitidos	117
3.5. Princípio da insignificância.....	121
3.6. Prescrição	124
3.7. Sentenças civis, absolvições em processos penais e a vedação ao <i>bis in idem</i>	128
CAPÍTULO 4 – Parâmetros subjetivos da justa causa na improbidade administrativa .	134
4.1. A culpabilidade e a improbidade administrativa	136
4.2. Tipologia aberta e o elemento subjetivo.....	143
4.3. Culpa	150
4.4. Dolo, má-fé e o fim especial de agir	155
CONCLUSÕES	164
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179

INTRODUÇÃO

A pesquisa proposta nesta dissertação¹ tem por objetivo aprofundar o estudo a respeito da justa causa na improbidade administrativa, em busca de seu conceito, de seus pressupostos teóricos, bem como dos parâmetros para a sua configuração – como requisito a justificar a abertura da persecução punitiva cível, própria das ações judiciais de improbidade administrativa.

Para tanto, se objetiva alcançar um fino equilíbrio entre dois vetores jurídicos que devem ser harmonizados: a defesa da probidade, por um lado; e, por outro lado, o devido processo legal punitivo, assegurado constitucionalmente.

O presente estudo, de tal maneira, se volta a investigar quais os componentes jurídicos da justa causa na improbidade administrativa, entendida, de forma bastante sintética, como um juízo prévio, ligado à viabilidade concreta (e não meramente provável) da pretensão acusatória² – de modo a se impedir que sejam ajuizadas ações punitivas desprovidas de fundamento.

Assim, somente poderia ser iniciada a pretensão acusatória, na fase judicial, se presentes determinados requisitos (objetivos e subjetivos) que compõem a noção de justa causa.

Para alcançar o referido objetivo, a pesquisa pretende responder perguntas vinculadas a dois principais pilares: (i) a indagação sobre os pressupostos teóricos e normativos que dão alicerce à justa causa na improbidade administrativa; bem como (ii) a indagação sobre os elementos que efetivamente compõem a justa causa na improbidade administrativa, daí extraíndo o seu conceito e os parâmetros para a sua aplicação prática no âmbito da ação judicial correspondente.

Registre-se que a improbidade administrativa possui previsão constitucional, extraída do art. 37, §4º, da Constituição Federal, e se constitui em um inegável avanço, do sistema jurídico, no sentido de fornecer instrumentos para que haja investigações e punições relativas a atos do Poder Público que, por afronta à probidade, acabem por

¹ Parte da presente pesquisa já foi objeto de publicação, inclusive em coautoria, conforme permissão do atual regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, em seu art. 65, §4º, que assim dispõe: “Art. 65 – A tese ou dissertação deverá ser inédita. (...) §4º. Ainda que em coautoria, eventuais publicações ou divulgações parciais, feitas no curso do Mestrado ou do Doutorado, conforme o caso, não impedem o ineditismo do trabalho, desde que mencionadas expressamente no texto do trabalho final”.

² BUENO, Cassio Scarpinella. *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 150 e 151, citado em: GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, comentário ao art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

produzir efeitos indesejáveis à Administração Pública e também ao interesse da coletividade.

Contudo, mesmo que se reconheça a relevância do instituto como instrumento direcionado à progressão ética da sociedade nacional, não se pode admitir uma aplicação irrefletida da Lei de Improbidade Administrativa, que se configura em modalidade de Direito Punitivo, com previsão de sanções de inegável severidade³.

A reflexão sobre a justa causa na improbidade administrativa, assim, se justifica, notadamente, tendo-se em conta a necessidade de preservação das garantias constitucionais dos cidadãos que se encontrem sob investigação estatal no âmbito de uma persecução punitiva, com conseqüências jurídicas que impactam de forma marcante os seus direitos fundamentais e os seus direitos políticos.

Em relação às sanções previstas no âmbito do Direito Público, em que se inserem também aquelas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, não se afigura possível admitir um direito repressivo prebeccariano⁴, que permita uma atuação arbitrária do órgão estatal acusador⁵.

Assim, verifica-se a existência de “verdadeiro direito fundamental a uma justa e adequada acusação, tanto no processo penal como nos processos de improbidade administrativa”⁶, e impõe-se a necessidade de observância, também na seara da improbidade administrativa, “de um conjunto de garantias do qual não se pode abrir mão em um Estado Democrático de Direito”⁷, o que impede a condenação por meras presunções, recaindo o ônus da prova sobre o órgão acusador⁸.

E é justamente neste contexto que se pretende investigar a justa causa na improbidade administrativa, como pressuposto teórico muito bem delimitado, essencial para consolidar, de um só modo, a prevalência das garantias fundamentais e a tutela da probidade na Administração - permitindo a persecução punitiva, nesta seara, somente

³ DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (Administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1, p. 212.

⁴ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 204. Neste trecho, a autora cita também a seguinte obra: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon R. *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed, v.2., Madrid: Civitas, 2004, p. 167.

⁵ No mesmo sentido, a lição de Fábio Medina Osório em: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 239.

⁶ GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 293.

⁷ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 293.

⁸ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 293.

relativamente a atos manifestamente gravosos, dotados de má-fé, compatíveis com as severas sanções previstas na norma de regência para os atos tidos como ímprobos.

Dentro de tal contexto, se cogita que a própria ação de improbidade administrativa merece ter um filtro mais rigoroso, eis que o mero processamento da ação pode afigurar-se, por si só, bastante danoso ao acusado, ainda que se sagre absolvido ao final.

Ademais, o excesso de punitivismo não necessariamente favorece o interesse público⁹, o que se soma ao fato de que o sistema sancionatório atribuído à Administração deve buscar as finalidades públicas a seu encargo, não se tratando de um fim em si mesmo¹⁰ – esta tendência de dar racionalidade à atividade sancionatória oriunda do Direito Administrativo já vem sendo inclusive incorporada pelo ordenamento jurídico nacional, que tem acolhido a consensualidade também no âmbito do poder punitivo estatal¹¹.

Neste ponto, destaca-se também a noção segundo a qual sistemas punitivos excessivamente subjetivos podem acarretar perseguições e favorecimentos, a depender do acusado, na contramão do que pregam estudos que se debruçam sobre os elementos que impulsionam o desenvolvimento das nações¹².

Afigura-se, portanto, forçoso o aprofundamento teórico do tema, até mesmo em razão de que, na lição de Luciano Ferraz, a doutrina e a lei têm, cada vez mais, perdido espaço como fonte de orientação jurídica, tendo cedido espaço para a jurisprudência, do ponto vista prático, e não teórico, como principal referência para as decisões no país¹³.

Destaca-se, finalmente, a recente inovação legislativa, realizada por meio da Lei n. 14.230/2021, que transformou por completo, em sede legal, o instituto e a configuração da improbidade administrativa¹⁴ - o que exige da doutrina uma atenção especial sobre o tema, em dinâmica e constante transformação.

⁹ FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>. Acesso em: 12/05/2021.

¹⁰ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 315.

¹¹ Sobre o tema, ver: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 280-281. A consensualidade foi recentemente admitida na própria Lei de Improbidade Administrativa, que passou a prever a possibilidade de celebração de acordo, a partir da nova redação do art. 17, §1º, da referida lei (redação dada pela Lei n. 13.694/2019) – o que antes era vedado, conforme a redação anterior.

¹² Esta é uma das conclusões que podem ser extraídas de: ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹³ FERRAZ, Luciano. Nova LINDB reafirma o brocardo “tempus regit actum”. *Interesse Público – Conjur*, 18 de outubro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-18/interesse-publico-lindb-reafirma-brocardo-tempus-regit-actum>. Acesso em: 12/05/2021.

¹⁴ Sobre o tema, ver, por exemplo: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021; e JUSTEN

Por essa razão, o presente estudo se volta a um estudo global da justa causa na improbidade administrativa, seja em razão de novas regras jurídicas que passaram a regular o instituto, seja também em razão de que a referida justa causa consiste em um verdadeiro filtro, de caráter constitucional, à pretensão punitiva estatal.

Neste contexto, serão evidenciados os parâmetros necessários para a configuração da justa causa na improbidade administrativa – que, em linhas gerais, poderão ser subdivididos em dois grandes grupos: (i) parâmetros objetivos de não incidência da norma proibitiva, incluindo a noção de riscos permitidos¹⁵; e (ii) parâmetros subjetivos para a configuração do ato de improbidade administrativa (culpabilidade e elemento subjetivo¹⁶).

A pesquisa se debruça sobre os referidos parâmetros com a intenção de melhor esclarecer a formatação da justa causa na improbidade administrativa, de modo a elencar todos os elementos sem os quais a justa causa não estaria configurada.

Além do texto legal, objeto das recentes mudanças, tem-se que o enfrentamento teórico quanto ao objeto de pesquisa terá também por embasamento um diálogo com institutos próprios do Direito Penal.

Com efeito, parte-se do pressuposto que o agente público não pode ser tratado como um segurador universal dos riscos da Administração¹⁷, sendo certo que determinados riscos são efetivamente assumidos e tolerados pelo próprio ordenamento jurídico, para o bem da coletividade – que, muitas vezes, exige da Administração respostas dinâmicas para os desafios cotidianos.

E, do mesmo modo, a atividade sancionatória estatal não pode se constituir em instância repressiva e arcaica, que recorra excessivamente a previsões de sanções que não estejam adequadamente delimitadas, a presunções e a inversões do ônus da prova¹⁸

FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022 (versão e-book Kindle).

¹⁵ Tratado de forma específica, para a improbidade administrativa, em: CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. No Direito Penal se trata de tema já abordado de forma consolidada, tendo como referência, por exemplo: MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008; e GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 1. ed. em ebook baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: RT, 2014.

¹⁶ Tema exaustivamente tratado em, por exemplo: NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Ver também: CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10. *Interesse Público: IP*, Belo Horizonte, v. 16, n. 83, p. 27-38, jan./fev. 2014

¹⁷ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 287.

¹⁸ DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (Administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1, p. 222.

- razão pela qual também se afigura essencial o aprofundamento sobre o elemento subjetivo exigido para a justa causa na improbidade administrativa.

São essas as contribuições que, em linhas gerais, a presente pesquisa pretende realizar.

A metodologia do estudo, inserida na vertente dogmático-jurídica, parte do estudo de bibliografia, legislação e entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

A seguir, será evidenciado o percurso proposto para que se alcancem os resultados pretendidos.

Como se viu, a presente pesquisa se volta a investigar quais os componentes jurídicos da justa causa relacionada à ação de improbidade administrativa, pretendendo responder perguntas vinculadas a dois principais pilares: (i) a indagação sobre os pressupostos teóricos que dão alicerce à justa causa na improbidade administrativa; bem como (ii) a indagação sobre os elementos que efetivamente compõem a justa causa na improbidade administrativa, daí extraíndo os parâmetros que permitam o início da persecução punitiva em sede judicial, por meio da ação própria.

De início, o primeiro capítulo terá por foco evidenciar as bases teóricas que informam o conceito de improbidade administrativa, inserido no âmbito do Direito Sancionador. Será examinado o regime jurídico constitucional do qual se extrai o conceito do instituto, bem como o seu regime legal – notadamente as disposições gerais da Lei n. 8.429/1992, com as marcantes modificações legislativas inseridas pela Lei n. 14.230/2021. Neste ponto, será realizado um cotejo entre a gravidade das sanções próprias do Direito Penal com aquelas previstas para o ato de improbidade administrativa. Na sequência, pretende-se analisar a correlação entre o regime de garantias fundamentais e o instituto da improbidade administrativa.

O segundo capítulo, a seu turno, buscará um conceito sobre a justa causa no âmbito próprio do processo judicial da improbidade administrativa, com apoio na doutrina processual penal, na jurisprudência, bem como na doutrina específica que trata sobre o Direito Administrativo Sancionador. Na oportunidade, também será analisada a aplicabilidade da noção de regulação responsiva como fundamento teórico da justa causa no âmbito sancionatório da atividade administrativa do Estado. Ao final, será feita uma reflexão também sobre a concepção do *in dubio pro societate*, que muitas vezes

prevalece no recebimento e na conclusão indiciária do ato ímprobo¹⁹, indagando-se se tal noção esbarraria nos conceitos de regulação responsiva, bem como na própria exigência da justa causa para o início da persecução investigatória e punitiva relacionada aos atos de improbidade administrativa.

O terceiro capítulo, por sua vez, tem por objetivo responder se existem hipóteses objetivas de não incidência do regime de improbidade administrativa, com especial enfoque sobre a amplíssima abertura normativa das condutas proibitivas, bem como sobre os espaços dados pelo ordenamento jurídico para que erros possam acontecer sem que haja necessária punição – naquilo que se convencionou denominar de riscos permitidos²⁰. Neste ponto, será examinada também a concepção do direito ao erro do gestor público²¹, com o objetivo de verificar se tal noção poderia ser enquadrada dentro da ótica dos riscos permitidos. Serão examinados também outros parâmetros objetivos, de forma específica, notadamente o princípio da insignificância, a prescrição e o *bis in idem*. Por fim, será verificado o novo regime estatuído pela Lei n. 14.230/2021, que elencou, de forma específica, os requisitos da petição inicial, inclusive sobre a exigência da individualização das condutas narradas e da devida instrução já no ajuizamento da inicial (art. 17, §6º, da Lei n. 8.429/1992, com a redação dada pela referida Lei n. 14.230/2021).

No quarto capítulo, a pesquisa indagará como se dá a configuração do elemento subjetivo do ato ímprobo, notadamente a partir das inovações legislativas trazidas pela Lei n. 14.230/2021, que extinguiu a modalidade culposa de improbidade administrativa e trouxe diversos elementos normativos que conceituam o dolo, exigindo um fim ilícito de agir – conforme se vê da atual redação do art. 1º e do art. 11, §§1º e 2º, da Lei n. 8.429/1992. Neste ponto, também haverá uma tentativa de responder qual o nível de exigência jurídica a respeito da má-fé para a configuração do ato de improbidade administrativa, e onde estaria enquadrado tal elemento.

Ao final, serão elencadas as conclusões da pesquisa.

Espera-se que tais reflexões possam contribuir para o aprimoramento dos instrumentos da atividade sancionatória no país, destacadamente no que diz respeito a uma interpretação da improbidade administrativa que seja mais harmônica com o texto

¹⁹ Ver, por exemplo, a ementa do seguinte julgado: AgInt no AREsp 1717388/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03/05/2021, DJe 07/05/2021, em que se concluiu que se faz necessária a realização da instrução na ação de improbidade, “sob pena, inclusive, de cercear o *jus accusationis* do Estado”.

²⁰ Tratada de forma específica em: CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

²¹ Sobre o tema, ver: DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

constitucional e, também, mais adequada aos fins públicos que a lei pretende proteger – de modo que o instituto possa produzir efeitos e consequências proporcionais ao que seja estritamente necessário à busca pela concretização das finalidades públicas correspondentes.

CAPÍTULO 1 – Ato de improbidade administrativa e interpretação conforme a Constituição

1.1. Conceito de improbidade administrativa

A improbidade administrativa consiste em um instituto jurídico de direito material, de natureza punitiva (ou preventiva, a depender da ótica), voltado a sancionar (e a prevenir) condutas indesejadas ocorridas no seio da Administração Pública, organizado processualmente como uma modalidade de processo judicial punitivo não penal²², de caráter “penaliforme”²³.

A definição do instituto perpassa pela interpretação conjunta e harmônica do ordenamento jurídico – já que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) deve ser lida pelas lentes da Constituição Federal.

Com efeito, a noção normativa de improbidade administrativa é extraída do art. 37, §4º, da Constituição Federal - convém sublinhar que a referida previsão consiste em norma prevista, de forma inédita, pela Constituição de 1988, especialmente quando se considera a improbidade administrativa “como uma modalidade autônoma de ilícito, independentemente dos delitos de responsabilidade”²⁴.

Ademais, o instituto se constitui em inegável avanço no que diz respeito à instrumentalização jurídica voltada a investigações e punições relativas a atos classificados como ímprobos, nos termos do regime jurídico aplicável, conforme a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992, com as posteriores alterações legais) – além de possuir também caráter preventivo, evitando que as condutas proibidas sejam realizadas em concreto (prevenção geral e prevenção especial).

Dentro do texto constitucional, assim restou redigido o referido art. 37, §4º, da Constituição Federal, em sua redação original:

²² Sobre o tema, ver: MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

²³ Nesse sentido: “As ações de improbidade administrativa não são ações civis por excelência. Tratá-las como tal é um equívoco. São ações de conteúdo punitivo, participantes do microsistema do Direito Administrativo Sancionador. São ações ‘penaliformes’, subordinadas muito mais de perto à ‘principiologia’ — repito: à ‘principiologia’ — típica do Direito Penal e do Processo Penal” (FERRAZ, Luciano. Ausência de duplo grau de jurisdição obrigatório nas ações de improbidade administrativa. Coluna Interesse Público. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/interesse-publico-ausencia-duplo-grau-jurisdicao-obrigatorio-acoes-improbidade>. Acesso em: 28/02/2020). No trecho, o autor também faz referência à seguinte bibliografia: ROCHA FILHO, Altair Soares da. *Penaliformidade do ilícito de improbidade administrativa e a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e dos Tribunais Superiores: decorrência da unicidade do Jus Puniendi*. 2018. 112f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Disponível em <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/27443>.

²⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 5ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 (*e-book*), Capítulo II, item 2.1.

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

(...)

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

Apenas a título de breve registro histórico, o atual texto do art. 37, §4º, da Constituição Federal foi inserido nos debates da Assembleia Constituinte a partir do Substitutivo n. 2 e 18/09/1987, pela Comissão de Sistematização, e assim se manteve por toda a tramitação (Projeto A, Projeto B, Projeto C e Projeto D), além de ter sido promulgado com a mesma redação – a única modificação redacional se deu pela palavra “correspondente” para “cabível”, no último trecho da norma, em que se faz referência à ação penal cabível, além de outra alteração apenas gramatical, sobre a regência do verbo importar²⁵.

Apesar de um trâmite legislativo aparentemente sem maiores intercorrências, Fernando Gaspar Neisser adverte que, durante a Assembleia Nacional Constituinte, houve tentativa de tratar a improbidade administrativa como crime inafiançável. O autor também aponta que as dificuldades conceituais sobre a acepção de improbidade administrativa já se encontravam presentes até mesmo nos debates parlamentares, acompanhando o desenvolvimento do instituto desde então²⁶.

A Lei de Improbidade Administrativa somente foi concebida em 1992, anos depois da promulgação da Constituição de 1988²⁷, tendo criado hipóteses legais de atos de improbidade administrativa com redações abertas, previstas em rol exemplificativo, além de ter previsto condutas que, a rigor, não se identificam com uma acepção que se aproxime do sentido de improbidade extraído do ordenamento jurídico – indo além, ao que parece, do que seria permitido pela previsão do constituinte²⁸.

²⁵ LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013. Página 184 do documento digital, correspondente à página n. 141 do livro. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/544624/001001238_v1.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02/12/2021.

²⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 65/68.

²⁷ Sobre o trâmite legislativo e seus detalhes, ver: NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 68/70.

²⁸ Ver, sobre o tema: HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21/22. em que o autor enumera um número de oito inconstitucionalidades materiais do texto original da Lei de Improbidade Administrativa – como a modalidade culposa e a ausência de observância da tipicidade (da conduta e das penas), dentre outras. No mesmo sentido: ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 96, em que reputa a inconstitucionalidade da modalidade culposa de ato de improbidade administrativa – no trecho, a autora

Importante a ponderação de Florivaldo Dutra de Araújo sobre o momento histórico da promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, bem como de seus possíveis excessos, que podem ter extrapolado o texto constitucional²⁹:

E num contexto de apaixonada resposta a essa situação que se promulgou a Lei no 8.429, de 2.06.1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. Sem prejuízo de sua importância no combate às mazelas históricas da Administração Pública brasileira, essa Lei apresenta problemas de técnica legislativa e redação, que podem levar à extrapolação dos meios e objetivos visados ou, pelo menos, daqueles que constitucionalmente poderiam ser almejados. A Lei n. 8.429/92 foi elaborada em meio a um agitadoíssimo clima de disputas políticas e denúncias de irregularidades que culminaram no afastamento do Presidente da República. Como amiúde ocorre em tais contextos, o legislador é tentado a encontrar em formulações draconianas a panaceia para os problemas do momento. Contudo, as tendências de abuso no exercício do poder — em maior ou menor medida — são um fato universal e cotidiano, ao qual é necessário dar combate sem tréguas, mas também sem as demasias que podem retirar-lhe a legitimidade. Passada, pois, a tormenta em meio à qual a Lei n. 8.429/92 foi gerada, cabe aos estudiosos e à sociedade conferir-lhe a aplicação constitucionalmente adequada, sem tais excessos

Registre-se, ainda, que a lei de regência, embora tenha tratado a matéria como estranha ao Direito Penal, respeitando a vontade do constituinte, não chegou a esclarecer a natureza jurídica de seus tipos sancionadores³⁰.

De início, esclareça-se que, para o presente estudo, adota-se o conceito de que o ato de improbidade administrativa não se confunde com ilegalidade ou com um erro de interpretação ou de execução do ato, ou mesmo com uma conduta desprovida de dolo — trata-se, na realidade, de uma hipótese de conduta qualificada pela desonestidade do agente³¹, ou mesmo pela má-fé³², que, portanto, se constituem em pressuposto teórico e normativo para a configuração do ato de improbidade administrativa³³.

No mesmo sentido, Rodrigo Valgas dos Santos aponta que o conceito de improbidade administrativa não admite a figura de improbidade acidental, por descuido ou por mera inobservância de norma jurídica — daí decorrendo a conclusão de que

cita doutrina em sentido contrário (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 110 e 272), refutando o seu teor.

²⁹ Prefácio assinado por Florivaldo Dutra de Araújo em: ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público — individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 13.

³⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 5ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 (e-book), Capítulo II, item 2.2.

³¹ HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei n° 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14.

³² NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 270. No mesmo sentido: ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público — individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99.

³³ Em sentido contrário: OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 5ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 (e-book), Primeira Parte, que enquadra atos de má gestão como atos de improbidade administrativa. Tal construção teórica, no entanto, foi engendrada anteriormente à edição da Lei n. 14.230/2021. Também em sentido contrário: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 110 e 272, admitindo a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa na redação original da Lei de Improbidade Administrativa, anterior à reforma de 2021 - citado em ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público — individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 96.

“ninguém pode ser ímprobo sem objetivar-se alcançar resultado antijurídico de cuja desonestidade tenha consciência”³⁴, não havendo confusão entre os conceitos de improbidade administrativa e de má gestão pública³⁵.

Com o advento da Lei n. 14.230/2021, que promoveu alterações significativas no texto da Lei de Improbidade Administrativa, a conceituação do ato de improbidade administrativa se tornou ainda mais específica: trata-se de um ato ilícito doloso, praticado por agente público ou terceiro, contra as entidades indicadas pela lei, que se enquadre formalmente em uma das hipóteses de ato de improbidade administrativa previstas em lei específica, e que se consubstancie em um ato de vontade livre e consciente de alcançar o fim ilícito da norma, não se confundindo com delito de hermenêutica, não se confundindo com simples ilegalidade, e sendo exigível, adicionalmente, o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. Necessária, ainda, a constatação de uma efetiva gravidade da conduta.

Trata-se, portanto, de uma ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo³⁶, sendo indispensável, para a caracterização da improbidade, que exista uma conduta dolosa, com um fim específico de agir, para a tipificação dos arts. 9º a 11 da Lei de Improbidade Administrativa³⁷.

Em acréscimo, o elemento desonestidade, em acepção que se aproxima de um sentido vinculado à noção de corrupção, se afigura em elemento inafastável para a configuração do ato de improbidade (exigido pelo art. 11, §§1º e 2º da Lei de Improbidade Administrativa, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021) – de tal modo, ainda que o Ministério Público repunte determinadas condutas como equivocadas, eivadas de inabilidade ou incapacidade técnica, não haveria a configuração do ato de improbidade a justificar a abertura do processo judicial punitivo.

A impossibilidade de interpretação mais gravosa, que extrapole o anseio do constituinte, também se extrai também da lição de Bernd Schünemann, em razão de que a lei proibitiva, dada a sua finalidade de prevenção geral, também deve ater-se ao

³⁴ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 170-171.

³⁵ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 172-173..

³⁶ AgInt no AREsp 1391197/RJ, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, julgado em 08/09/2021, DJe 14/09/2021.

³⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 05.

significado cotidiano das expressões³⁸, de modo tal que a legislação não poderia ir além do sentido vulgarmente reconhecido para o vocábulo “improbidade”³⁹.

Sobre o tema, Fernando Gaspar Neisser aponta que “[i]mprobidade e corrupção, ainda que não sejam termos sinônimos, guardam intensa relação entre si, (...) entendendo-se a probidade como um estado de ausência de corrupção”⁴⁰.

Na mesma toada, Sirlene Arêdes aponta que não há sequer confusão entre os conceitos de improbidade administrativa e desvio de finalidade – sendo que, para a configuração da improbidade administrativa, a desonestidade e a má-fé do agente são elementos imprescindíveis⁴¹:

Diante do exposto, é de se concluir que todo ato de improbidade administrativa configura um desvio de finalidade, embora nem todo desvio de finalidade configure improbidade administrativa. Isso porque, como demonstra Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 74 et seq.), pode haver desvio de finalidade sem que haja dolo do agente público, ou seja, o agente visa a um fim de interesse público, mas utiliza, de forma incorreta, os poderes estatais para alcançar esse fim público. Nesse caso, embora haja imoralidade no conteúdo do ato oriunda do desvio de finalidade, não há improbidade. E a improbidade administrativa exige a má-fé para ser configurada, de forma que apenas o desvio de finalidade, com intenção maliciosa, configura o ato de improbidade administrativa. O ato ilegal deve ser anulado e a conduta culposamente ilegal do agente público deve ser punida, a punição, porém, por ato de improbidade administrativa somente pode ocorrer quando houver má-fé do agente. Uma vez que os requisitos e os elementos usados para analisar a moralidade do ato administrativo são diferentes daqueles usados para determinar a conduta impropria, pode-se verificar a moralidade do ato administrativo e, conseqüentemente, sua validade, sem que a intenção do agente seja obrigatoriamente avaliada. Entretanto, não se pode punir esse agente por ato de improbidade sem que se avalie sua intenção. A intenção do agente encontra-se explicada preponderantemente pela doutrina finalista da ação, que é usada para determinar os elementos subjetivos da conduta punível. No caso do ato de improbidade administrativa, tendo em vista que o mesmo é caracterizado pela desonestidade do agente, é imprescindível para a configuração da ofensa à probidade que haja uma conduta dolosa, ou seja, que o agente tenha por objetivo uma conduta que é contrária à moralidade administrativa

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 296. Em sentido análogo: ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 96/97.

³⁹ Raul Machado Horta, sobre o tema da improbidade e corrupção e seus significados, aponta que: “[d]entro do tema geral do painel - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA -, a corrupção é manifestação maligna, que nega a moralidade administrativa. Na linguagem vernácula, -a improbidade, designa a desonestidade, a maldade, a perversidade; equivale ao ímprobo, que conduz ao improbus administrator, caracterizando, no serviço público, o administrador desonesto” (HORTA, Raul Machado. *Improbidade e corrupção*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 236, p. 121-128, abr./jun. 2004, p. 121).

⁴⁰ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 285.

⁴¹ ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, intérprete máximo da Constituição Federal, caminha no mesmo sentido do aqui proposto, conforme trecho da ementa de julgamento em repercussão geral a seguir citado⁴²:

(...) A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência. 3. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa

Destaca-se que a referida concepção foi extraída da Lei de Improbidade Administrativa antes de sua recente alteração. Isso porque o STF, como não poderia deixar de ser, realizou uma leitura da Lei de Improbidade Administrativa sob a ótica constitucional – seja em razão da própria noção do vocábulo normativo “improbidade”, seja também em razão do regime jurídico das garantias constitucionais, que exigem um sistema punitivo racional, previsível e razoável.

De todo modo, dando ainda mais força à concepção aqui trazida, foi publicada a Lei n. 14.230/2021, que alterou de forma substancial o texto até então vigente da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992).

A partir de então, por expressa previsão legal, não mais se admite a modalidade meramente culposa do ato de improbidade administrativa (conforme nova redação dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa), e exige-se também, para a configuração do ato de improbidade administrativa, um elemento subjetivo qualificado, consistente no dolo como vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito previsto nos artigos 9º, 10 e 11 – não bastando a mera voluntariedade do agente (na dicção expressa do art. 1º, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluídos pela Lei n. 14.230/2021).

A lei passou a prever também 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” (art. 1º, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

⁴² Recurso Extraordinário n. 976.566, Relator(a): Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-210 Divulg 25-09-2019 Public 26-09-2019.

Em acréscimo, o novo texto legal também impede a configuração do ato de improbidade administrativa referente a ação ou omissão que decorra de divergência na interpretação da lei, baseada em jurisprudência, mesmo que não pacificada, ainda que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário (art. 1º, §8º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

Houve, assim, inegável avanço do texto legal em um caminho que tem por objetivo gerar uma maior segurança jurídica e uma interpretação conforme a Constituição do instituto da improbidade administrativa, já que a previsão legal do instituto passa a prever que o ato de improbidade administrativa somente se configura em casos graves e extremos, em que o agente aja em busca do fim ilícito dos tipos legais dos atos ímprobos.

Reforça-se, portanto, que atos inábeis, equivocados e culposos (imprudentes, negligentes ou realizados com imperícia) não são aptos, por si sós, a enquadrar-se como atos de improbidade administrativa.

Ainda que não fosse o texto legal, o presente estudo tem por premissa teórica que o instituto da improbidade administrativa deve ser lido em uma interpretação conforme a Constituição, com conceitos muito bem delimitados, como uma contrapartida republicana exigida de um regime jurídico punitivo tão gravoso e disponibilizado ao Estado-acusador. Dessa forma, se permite a construção de uma Administração Pública que seja proba e que, ao mesmo tempo, possa cumprir os seus fins constitucionais⁴³.

Como já salientado, tem-se, para o presente estudo, que a improbidade administrativa, pela potencialidade de sanções dotadas de alto grau de severidade que sua ocorrência pode provocar – impõe uma reflexão sobre a aplicabilidade, em seu contexto, das garantias constitucionais postas à disposição dos cidadãos que se sujeitem a um típico processo punitivo.

Registre-se, neste contexto, que o instituto da improbidade administrativa vinha apresentando inúmeras dificuldades conceituais, aptas a gerar inegável insegurança jurídica, sendo corriqueira, na prática, a confusão teórica entre ilegalidade e ato de

⁴³ BITENCOURT NETO, Eurico. 25 anos da lei de improbidade administrativa: desafios jurídicos ainda não superados. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 141, 2017, p. 209.

improbidade administrativa⁴⁴ - em verdadeiro desvirtuamento da natureza punitiva do instituto.

Portanto, como já salientado acima, a noção de improbidade administrativa não se confunde com ilegalidade, tratando-se, em verdade, de uma hipótese de conduta qualificada pela desonestidade do agente⁴⁵ - que, portanto, se trata de pressuposto teórico para a configuração da improbidade administrativa.

Em um conceito negativo do instituto, não poderiam ser enquadrados como improbidade administrativa os atos praticados em decorrência da inabilidade do administrador público, que representem equívocos meramente formais ou que sejam praticados com boa-fé⁴⁶.

Do mesmo modo, por óbvio, não existirá ato de improbidade administrativa relativamente a condutas que representem exercício regular do direito ou estrito cumprimento do dever legal, ou mesmo condutas praticadas dentro do que se convencionou denominar de riscos permitidos (inclusive o espaço jurídico de erro do administrador)⁴⁷.

A rigor, portanto, conforme se extrai de estudo de Fernando Capez⁴⁸, a verificação da tipicidade do ato de improbidade exige a presença de três requisitos, sem os quais não haverá fato típico, e, por tal razão, sequer poderá ter início da apuração da responsabilidade: (i) tipicidade formal (conduta ilícita deve estar formalmente descrita na lei de regência); (ii) tipicidade material (conteúdo materialmente ilícito) e (iii) conduta dolosa⁴⁹.

Dessa forma, o conteúdo material do ilícito, conforme será aprofundado mais à frente do trabalho, deverá observar a inadequação social da conduta, a ofensividade da lesão, a significância da lesão, a proporcionalidade, a quebra do princípio da confiança, de modo que a conduta possa ser classificada como ilícita em razão de criar um risco proibido pelo ordenamento jurídico⁵⁰.

⁴⁴ Sobre a confusão entre os conceitos de ilegalidade e ato de improbidade, ver: FERRAZ, Luciano. Entre os Conceitos de Ilegalidade e Improbidade Administrativa. *Interesse Público, Conjur*, 07 jul. 2016. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-07/interesse-publico-entre-conceitos-ilegalidade-improbidade-administrativa>. Acesso em: 12/05/2021.

⁴⁵ HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei n° 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14.

⁴⁶ HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei n° 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

⁴⁷ Ver: CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 317/320.

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 319.

⁴⁹ O autor, na referida obra do ano de 2015, elenca os referidos requisitos fazendo referência aos elementos subjetivos culpa e dolo. Diante da modificação legislativa operada em 2021, acima já explicitada, esse trabalho entende que não mais há sequer cogitar-se de ato de improbidade administrativa na modalidade culposa.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 320.

Tais constatações decorrem seja do sentido jurídico-constitucional dado ao instituto – que difere as expressões improbidade, legalidade e moralidade – seja também em decorrência da gravidade das penas legalmente previstas como sanções para os denominados atos de improbidade administrativa.

Com efeito, na lição de Néviton Guedes, afiguram-se inegáveis a gravidade e a intensidade com que a condenação em uma ação de improbidade administrativa pode atingir a esfera jurídica do réu, aí incluídas limitações a direitos fundamentais, uma vez que a lei de regência dispõe de severas conseqüências de natureza civil, administrativa e política, que atingem desde o patrimônio particular do agente até seus direitos políticos⁵¹.

Registre-se que não se cogita, por óbvio, amenizar as conseqüências pela prática deliberada de atos de corrupção⁵², mas, sim, pretende-se que seja feita uma reflexão para que não prevaleça, no país, nem a *corruptocracia* nem tampouco a *corruptofobia* – expressões utilizadas por Cármen Lúcia Antunes da Rocha⁵³:

A “corruptocracia”, vale dizer, governo ambientado na corrupção e que atua acolhendo a sua prática, não pode ser aceita. Nem a “corruptofobia”, quer-se dizer, governo e Administração que não atuam segundo as necessidades públicas e o interesse coletivo, mas com medo permanente da desonestidade de todos, também não pode ser acolhida (...). Entretanto, a “corruptofobia” faz com que a lei seja produzida não se voltando à obtenção de um fim público, mas apenas ao cerceamento de determinados comportamentos que possam permitir a corrupção. O sistema de Direito deve, isto sim, valer-se de instrumentos asseguradores da prevenção de práticas corruptas e da repressão a estas, quando ocorrerem. O que ele não pode é fazer secundária qualquer conduta que não o próprio combate à corrupção. A inércia administrativa, a paralisação ou a extinção de atos e processos, em cujo desempenho poderia haver imoralidade, não atende ao interesse público. Este exige o movimento, a dinâmica administrativa. A atividade administrativa é, em sua essência, o Direito animado pela ação do Estado. Aliás, não há qualquer segurança de que a inércia administrativa também não provoca ou não é consequência de atos de corrupção.

Dessa maneira, tem-se que o instituto da improbidade administrativa deve ser lido em uma interpretação conforme a Constituição, com conceitos muito bem delimitados, como ocorre tipicamente no Direito Penal – que se torna um importante parâmetro dogmático para a análise do sistema da improbidade administrativa.

⁵¹ GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 291.

⁵² HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 03.

⁵³ ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 214-215, em trecho citado em HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 03. No mesmo sentido: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 166: “[u]m País cujo principal objetivo nacional – acima de qualquer outro – seja combater a corrupção, jamais poderá realizar os objetivos nacionais expressos no artigo 3º da CR”.

Assim, evita-se uma leitura moralista e à margem do direito, e se permite a construção de uma Administração Pública que seja proba e que, ao mesmo tempo, possa cumprir os seus fins constitucionais⁵⁴.

Ressalta-se, por oportuno, que essas orientações iniciais foram, em linhas gerais, adotadas pela Lei n. 14.230/2021, que alterou, de maneira substancial, o texto da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), especialmente ao extirpar do ordenamento a modalidade culposa de improbidade administrativa, bem como ao prever de maneira expressa as circunstâncias que envolvem o dolo específico do ato de improbidade administrativa - ver o artigo 1º com a redação dada pela referida Lei n. 14.230/2021, bem com os *caputs* dos artigos 9º, 10 e 11 da lei, também com a nova redação.

A seguir, serão aprofundados os pontos traçados neste panorama geral sobre o instituto.

1.2. Inserção da improbidade administrativa no âmbito do Direito Sancionador

Como já salientado, o instituto da improbidade administrativa consiste em um importante instrumento jurídico previsto constitucionalmente e que, em linhas gerais, prevê a aplicação de sanções contra indesejados desvios de conduta que afrontem a Administração Pública.

Sua previsão normativa decorre do comando constitucional previsto no art. 37, §4º, da Constituição Federal, concretizado, por sua vez, pela Lei n. 8.429/1992 – chamada de Lei de Improbidade Administrativa.

Contudo, mesmo após mais de duas décadas de sua vigência, o instituto da improbidade administrativa se apresenta problemático em sua aplicação prática, sendo recorrente verdadeira confusão entre os conceitos de ilegalidade e de ato de improbidade⁵⁵.

Diante de tal cenário, o parlamento operou modificação do texto legislativo da Lei de Improbidade Administrativa, por meio da Lei n. 14.230/2021 – e, para o presente

⁵⁴ BITENCOURT NETO, Eurico. 25 anos da lei de improbidade administrativa: desafios jurídicos ainda não superados. Revista Síntese de Direito Administrativo, v. 141, 2017, p. 209.

⁵⁵ Sobre a confusão entre os conceitos de ilegalidade e ato de improbidade, vide: FORTINI, Cristiana. Carta do ministro da Educação: improbidade ou ato irregular? Consultor Jurídico – *Conjur*, 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-28/interesse-publico-carta-ministro-educacao-ato-improbidade-ou-conduta-irregular>. Acesso em: 15 de julho de 2020; e FERRAZ, Luciano. Entre os Conceitos de Ilegalidade e Improbidade Administrativa. Interesse Público, *Conjur*, 07 jul. 2016. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-07/interesse-publico-entre-conceitos-ilegalidade-improbidade-administrativa>. Acesso em: 25 de julho de 2020.

tópico, releva citar o teor do art. 1º, §4º, bem como o art. 17-D, incluídos pela referida Lei n. 14.230/2021:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Vê-se, portanto, que, atualmente, a própria lei de regência traz, de forma expressa, a previsão de que o sistema da improbidade administrativa se encontra inserido no âmbito do Direito Punitivo, ou, no dizer da lei, no sistema do Direito Administrativo Sancionador.

Parte da doutrina também já vinha caminhando no mesmo sentido.

Para Luciano Ferraz⁵⁶:

As ações de improbidade administrativa não são ações civis por excelência. Tratá-las como tal é um equívoco. São ações de conteúdo punitivo, participantes do microsistema do Direito Administrativo Sancionador. São ações “penaliformes”, subordinadas muito mais de perto à “principiologia” — repito: à “principiologia” — típica do Direito Penal e do Processo Penal.

Cristiana Fortini e Caio Mário Lana Cavalcanti, ao analisar o tema, também afirmam que “[o] Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador se correlacionam

⁵⁶ FERRAZ, Luciano. Ausência de duplo grau de jurisdição obrigatório nas ações de improbidade administrativa. Coluna Interesse Público. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/interesse-publico-ausencia-duplo-grau-jurisdicao-obrigatorio-acoes-improbidade>. Acesso em: 28/02/2020. No trecho, o autor também faz referência à seguinte bibliografia: ROCHA FILHO, Altair Soares da. *Penaliformidade do ilícito de improbidade administrativa e a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e dos Tribunais Superiores: decorrência da unicidade do Jus Puniendi*. 2018. 112f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Disponível em <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/27443>.

por exteriorizarem ambos a manifestação penalizadora do Estado e por integrarem o mesmo gênero, qual seja, o Direito Sancionador”⁵⁷.

Em sentido análogo, no dizer de Néviton Guedes, não seria possível menosprezar a gravidade e a intensidade com que a condenação em uma ação de improbidade administrativa pode atingir a esfera jurídica do agente público, tendo em vista que a lei de regência dispõe de seríssimas conseqüências de natureza civil, administrativa e política, que atinge desde o patrimônio particular do agente até seus direitos políticos⁵⁸.

A severidade das penas previstas no sistema da improbidade administrativa resulta em uma série de convergências em relação à atividade judicial de repressão punitiva do Estado, ainda que se entenda que não exista um *jus puniendi* estatal único⁵⁹ – pois “[é] possível, sem dúvida, falar-se de um Direito Constitucional limitador do *ius puniendi* do Estado”⁶⁰.

Especificamente quanto à improbidade administrativa, tendo em vista a gravidade das sanções previstas que lhe são próprias, seria o caso de aplicação de um regime de Direito Administrativo Sancionador judicializado, conforme se extrai da lição de Fábio Medina Osório⁶¹:

Há, ainda, normas de Direito Administrativo que contemplam condutas proibidas e sanções, cuja aplicação, não obstante, depende dos juízes e tribunais, não sendo viável ou lícito à Administração Pública, direta ou indireta, ou a qualquer outra entidade regulada por Direito Público, aplicá-las. São sanções geralmente mais graves, bastante próximas, não raro, do Direito Penal, porém inegavelmente de Direito Administrativo, editadas pelo Estado como forma de tutelar específicos interesses públicos e sociais. Nesses casos, sustento que o Estado-juiz pode receber competências sancionatórias disciplinadas direta e originariamente pelo Direito Administrativo, com o que suas prerrogativas veiculariam sanções administrativas, sanção de Direito Administrativo. Eis um universo no qual o Direito Administrativo Sancionador também transita com desenvoltura. Trata-se do Direito Administrativo Sancionador judicializado, cujas normas haveriam de ser buscadas nas decisões típicas do Poder Judiciário.

⁵⁷ FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado? *Conjur*, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 28/02/2022.

⁵⁸ GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 291.

⁵⁹ Esta a posição de Fábio Medina Osório (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 131). Em sentido oposto, Alice Voronoff aponta que, na literatura nacional, “tem destaque a posição de administrativas que partem da origem comum do poder punitivo do Estado (o *ius puniendi* único)”, para, em seguida, especificar a posição de alguns desses estudiosos (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 57).

⁶⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 131..

⁶¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 46.

O autor, no entanto, reputa que o só fato de que a sanção administrativa seja aplicada pelo Poder Judiciário não desnaturaria a natureza de Direito Administrativo Sancionador⁶²:

Não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada, por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela de valores protegidos pelo Direito Administrativo

Existe também fundamentada posição doutrinária a apontar que a improbidade administrativa estaria, em verdade, inserida no conceito de Direito de Intervenção.

Segundo Ana Carolina Carlos de Oliveira, o Direito de Intervenção, cunhado por Winfried Hassemer, se apresenta como uma modalidade entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, que surge para frear a expansão do Direito Penal, e que consiste em um modelo com regras e garantias mais flexíveis – em um procedimento investigativo dito por mais eficiente – desde que, em contrapartida, não seja aplicável em casos de penas restritivas de liberdade⁶³.

Nesse sentido, Ana Carolina Carlos de Oliveira aponta que, em certos espaços normativos, a sanção administrativa é tão grave que se aproxima das sanções criminais previstas para os delitos não violentos – sendo que tal aproximação poderia possibilitar o preenchimento do espaço sancionatório intermediário visualizado por Hassemer por meio do Direito de Intervenção. A autora afirma que, no âmbito da improbidade administrativa, a legislação pátria, ainda que não expressamente, teria acolhido a hipótese do Direito de Intervenção⁶⁴.

Já Fernando Gaspar Neisser, após ater-se às posições de Fábio Medina Osório e de Ana Carolina Carlos de Oliveira, vai mais além: apesar de inserir a improbidade administrativa dentro do Direito Sancionador, entende ser indubitável a afirmação de que a improbidade administrativa não se coaduna com o tratamento do próprio Direito Administrativo Sancionador, sob qualquer ponto de vista que se analise a questão⁶⁵.

Neste ponto específico, Neisser expressamente discorda de Fábio Medina Osório, ao sustentar que a sanção administrativa aplicada pelo Poder Judiciário – sendo

⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 95.

⁶³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 46.

⁶⁴ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 201.

⁶⁵ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 119.

o caso da improbidade administrativa – reclama um regime teórico próprio, distinto do Direito Administrativo Sancionador, que é aplicado pela própria Administração⁶⁶.

Ademais, Neisser também aduz que o Direito de Intervenção não parece adequado, contudo, como modelo para o sistema da improbidade administrativa, já que não seria concebível, dentro da gravidade das penas previstas para as improbidades, que se admitisse um sistema punitivo flexível, sem o rigor a respeito da presença do elemento subjetivo ou que produzisse uma responsabilização coletiva⁶⁷.

Assim, em conclusão, o autor se alinha à posição, também de Luiz Flávio Gomes, de que a ação de improbidade administrativa estaria mais adequadamente inserida dentro do que denomina de Direito Judicial Sancionador⁶⁸, já que, para sanções tão gravosas, se faz essencial que o procedimento seja realizado perante o Poder Judiciário, com todas as garantias típicas do processo punitivo judicial, em um modelo punitivo imparcial e independente⁶⁹.

Com efeito, afigura-se relevante a distinção entre o Direito Administrativo Sancionador tipicamente aplicado pela própria Administração em relação às sanções administrativas aplicadas pelo Poder Judiciário – já que as peculiaridades do processo judicial afastam, em alguma medida, a teoria geral do Direito Administrativo Sancionador.

Portanto, tratando-se de improbidade administrativa, com sanções extremamente severas e que afligem os próprios direitos fundamentais, se está a falar de um rito judicial de punição – até mesmo em razão de que se trata do procedimento previsto pela lei de regência.

De todo modo, as sanções aplicáveis no âmbito de improbidade administrativa se inserem, por certo, dentro do Direito Sancionador⁷⁰ – independentemente da unicidade ou não do Direito Punitivo.

⁶⁶ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 116.

⁶⁷ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 182.

⁶⁸ O autor, neste ponto, faz referência à lição de Luiz Flávio Gomes e de Francesco Palazzo, que tratam do denominado Direito satélite ou satelitário (NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 182).

⁶⁹ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 183.

⁷⁰ Vide, por exemplo: GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 290/291. Na jurisprudência, a inserção da improbidade administrativa no conceito de “ius puniendi” pode ser vista, por exemplo, em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo mantida pelo Ministro Sérgio Kukina no AREsp 1206155, publicada no DJe em 22/05/2018.

Assim, o presente estudo parte do pressuposto, que não desperta maiores indagações, de que a improbidade administrativa consiste, sim, em uma das modalidades de Direito Sancionador do Estado.

E, especificamente em relação à ação judicial de improbidade administrativa, adota-se, nesta investigação, o entendimento externado por Merçon-Vargas, no sentido de que se trata de espécie do poder sancionatório do Estado, daí decorrendo algumas conseqüências jurídicas⁷¹:

A tese que se propõe é a de que, nos processos judiciais punitivos não penais em que há exercício de pretensão punitiva estatal, com potencial aplicação de sanções restritivas de direitos fundamentais, a natureza do direito material e o desequilíbrio da relação processual devem acarretar, para o réu, o adensamento das garantias constitucionais do processo. Esta hipótese está atrelada à ideia de que as garantias do devido processo legal não se expressam de forma idêntica em todo e qualquer processo e podem variar em extensão e em intensidade.

1.3. Gravidade das sanções: cotejo com o sistema penal

Fábio Medina Osório recorda que existem sanções administrativas que se assemelham bastante àquelas de natureza penal, como a suspensão de direitos políticos, restrições a direitos de contratar com a Administração Pública, e até mesmo a perda de cargos públicos – sanções que podem assumir feições de natureza penal, a depender do ordenamento jurídico em que inseridas⁷².

Em complemento, Fernando Gaspar Neisser aponta que crime e improbidade administrativa se afiguram em fenômenos jurídicos “impressionantemente próximos”, de modo que o modelo do sistema de improbidade administrativa há de estar o mais próximo possível do modelo próprio do Direito Penal⁷³.

Esta também a posição de Maria Tereza Fonseca Dias e Bruno Martins Torchia, que apontam, sobre a Lei de Improbidade Administrativa, que “apesar de ser de natureza civil-administrativa (ou civil-política), possui sanções tão severas quanto as normas de cunho penal”⁷⁴.

⁷¹ MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 17.

⁷² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 101.

⁷³ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 293.

⁷⁴ DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (Administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1, p. 212. No mesmo sentido: VEDOVATO, Luís Renato; LOPES, Thiago Henrique Teles. O processo civil no estado constitucional e seus reflexos nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, 278. N. 1, jan./abr. 2019, p. 166.

A rigor, e de forma mais concreta, Ana Carolina Carlos de Oliveira demonstra que, a depender da pena imposta em uma sentença condenatória por crime contra a Administração Pública, esta pode ser mais branda que a sanção verificada na improbidade administrativa⁷⁵ - e, recorrendo a Fernando Capez, a autora prossegue no sentido de que a gritante desproporcionalidade entre as penas previstas no Código Penal e na Lei de Improbidade Administrativa afasta o argumento de que ao Direito Penal caberia a imposição das mais drásticas penas⁷⁶.

Neste ponto, Ana Carolina Carlos de Oliveira traça um paralelo entre as sanções de improbidade administrativa, em sua redação original (anteriormente à Lei n. 14.230/2021), e aquelas atribuídas a crimes contra a Administração Pública.

Em um primeiro momento, constata a autora que mesmo em relação a crimes com penas abstratas maiores – como o peculato (art. 312 do Código Penal), a concussão (art. 316 do Código Penal) e a corrupção passiva (art. 317 do Código Penal), as penas da improbidade administrativa podem ser mais gravosas, já que a aplicação da pena criminal no patamar mínimo possibilita a suspensão condicional da pena ou a substituição das penas por restritivas de direitos⁷⁷.

Por outro lado, se torna ainda mais emblemática a análise de condutas tipificadas como prevaricação (art. 319 do Código Penal), emprego irregular de verbas públicas (art. 315 do Código Penal), advocacia administrativa (art. 321 do Código Penal) e violação de sigilo funcional (art. 325 do Código Penal) – nestes casos, as penas dos delitos são marcadamente menos gravosas do que as penas de improbidade administrativa, especialmente em razão de tais delitos estarem enquadrados na categoria de crimes de menor potencial ofensivo, regidos pelo rito dos juizados especiais, o que permite, por exemplo, a utilização da transação penal⁷⁸.

Eduardo Kahler Ribeiro também aponta que a intensidade da restrição de direitos fundamentais decorrente da improbidade administrativa se afigura, em muitos casos, superior à decorrente de sanções penais, e apresenta, como exemplo de tal

⁷⁵ Ver OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. 2012. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 198.

⁷⁶ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. 2012. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 199.

⁷⁷ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. 2012. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 198.

⁷⁸ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. 2012. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012, p. 198/199.

afirmação, um cotejo entre as sanções penais e da improbidade administrativa para uma conduta enquadrável como peculato culposo – chegando à conclusão pela gravidade superior, em concreto, das penas do regime da Lei de Improbidade Administrativa⁷⁹.

Somente mais recentemente a Lei de Improbidade Administrativa passou a permitir a hipótese de acordo de não persecução civil (atualmente previsto pelo art. 17-B, incluído pela Lei n. 14.230 de 2021) – ao passo em que, na redação original da lei, havia a expressa vedação de acordo, transação ou conciliação (art. 17, §1º, da redação anterior, já revogada).

De todo modo, não se sabe se, na prática, tais acordos terão sistemática equivalente àqueles celebrados na esfera penal, já que, no procedimento consensual da improbidade administrativa, permanece a exigência inafastável de integral ressarcimento do dano (art. 17-B, I, na atual redação), além da necessidade de oitiva prévia do Tribunal de Contas para fins de apuração do dano a ser ressarcido (art. 1-B, §3º, da nova redação) – o que pode dificultar a própria efetivação do acordo.

Registre-se que o art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, que determina as penas para as condutas previstas nos artigos 9º a 11 da mesma lei, além de prever sanções contundentes como a suspensão de direitos políticos por até 14 (catorze) anos e pagamento de multas civis ilimitadas (na hipótese de dano ao erário) ou de até 24 (vinte e quatro) vezes a remuneração percebida pelo agente (na hipótese de violação a princípios da Administração Pública), tampouco prevê hipótese de suspensão do cumprimento da pena.

É sempre importante salientar que as condutas penais contra a Administração Pública exigem o elemento doloso para a sua configuração – tendo como única exceção a hipótese de peculato culposo (que é também crime de menor potencial ofensivo), o que faz com que a comparação provoque ainda mais perplexidade, já que as condutas da improbidade administrativa que causavam dano ao erário podiam ser punidas, segundo o texto legal anteriormente vigente, por mera conduta culposa.

Ainda que a Lei n. 14.230/2021 tenha formalmente extirpado a improbidade administrativa pela modalidade culposa, ainda não existe entendimento pacificado sobre a sua aplicação a ações em curso e a condutas pretéritas – conforme será esclarecido no tópico a seguir – de modo tal que a reflexão sobre a punição de condutas culposas ainda merece ser mantida.

⁷⁹ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 50/51 e nota de rodapé n. 158, também na página 51.

Neste raciocínio, verificou-se, em concreto, a possibilidade efetiva de que as penas de improbidade administrativa possam ser mais graves do que penas previstas para crimes vinculados às mesmas condutas.

Embora tal exame tenha sido realizado com enfoque maior nas penas previstas na redação original da Lei de Improbidade Administrativa, tem-se que, mesmo com a redação trazida pela Lei n. 14.230/2021, ainda se manteve um regime de penas bastante severas no regime da improbidade administrativa – como, por exemplo, a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos por até 14 (catorze) anos, a proibição de contratar pelo mesmo período (art. 12, I, na nova redação); e a multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes do valor da remuneração percebida pelo agente (art. 12, III, na nova redação), que poderá ser dobrada (art. 12, §2º, incluído pela referida Lei n. 14.230/2021), além da multa civil ilimitada no caso de dano ao erário (art. 12, II, na nova redação).

Portanto, todo o raciocínio acima exposto permanece teoricamente válido, ainda que tenha ocorrido mudança legislativa sobre o tema.

Assim, em tal cenário, há de ser preservada a ideia de que o Direito Sancionador, em toda a sua completude, se afigura na *ultima ratio* do Estado, uma vez que “este há de buscar, em primeiro lugar, outros meios mais eficazes e menos drásticos para o cumprimento dos comandos legais”⁸⁰ – de modo tal que não se devem correr riscos de uma banalização das sanções ou do próprio Direito Administrativo Sancionador⁸¹.

A noção de *ultima ratio*, assim, não pode ser concebida como uma exclusividade do Direito Penal, já que, como se vê em nosso ordenamento jurídico, há distintas condutas que recebem penas mais gravosas no âmbito da improbidade administrativa do que propriamente no âmbito da persecução penal⁸².

Assim, a improbidade administrativa se encontra inserida no contexto de um Direito Sancionador de relevante gravidade, e se constitui em penúltimo ou até mesmo em último degrau da punibilidade do Estado, dada a extrema gravidade de suas sanções. Por essa razão, é também forçoso um rigor técnico na conceituação da improbidade administrativa.

⁸⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 462.

⁸¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 462.

⁸² No mesmo sentido: RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 50.

Devem ser fixadas, de tal modo, as balizas que resultem na configuração do ato de improbidade administrativa, retirando-lhe a incidência, em interpretação conforme a Constituição, relativamente a condutas realizadas com a intenção de produzir bons resultados para a Administração – ou mesmo aquelas cobertas pelo risco permitido, pelo exercício de prerrogativas constitucionais de cargos públicos/políticos ou pelo livre exercício de direitos fundamentais constitucionalmente previstos em favor dos cidadãos.

Sendo assim, somente será admitido ao intérprete, em respeito à legalidade, concluir pela configuração do ato de improbidade administrativa de condutas que estejam “coadjuvadas pela má intenção do administrador” e sejam “cometidas intencionalmente, de modo malicioso e com propósitos espúrios”⁸³ na dicção de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que se faça uma leitura conforme a Constituição Federal das condutas previstas como atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, tem-se que outras modalidades de ilegalidades ou irregularidades, desprovidas de má-fé, devem ser reprimidas pelas vias próprias, menos gravosas – como, por exemplo, recomendações, controles internos, processos administrativos disciplinares a cargo do órgão competente, mandados de segurança ou ações civis ordinárias que visem a corrigir alguma atuação do agente ou do órgão público⁸⁴.

Sobre o tema, por fim, releva noticiar, ainda, medida cautelar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.678, pelo Supremo Tribunal Federal, que suspendeu parcialmente algumas das sanções previstas na redação original da Lei de Improbidade Administrativa, no texto anterior à Lei n. 14.230/2021), tendo assim restado redigido o dispositivo da decisão⁸⁵:

Ante o exposto, defiro a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário (art. 21, V, do RISTF; art. 10, § 3º, Lei 9.868/1999), com efeito ex nunc (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99), inclusive em relação ao pleito eleitoral de 2022, para: (a) conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso II do artigo 12 da Lei 8.429/1992, estabelecendo que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem dano ao erário; e (b) suspender a vigência da expressão “suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos” do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/1992

⁸³ “Importa, ainda, pontuar que a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. Logo, eventuais irregularidades no procedimento licitatório, sem a prova de que tenham sido cometidas intencionalmente, de modo malicioso e com propósitos espúrios, não têm o condão de ferir os deveres de moralidade e honestidade enunciados no art. 11 da Lei 8.429/1992” – conforme decisão do ministro Alexandre de Moraes no ARE 1265026/RJ. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1100330/false>. Acesso: 01/08/2020.

⁸⁴ Vide, por exemplo, o art. 17 do Decreto n. 9.830 de 2019, que regulamenta, no âmbito federal, o disposto nos art. 20 ao art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

⁸⁵ Decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Mendes em 01/10/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348112399&ext=.pdf>. Acesso em: 01/12/2021.

Dentro de tal contexto, tendo em vista que a ação de improbidade administrativa consiste em modalidade de imposição judicial de graves sanções por parte do Estado, faz-se necessária uma reflexão sobre o regime processual próprio, diante do arcabouço constitucional de garantias fundamentais aos acusados em geral – conforme será visto a seguir.

Como se vê, o tema das sanções previstas no regime próprio da Lei de Improbidade Administrativa é de notável gravidade, razão pela qual merece uma reflexão que aproxime o referido regime jurídico com aquele próprio do Direito Penal, sempre sob a ótica do texto constitucional e do rol de garantias fundamentais, que informam o Direito Sancionador em sua completude.

1.4. O regime constitucional das garantias fundamentais⁸⁶

Como já estabelecido nos pontos anteriores do presente trabalho, a improbidade administrativa se encontra inserida no contexto de um Direito Sancionador de relevante gravidade, e se constitui em penúltimo ou até mesmo em último degrau da punibilidade do Estado, dada a extrema gravidade de suas sanções.

Como se viu, as ações de improbidade administrativa não são ações civis por excelência, dado o seu caráter punitivo, isto é, “são ações ‘penaliformes’, subordinadas muito mais de perto à ‘principiologia’ — repito: à ‘principiologia’ — típica do Direito Penal e do Processo Penal”⁸⁷.

Nesse contexto, tem-se que a atividade sancionatória do Estado, especialmente no âmbito judicial, deve observar o regime de garantias fundamentais previstas no texto constitucional, com especial enfoque para o devido processo legal – aí incluída a garantia efetiva de um processo que observe a ampla defesa e o contraditório⁸⁸.

Em sede legal, já se salientou nos tópicos anteriores que a Lei de Improbidade Administrativa sofreu relevantes alterações recentes, por meio da Lei n. 14.230/2021 – em que se previu expressamente que o sistema da improbidade administrativa deve observar “os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador” (art. 1º, §4º, da Lei n. 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

⁸⁶ Tema tratado também em: HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. A ação de improbidade administrativa e o devido processo legal: apontamentos sobre o regime processual de garantias fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. v. 32, n. 3, p. 39-52, 17 dez. 2020.

⁸⁷ FERRAZ, Luciano. Ausência de duplo grau de jurisdição obrigatório nas ações de improbidade administrativa. Coluna Interesse Público. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/interesse-publico-ausencia-duplo-grau-jurisdicao-obrigatorio-acoes-improbidade>. Acesso em: 28/02/2020.

⁸⁸ Registre-se que tal preocupação é também objeto de estudos e da jurisprudência de outros países, como se vê de diversos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o tema, citados em MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 92/99.

Trata-se de previsão extremamente salutar para a correta adequação do regime punitivo da ação de improbidade administrativa ao regime próprio de garantias fundamentais previstos no texto constitucional.

Ainda que a interpretação do regime jurídico-constitucional vigente pudesse levar a conclusão idêntica, a novidade legislativa, ao prever expressamente que o sistema de improbidade administrativa se orienta pelos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, retira do espaço de dúvidas a conclusão de que a ação de improbidade administrativa deve ser lida pela lente do regime constitucional de garantias do acusado.

As referidas novidades normativas também encontram reverberação nos estudos doutrinários sobre o tema.

Com efeito, em relação às sanções típicas do Direito Público, aí incluídas aquelas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, não se pode admitir, na lição de Eduardo García de Enterría e Tomás-Rámon Fernández, um direito repressivo prebeccariano⁸⁹, que possibilite o arbítrio do órgão estatal acusador.

Assim, verifica-se a existência de “verdadeiro direito fundamental a uma justa e adequada acusação, tanto no processo penal como nos processos de improbidade administrativa”⁹⁰.

Sobre o Direito Administrativo Sancionador, Fábio Medina Osório aponta que, ainda que se esteja diante de uma acusação contundente, o réu possui um direito-garantia fundamental ao devido processo legal (formal e substancial), não se podendo admitir, neste âmbito, qualquer tipo de presunção ou pragmatismo – especialmente em razão de que as normas que regem os processos punitivos se reconduzem ao texto constitucional, devendo o seu teor ser testado diante das regras e princípios insertos na Constituição de 1988⁹¹.

No mesmo sentido, citando a lição de Joseph Raz, Alice Voronoff acrescenta que a cláusula da *rule of law* corresponde à capacidade do ordenamento jurídico de

⁸⁹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 204. Neste trecho, a autora cita a seguinte obra: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon R. *Curso de Derecho Administrativo*. 9. ed, v.2., Madrid: Civitas, 2004, p. 167. A noção de direito repressivo prebeccariano se vincula àquele próprio da era medieval, pautado pelo arbítrio e pela vingança, duramente criticado pelo jurista Cesare Beccaria em sua obra “Dos delitos e das penas” – que se tornou célebre como uma verdadeira obra iluminista tendo por objeto de estudo as sanções penais aplicadas pelo Estado. Sobre o tema, ver artigo disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/dos-delitos-e-das-penas-de-cesare-beccaria>, acesso em 08/01/2021.

⁹⁰ GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 293.

⁹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 12.

guiar o comportamento dos cidadãos – de forma precisa, previsível, havendo até mesmo um direito do administrado de não ser surpreendido por punições decorrentes de leis retroativas, ambíguas, vagas, obscuras e imprecisas⁹².

E é justamente neste panorama, já objeto de atenção da doutrina e do parlamento nacional, que se afigura recomendável uma reflexão sobre a improbidade administrativa, sob a ótica do regime constitucional de garantias fundamentais.

Há, portanto, uma convergência conceitual, que se extrai das posições acima explicitadas, no sentido de que a improbidade administrativa, por prever sanções severas em relação aos direitos fundamentais, possui um rito judicial sancionatório que se aproxima, de perto, do rito punitivo da repressão criminal – com matizes, mas sem que haja uma flexibilização a ponto de tornar letra morta o sistema de garantias fundamentais previstos em favor dos cidadãos que se sujeitem a gravosos procedimentos punitivos por parte do Estado.

Com efeito, a aproximação entre o regime das sanções administrativas e os princípios do Direito Penal se trata de matéria objeto de estudo específico realizado por Edilson Pereira Nobre Júnior, para quem as garantias constitucionais inerentes ao Estado Democrático de Direito (art. 5º, §2º, da CF) “levam à aplicação, o quanto possível, dos postulados penais às faltas administrativas”⁹³.

Nesse sentido, também importa notar a lição de Néviton Guedes, que, em síntese, leciona que o devido processo legal se constitui em uma das mais importantes garantias para a concretização do Estado Democrático de Direito, ganhando relevo, a seu turno, o princípio da congruência, a garantir o referido devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório⁹⁴.

E arremata o autor, no sentido de que a proteção às garantias e aos direitos fundamentais se constitui, “evidentemente, como um dos mais relevantes interesses públicos a serem concretizados pelos órgãos e agentes de ação estatal”⁹⁵.

Vale a pena a citação do trecho tratado pelo autor quanto a este ponto do estudo⁹⁶:

⁹² VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 230.

⁹³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 130.

⁹⁴ GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 276/277. O autor também aponta interessantes precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da congruência no âmbito da improbidade administrativa (p. 281/282).

⁹⁵ GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 287.

[Q]uando o Estado desenvolve suas funções, também se constitui em verdadeiro interesse público a mais ampla garantia e proteção dos interesses individuais dos particulares eventualmente atingidos por sua ação, em razão, precisamente, do especial lugar que a Constituição dedicou aos direitos e garantias fundamentais. Obviamente, a preocupação do Estado com os direitos e garantias do cidadão tem especial relevância quando se cuida de processos em que se lhes possa resultar alguma espécie de imposição de sanção consistente em sacrifícios de seus direitos de liberdade e de patrimônio, como é, em especial medida, o caso da ação civil pública de improbidade.

Portanto, para este estudo, importa a fixação de que o rito judicial de aplicação de severas sanções administrativas deve funcionar como verdadeiro garantidor de direitos fundamentais, de modo a evitar-se o arbítrio do Estado.

Assim, o regime punitivo da improbidade administrativa deve, necessariamente, observar as garantias fundamentais previstas constitucionalmente para os processos punitivos a cargo do Estado, conforme entendimento de Sirlene Arêdes⁹⁷:

Ademais, não é apenas a possibilidade de privação do direito de liberdade ambulatorial que exige a presença das garantias constitucionais. De fato, as demais sanções aplicadas pelo Estado também afetam outros direitos protegidos constitucionalmente, tais como a vida, outras formas de liberdade e patrimônio. Por esse motivo, devem revestir-se de garantias, no mínimo, semelhantes às garantias penais, mesmo quando aplicadas pelo Estado para proteger relações específicas. Por causa disso, é cada vez maior o número de adeptos da tese, segundo a qual as garantias do direito penal devem ser aplicadas, também, às sanções administrativas.

Dessa maneira, essa constatação impõe a necessidade de observância, também na seara da improbidade administrativa, “de um conjunto de garantias do qual não se pode abrir mão em um Estado Democrático de Direito”, o que impede a condenação por meras presunções, recaindo o ônus da prova sobre o órgão acusador⁹⁸.

Para Bruno Martins Torchia e Maria Tereza Fonseca Dias, faz-se necessária a aplicação, nas sanções administrativas, dos princípios da legalidade, tipicidade, irretroatividade, contraditório, ampla defesa, vedação ao *bis in idem*, duplo grau de jurisdição, além da razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica⁹⁹.

Trata-se de posição também defendida nos estudos que se debruçam sobre o Direito Administrativo em seu viés punitivo.

⁹⁶ GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 287/288.

⁹⁷ ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 111.

⁹⁸ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019., p. 293.

⁹⁹ DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (Administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1, p. 211.

Fábio Medida Osório, sobre a aplicação de todo o rol de garantias fundamentais no âmbito punitivo das sanções administrativas, indica¹⁰⁰:

Nenhuma sanção, ainda que de caráter disciplinar, pode ser aplicada ao total arrepio da legalidade, da tipicidade, da culpabilidade, da pessoalidade, da individualização da pena, da presunção de inocência, da proporcionalidade, da razoabilidade e da interdição de arbitrariedade sem o respeito ao direito de defesa. Nenhuma medida disciplinar pode prescindir dessas fundamentais garantias por que sua submissão aos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador é imperiosa. Lamentavelmente, nem sempre tais comandos são observados pela Administração Pública, que confunde relação de especial sujeição com arbítrio.

Dessa forma, conclui-se que o sistema da improbidade administrativa deve ater-se ao sistema constitucional de efetivação de direitos fundamentais, bem como ao modelo constitucional de Direito Sancionador, ainda que se possa dizer que a equivalência entre os sistemas não seja uma perfeita identidade entre si¹⁰¹.

Em tal panorama, verifica-se a necessidade de observância dos princípios da legalidade/tipicidade, da culpabilidade, da individualização da pena, da culpabilidade, da vedação do *bis in idem* e da retroatividade da lei mais benéfica – ainda que com nuances ou matices.

Com efeito, é relevante a constatação de Sarah Merçon-Vargas no sentido de que, acaso não respeitadas as garantias fundamentais em todo e qualquer processo judicial punitivo, seria possível que o Estado, por manobra legislativa, retirasse determinada infração da esfera criminal e a previsse no sistema de improbidade administrativa, justamente para retirar do réu o conjunto mínimo de garantias, naquilo que a autora denomina de “fraude de etiquetas”¹⁰².

Por oportuno, no estudo sobre as garantias fundamentais aplicáveis no rito da improbidade administrativa, faz-se necessário um breve aprofundamento sobre o princípio da retroatividade da lei mais benéfica – notadamente em razão de que a Lei de Improbidade Administrativa foi recentemente alterada, de forma contundente, pela Lei n. 14.230/2021¹⁰³.

¹⁰⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 245/246.

¹⁰¹ MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 122.

¹⁰² MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018p. 15.

¹⁰³ Sobre este ponto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral, estando ainda pendente futura decisão de mérito, conforme o Tema 1199 da Repercussão Geral, assim definido: “Tema 1199 - Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”. Este registro vale para todos os pontos do presente trabalho em que considerada a retroatividade mais benéfica das normas punitivas, conforme a redação dada pela Lei n. 14.230/2021.

O novo texto legal trouxe diversas inovações legislativas mais benéficas aos acusados – como, por exemplo, a extinção da modalidade culposa de ato de improbidade administrativa, a definição mais estreita do conceito de dolo, além do regime jurídico dos prazos prescricionais, inclusive na modalidade de prescrição intercorrente.

Antes mesmo da referida alteração legislativa, trabalhos sobre o tema já alertavam que, no regime sancionatório do Direito Administrativo, e mesmo da improbidade administrativa, novidades legislativas mais favoráveis deveriam retroagir em benefício do réu, conforme o mandamento constitucional previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Com efeito, Sirlene Arêdes adverte que a retroatividade da lei mais benéfica é um predicado aplicado ao regime das punições em geral, ao fundamento de que¹⁰⁴:

Um comportamento é punido por ser considerado ofensivo à sociedade. A ausência de norma proibindo uma conduta implica que esta é irrelevante ou desejada socialmente, de forma que não há mais qualquer interesse de alterá-la. O mesmo vale para o caso de uma norma que considerar a conduta como infração menos grave.

Heraldo Garcia Vitta, do mesmo modo, já afirmava, em obra do ano de 2003, que as sanções administrativas também devem observar o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, ao fundamento de que não se justifica uma punição promovida pelo Estado quando o legislador passa a valorar “a conduta (antes ilícita ou pressuposto de pena mais grave), segundo as novas concepções sociais, e entende já não ser ilícita, ou pressuposto de sanção menos grave”¹⁰⁵.

No mesmo sentido, ao tratar de forma específica de sucessão de normas em que a nova lei nada disponha expressamente sobre a sua retroatividade, Fábio Medina Osório entende que se trata de hipótese clara de retroatividade da lei mais benéfica ao acusado, como se fosse o próprio Direito Penal, “em homenagem ao tratamento simétrico com a outra principal vertente do Direito Punitivo”¹⁰⁶.

Com o advento da Lei n. 14.230/2021, esta discussão se tornou ainda mais atual, tendo sido produzidos também inúmeros estudos, muitos deles entendendo pela

¹⁰⁴ ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 56/57.

¹⁰⁵VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113. No mesmo trecho, o autor faz referência a diversos outros doutrinadores que defendem a mesma posição.

¹⁰⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 289. Há decisão do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, aplicando a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador: “[t]ratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador” (STJ, RMS 37.031-SP, 1ª Turma, relatora ministra Regina Helena Costa, j. 8/2/2018, pub. 20/2/2018).

retroatividade benéfica em favor dos acusados em ação de improbidade administrativa¹⁰⁷, embora ainda com algumas resistências, especialmente do ponto de vista institucional¹⁰⁸ - conforme será evidenciado a seguir.

Diante das divergências, o tema será inclusive objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, no Tema 1.199 da Repercussão Geral¹⁰⁹.

Para o presente estudo, adota-se a posição de que haverá, sim, retroatividade das normas mais benéficas aos acusados, previstas pela Lei n. 14.230/2021, por tratar-se de garantia fundamental que informa a generalidade do poder punitivo estatal.

Ao analisar o tema, Rodrigo Valgas dos Santos aponta que o microsistema da Lei de Improbidade administrativa está vinculado ao Direito Administrativo Sancionador, sendo aplicáveis, tanto no seu aspecto material como processual, as mesmas garantias e princípios próprios da seara penal, com destaque para a retroatividade da lei mais benigna (*novatio legis in melius*), prevista no art. 5º, XL, da CF, bem como no art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹¹⁰, que assim dispõe:

ARTIGO 9 Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

No mesmo sentido, dentre outros, a posição de Luciano Ferraz¹¹¹, Cristiana Fortini e Caio Mário Lana Cavalcanti¹¹², bem como de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende de Oliveira¹¹³.

¹⁰⁷ A título de exemplo, citam-se: CAPEZ, Fernando. Retroatividade in melius da prescrição intercorrente da Lei de Improbidade. *Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/controversias-juridicas-retroatividade-in-mellius-prescricao-intercorrente-lei-improbidade>. Acesso em: 03/12/2021.

¹⁰⁸ Orientação n. 12 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à corrupção, do Ministério Público Federal, entendeu pela irretroatividade das normas mais benéficas aos acusados após o advento da Lei n. 14.230/2021. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-12_2021-aplicacao-lei-14-230-2021.pdf. Acesso em: 03/12/2021.

¹⁰⁹ No referido tema, assim restou fixada a controvérsia: “[d]efinição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”.

¹¹⁰ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Genérico ou específico? Afinal, qual o dolo exigível no novo regime de improbidade administrativa? Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363419/qual-o-dolo-exigivel-no-novo-regime-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 28/05/2022.

¹¹¹ FERRAZ, Luciano. Reforma da Lei de Improbidade e *novatio legis in melius* implícita. *Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/interesse-publico-reforma-lei-improbidade-novatio-legis-in-mellius-implicita>. Acesso em: 16/12/2021. O autor elenca, ainda, julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que sustentam a tese da retroatividade da lei mais benéfica no Direito Administrativo Sancionador.

¹¹² FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado? *Conjur*, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 28/02/2022.

Contudo, como já salientado acima, há posições que entendem pela irretroatividade da reforma da Lei de Improbidade Administrativa¹¹⁴.

José Roberto Pimenta Oliveira sustenta que as reformas do texto da Lei de Improbidade Administrativa não seriam retroativas, considerando que a retroatividade benéfica do Direito Penal estaria embasada na hipótese de que o Direito Penal tem o potencial de atingir o *status libertatis* do indivíduo, daí se dissociando do Direito Administrativo Sancionador neste ponto¹¹⁵.

Tal argumento, contudo, é insuficiente para sustentar a irretroatividade da lei, já que é inegável, como se viu, que o sistema da improbidade administrativa possui nítido caráter sancionatório, com graves sanções, e sua retroatividade benéfica encontra respaldo normativo na Convenção Americana de Direitos Humanos, como apontado acima.

Ainda, o mandamento constitucional de punição a respeito de atos de improbidade administrativa, outro argumento utilizado para sustentar a tese de não aplicação da retroatividade benéfica no âmbito da improbidade administrativa¹¹⁶, também se afigura como tese insuficiente, eis que a Constituição também prevê inúmeras hipóteses de mandamento de criminalização de condutas, sem que sequer se cogite, em tais hipóteses, do afastamento da garantia da retroatividade da lei mais benigna (*novatio legis in melius*), prevista no art. 5º, XL, da CF.

Ainda no sentido da irretroatividade das reformas da Lei de Improbidade Administrativa, nota técnica oriunda do Ministério Público Federal sustenta que o princípio da retroatividade de norma mais benéfica se aplica de forma distinta no campo do Direito Administrativo Sancionador, eis que tal sistema é concebido por modelos normativos que tutelam bens jurídicos públicos (interesses públicos), de forma prospectiva, com viés mais preventivo do que punitivo – o que se soma ao argumento de que o artigo 37, §4º da CF impediria a retroatividade de novas normas mais benéficas

¹¹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹¹⁴ Sustentando a irretroatividade das normas mais favoráveis da Lei de Improbidade Administrativa: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A irretroatividade de normas mais favoráveis da Lei de Improbidade Administrativa reformada. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-irretroatividade-de-normas-mais-favoraveis-da-lei-de-improbidade-administrativa-reformada/>. Acesso em: 31/05/2022.

¹¹⁵ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A irretroatividade de normas mais favoráveis da Lei de Improbidade Administrativa reformada. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-irretroatividade-de-normas-mais-favoraveis-da-lei-de-improbidade-administrativa-reformada/>. Acesso em: 31/05/2022.

¹¹⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A irretroatividade de normas mais favoráveis da Lei de Improbidade Administrativa reformada. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-irretroatividade-de-normas-mais-favoraveis-da-lei-de-improbidade-administrativa-reformada/>. Acesso em: 31/05/2022.

em razão da noção de vedação ao retrocesso no enfrentamento de condutas ímprobas ou práticas corruptivas (em sentido amplo)¹¹⁷.

Também tal posição não há de prevalecer, considerando que a própria lei de regência passou a prever de forma expressa interpretação que já seria extraída do texto constitucional, no sentido de que são aplicáveis aos acusados as garantias constitucionais próprias do sistema sancionador (art. 1º, §4º da Lei de Improbidade Administrativa), prevendo o texto legal, ainda, que a ação de improbidade é repressiva, de caráter sancionatório (art. 17-D da Lei de Improbidade Administrativa).

De tal forma, o ordenamento jurídico impõe o raciocínio de que o sistema da improbidade é de caráter repressivo e deve respeitar todo o arcabouço de garantias fundamentais.

Portanto, se os argumentos da referida nota técnica não podem ser uma justificativa razoável para impedir a retroatividade benéfica da lei penal (o que sequer se cogita), também não poderão ser úteis ao sistema da improbidade administrativa.

Dessa maneira, prevalece a posição de que a reforma do texto da Lei de Improbidade Administrativa deverá respeitar a garantia da retroatividade benéfica em favor dos acusados.

Por fim, ainda no âmbito das garantias fundamentais, acrescente-se que um aprofundamento ainda mais contundente merece ser realizado em relação ao elemento legal da justa causa para a configuração do ato de improbidade administrativa¹¹⁸: trata-se de pressuposto para a instauração dos procedimentos investigativos, sob a ótica do devido processo legal, e que, portanto, merece reflexões a serem realizadas nos tópicos subsequentes, em que serão examinadas tanto a imputação subjetiva quanto a imputação objetiva na seara da improbidade administrativa.

Em síntese, portanto, do ponto de vista da garantia do devido processo legal propriamente dito, o sistema normativo da improbidade administrativa se configura em verdadeira espécie de aplicação estatal do Direito Sancionador, com previsão de graves sanções, razão pela qual o modelo processual previsto constitucionalmente “se irradia para a as ações de improbidade, exigindo a aplicação das garantias estabelecidas na

¹¹⁷ Nota Técnica n. 01/2021, editada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, do Ministério Público Federal, em que se manifestou-se pela não retroatividade das novas normas de prescrição trazidas pela Lei n. 14.230/2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>. Acesso em: 13/12/2021.

¹¹⁸ Conforme previsto no art. 17, §8º, da Lei de Improbidade Administrativa aplicado de forma conjunta com o art. 30 da Lei n. 13.869/2019, conhecida como Lei de Abuso de Autoridade

Constituição Federal”¹¹⁹ – ainda que se trate de um direito judicial punitivo não penal, com nuances em relação ao sistema penal¹²⁰.

¹¹⁹ VEDOVATO, Luís Renato; LOPES, Thiago Henrique Teles. O processo civil no estado constitucional e seus reflexos nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, 278. N. 1, p. 163–188, jan./abr. 2019, p. 170.

¹²⁰ MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 122.

CAPÍTULO 2 – O conceito de justa causa e a Lei de Improbidade Administrativa

Como já salientado nos tópicos anteriores deste estudo, o instituto da improbidade administrativa se encontra inserido no âmbito do Direito Sancionador, assim concebido como um instrumento jurídico estatal que tem por objetivo garantir o cumprimento de determinados valores jurídicos tutelados pelo próprio ordenamento.

Contudo, com o avanço da ordem constitucional, qualquer via sancionatória colocada à disposição do Estado passa a ser limitada pelo rol de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos – de modo tal que, no âmbito sancionador, os cidadãos gozam de uma série de garantias, essenciais para que ocorra um efetivo cumprimento do devido processo legal.

Com efeito, nesse cenário, há de ser preservada a ideia de que o Direito Sancionador, em toda a sua completude, se afigura na *ultima ratio* do Estado, uma vez que este deverá buscar, em primeiro lugar, outros meios mais eficazes e menos drásticos para o cumprimento dos objetivos fixados nos comandos legais – de modo tal que não se devem correr riscos de uma banalização das sanções ou do próprio Direito Administrativo Sancionador¹²¹.

Assim, tem-se que a interpretação e a previsão legal da improbidade administrativa, sem parâmetros bem definidos e sem filtros de efetiva gravidade – e, mais do que isso, sem que tenha um devido enfoque sobre os resultados produzidos na realidade – têm certamente uma capacidade de produzir resultados indesejados, considerada a própria finalidade pública buscada pelo instituto.

Em tal contexto, se propaga a banalização, e, por conseguinte, se constrói uma atmosfera de medo, refratária à inovação e à tomada de decisões que seriam indispensáveis para a efetivação de direitos fundamentais e de políticas públicas por parte da Administração. Trata-se, por certo, de um cenário disfuncional, com capacidade de produzir mais danos do que benefícios.

Ademais, o próprio fato de ter de responder a um processo judicial em que é imputado ao acusado um ato com etimologia aproximada ao conceito de corrupção se constitui, por si só, em uma verdadeira punição para o cidadão¹²².

No mesmo sentido, Maria Thereza de Assis Moura afirma, em raciocínio também aplicável ao âmbito da improbidade administrativa, que a ação punitiva,

¹²¹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 462.

¹²² MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 116.

sancionatória em si mesma, contém, na maioria das vezes, carga infamante, de modo tal que o acusado padece o processo ainda que, ao final, seja absolvido – exige-se, portanto, do Estado-acusador uma estrita moralidade, uma vez que o processo se concebe como instrumento público e, portanto, ético¹²³.

Por tal razão, deve haver uma racionalidade jurídica que justifique a probabilidade concreta de que aquela inicial acusação – em conjunto com os elementos probatórios já trazidos com a inicial – leve a uma futura sentença condenatória, sob pena de mitigação dos direitos fundamentais do cidadão, que é tutelado pelo ordenamento constitucional contra arbítrios do Estado-acusador.

Como será visto nos tópicos subseqüentes, o exame da justa causa, ainda que realizado em um grau de cognição ainda superficial, deve concluir, de forma fundamentada, no sentido de que a acusação apresentou efetivamente elementos jurídicos e fáticos que poderão, ao final, resultar em uma sentença condenatória.

E, do mesmo modo, será verificado que a justa causa, relacionada à fase judicial da ação de improbidade administrativa, se trata de um juízo prévio, consistente na análise sobre a viabilidade concreta (e não meramente provável) da pretensão acusatória¹²⁴ – de modo a se impedir que sejam ajuizadas ações punitivas desprovidas de fundamento¹²⁵ e desprovidas de mínimo lastro probatório¹²⁶.

Exige-se, na análise da justa causa da ação de improbidade administrativa, portanto, um exame fundamentado sobre as provas já trazidas com a inicial¹²⁷, com a finalidade de formar a convicção sobre a probabilidade de condenação efetiva¹²⁸. A instrução da petição inicial deverá trazer, assim, elementos comprobatórios sobre o elemento subjetivo, bem como também sobre os elementos objetivos que informam a conduta proibida.

¹²³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 246.

¹²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 150 e 151, citado em: GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, comentário ao art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

¹²⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, comentário ao art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

¹²⁶ ANDRADE, Flávio da Silva. ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no Processo Penal: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil*. Tese de doutorado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, p. 169.

¹²⁷ O art. 17, §6º, da Lei de Improbidade Administrativa, como regra, exige a instrução da petição inicial com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade, salvo impossibilidade comprovada de obtenção dos documentos necessários.

¹²⁸ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis*. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus. p. 223. Citado em: STF, Inquérito nº 3.711-DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.04.2019, DJe 05.05.2019 – trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia.

Um cenário diverso do acima delineado resultaria em uma disfuncionalidade da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, até mesmo por desrespeito ao sistema constitucional de garantias próprias de procedimentos punitivos.

Com efeito, Rodrigo Valgas dos Santos, com base na doutrina italiana de Pietro Gasparri, aponta que a concepção de disfunção está ligada à patologia da função, de modo que tal fenômeno ocorre na hipótese de um instituto executar mal sua função¹²⁹.

As disfunções produzidas pelo regime jurídico da improbidade administrativa, especialmente antes da reforma legislativa, estariam ligadas, basicamente, a quatro aspectos: (i) o conceito de improbidade administrativa; (ii) os tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa; (iii) o elemento subjetivo (dolo e culpa) relativos ao ato ímprobo; e (iv) a proporcionalidade na aplicação das sanções¹³⁰.

Em tal cenário, a insegurança em relação à própria configuração do ato ímprobo resulta em um cenário perfeito para a paralisia¹³¹: com efeito, a possibilidade de sanções de alta gravidade sem que o destinatário saiba, de antemão, os contornos precisos da norma proibitiva, por certo, faz com que a não-decisão¹³² passe a ser a regra na Administração Pública – em uma clara afronta à necessidade de uma Administração Pública dinâmica, propositiva, que se volte à efetivação de políticas públicas e, por fim, que atue em favor dos direitos fundamentais.

E é justamente neste contexto que deve ser lida a noção de justa causa: se trata de uma análise que deverá ser imparcial, eis que realizada pelo autor da ação – Ministério Público, que é também fiscal da ordem jurídica ou pela advocacia pública responsável¹³³ – ou pelo Judiciário, já no momento seguinte à propositura da ação.

¹²⁹SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 123. No trecho, o autor faz alusão a Norberto Bobbio: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução: Manuela BeccaciaVersiani. Barueri: Manole, 2007.

¹³⁰SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 163. Ver também, dentre outros: HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015.

¹³¹SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 359.

¹³²SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 355-358. No trecho, o autor evidencia que a “não-decisão” não se trata de uma preocupação exclusivamente brasileira, mas, sim, se trata de fenômeno global.

¹³³ Embora o novo texto legal, reformado pela Lei n. 14.320/2021, preveja a legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público, decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes, nas ADIs 7.042 e 7.043 restaurou a redação original da lei e, deferindo parcialmente a cautelar, concedeu interpretação conforme a Constituição Federal “no sentido da existência de legitimidade ativa concorrente entre o ministério público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa”. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349715946&ext=.pdf>. Acesso em: 24/02/2022. Em sentido contrário à referida decisão, veja-se, por exemplo: SUNDFELD, Carlos Ari. A advocacia pública não depende da ação de improbidade. *Jota*, 2022.

A justa causa, de tal forma, se afigura em verdadeiro filtro processual, em que serão analisados, efetivamente, os direitos fundamentais dos acusados – em que se verificará a viabilidade concreta da acusação formulada, de modo tal que não inviabilize a ampla defesa e o contraditório assegurados ao acusado.

Dessa maneira, caso ausente a justa causa para a persecução punitiva, a ação de improbidade administrativa não possuiria viabilidade processual para ser sequer iniciada.

Esta concepção também encontra respaldo no modelo garantista de Luigi Ferrajoli, que, por sua vez, consiste em um sistema epistemológico que tem por objetivo assegurar o máximo grau de racionalidade no juízo punitivo, bem como visa à limitação do poder punitivo estatal, assegurando a tutela contra a arbitrariedade¹³⁴.

Com efeito, como visto acima, existe um verdadeiro interesse público, erigido pelo texto constitucional, no sentido de que o Direito Sancionador deve preocupar-se com as garantias fundamentais, especialmente em processos cuja sanção pode vir a sacrificar direitos de liberdade e de patrimônio – como é o caso, especialmente, da ação civil de improbidade administrativa¹³⁵.

Trata-se de contexto normativo que impulsiona um controle inicial já sobre os critérios de ajuizamento e sobre o próprio recebimento da inicial, em cotejo com o sistema jurídico constitucional, eis que o só ajuizamento de ação punitiva, quando desprovida de fundamentos, afronta o próprio interesse público – além do interesse jurídico do particular, tutelado pelo ordenamento, eis que protegido pelas cláusulas de garantias fundamentais previstas no texto constitucional.

Esta visão, ao que parece, faz uma adequação da visão de justa causa com o texto constitucional, consideradas as garantias ao acusado, notadamente no bojo de processos sancionatórios que prevêm, ainda que abstratamente, penas de severidade indubitável – no mesmo sentido, o dispositivo do art. 1º, §4º, da Lei n. 8.429/1992, com redação dada pela Lei n. 14.230/2021, que previu que se aplicam ao sistema da improbidade os princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador.

¹³⁴ Citado em: MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 27.

¹³⁵ GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 287/288.

Na mesma esteira, o filtro da justa causa impede que ações temerárias prossigam, de modo tal a se criar um ambiente de segurança jurídica adequado à própria função administrativa e às respostas dinâmicas que se exigem da Administração.

Em síntese, funciona a justa causa como um elemento a garantir que a ação de improbidade administrativa tenha preenchido, prévia e objetivamente, os mínimos requisitos de legitimidade republicana e de respeito às garantias fundamentais dos acusados, de modo tal que somente condutas graves e adequadamente imputadas possam resultar no recebimento da petição inicial correspondente.

Neste ponto, cabe também o registro de que conceito de justa causa na improbidade administrativa tem despertado a atenção não apenas dos estudiosos, mas também, com bastante empenho, do próprio Congresso Nacional.

O ponto crucial de tal preocupação do legislador se deu, certamente, a partir das inovações trazidas pela Lei n. 14.230/2021, que alteraram, de forma contundente, o texto da Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, a referida alteração legislativa resultou em uma marcante modificação dos tipos, para que abarquem apenas condutas efetivamente dolosas e gravosas. Também foi prevista, de forma expressa, a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador (art. 1º, §4º, da LIA, na nova redação); E, por fim e destacadamente, a Lei n. 14.230/2021 tratou também dos requisitos mínimos da petição inicial acusatória, previstos expressamente na nova redação do art. 17, §6º, da Lei de Improbidade Administrativa. Tais elementos e requisitos serão aprofundados nos tópicos subseqüentes.

A Lei n. 14.230/2021 também previu expressamente, para o âmbito da improbidade administrativa, o mesmo conteúdo de inovações legislativas que haviam sido recentemente inseridas pela Lei n. 13.655/2018 à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Tais inovações repercutiam já na apuração do elemento subjetivo e davam racionalidade ao Direito Administrativo Sancionador, de modo tal que forneciam elementos normativos à apuração da justa causa na improbidade administrativa – e, embora parcela da doutrina já as entendesse como aplicáveis à improbidade administrativa¹³⁶, esta posição ainda não era objeto de concordância de outros estudiosos¹³⁷.

¹³⁶ A título de exemplo, cita-se: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 97 e 108; FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. *Interesse Público - Revista Conjur*, São Paulo/SP, 29 de novembro de 2018. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2018-nov->

De todo modo, antes mesmo da recente reforma realizada no texto da Lei de Improbidade Administrativa, o legislador já demonstrava maior preocupação com a justa causa no âmbito da improbidade administrativa.

A própria Lei de Improbidade Administrativa já previa, mesmo em sua redação original, o delito de representação por improbidade administrativa quando o autor da denúncia sabe a inocência do acusado, na forma do art. 19 da referida lei, embora com pena máxima de detenção de dez meses e multa.

Mais recentemente, o tema passou a receber tutela penal com penas mais contundentes, de modo que o Direito Penal passou a prever delitos relacionados a condutas dos órgãos de acusação que dessem início à persecução punitiva, mesmo na improbidade administrativa, quando ausente a justa causa.

Nesse sentido, o art. 30 da Lei n. 13.869/2019, conhecida como Lei de Abuso de Autoridade, trouxe a seguinte previsão de conduta criminosa (grifou-se):

*Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.*

Do mesmo modo, a nova redação do crime de denúncia caluniosa (art. 339 do Código Penal, em redação dada pela Lei n. 14.110/2020):

*Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente: (Redação dada pela Lei nº 14.110, de 2020)
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.*

Como se observa, portanto, resta claro que a justa causa na improbidade administrativa ganhou ainda mais relevância jurídica, exigindo-se do intérprete um apurado rigor na sua definição conceitual e na investigação dos elementos que a compõem – eis que a persecução punitiva desprovida de justa causa é passível de receber até mesmo severas punições pelo Direito Penal.

29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu. Acesso em: 12/05/2021; e FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. *Conjur - Interesse Público*, 10 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em: 12/05/2021.

¹³⁷ Por exemplo: ANDRADE, Landolfo. A Repercussão do Artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) na Interpretação e Aplicação do Artigo 10 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). *Gen Jurídico*, 19 de março de 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/03/19/a-repercussao-do-artigo-28-da-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8-429-1992-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 12/05/2021.

O conceito preciso e os elementos componentes da justa causa na ação de improbidade administrativa serão objeto de análise aprofundada nos tópicos seguintes.

2.1. A justa causa no contexto do Direito Sancionador

O conceito de justa causa, referente a um filtro para a persecução punitiva do Estado, encontra diversas acepções, não havendo consenso doutrinário ou jurisprudencial sobre sua natureza jurídica¹³⁸.

Conforme já se viu no presente estudo, o regime jurídico da improbidade administrativa se encontra inserido no Direito Sancionador do Estado, em ligação estrita com o Direito Administrativo Sancionador (atualmente também por expressa previsão legal, na dicção do art. 1º, §4º, da Lei de Improbidade Administrativa, com redação dada pela Lei n. 14.230/2021).

Dentro de tal panorama, a justa causa, considerada em seu contexto global do Direito Sancionador, possui bases teóricas e normativas que se aplicam seja ao Direito Penal, seja ao âmbito da improbidade administrativa – aí também abrangidas, como já tratado diversas vezes no presente estudo, as garantias fundamentais que informam o procedimento de persecução punitiva do Estado-acusador.

Com efeito, “cuidando-se de cominar sanções aos indivíduos, não há motivo para distinção entre as exigências do processo penal ou do processo civil”¹³⁹, o que se soma à constatação de que¹⁴⁰:

[N]a nossa ordem constitucional, existe um invidioso direito fundamental a uma acusação justa, o que implica uma acusação precisa quanto à narração dos fatos, coerente quanto a sua conclusão (pedido) e, além de tudo, juridicamente fundamentada

Portanto, é natural que se busque um conceito geral da justa causa, relacionada ao Direito Sancionador, também nas ciências do Direito Processual Penal, notadamente em razão de que tal ramo do conhecimento jurídico já há muito se debruça sobre o tema, de maneira aprofundada e específica, na tradição jurídica ocidental.

¹³⁸ Ver: BELO, Warley. As condições da ação penal e o julgamento de mérito abusivo, in Revista dos Tribunais, RT, v. 97, n. 874, ago/2008, p. 463. No mesmo sentido: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 238 e seguintes.

¹³⁹ GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 290.

¹⁴⁰ GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 294.

No campo do direito positivo, o Código de Processo Penal prevê expressamente a justa causa como pré-requisito normativo para o recebimento da inicial acusatória, conforme se vê da redação de seu artigo 395, III, a seguir citado:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - for manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)

Portanto, diante do modelo constitucional de persecução punitiva estatal, entende-se que o intérprete deve tratar de forma análoga o início de persecuções punitivas também em outras searas, além do Direito Penal.

A rigor, conforme visto no tópico anterior, o art. 30 da Lei n. 13.869/2019, conhecida como Lei de Abuso de Autoridade, bem como a nova redação do crime de denunciação caluniosa (art. 339 do Código Penal, em redação dada pela Lei n. 14.110/2020), tratam da necessidade de justa causa fundamentada de forma generalizada para as diversas searas punitivas a cargo do Estado.

Resta saber, no entanto, em que consiste a referida expressão normativa denominada de justa causa para o início da persecução punitiva.

De início, tem-se que o conceito de justa causa na persecução punitiva do Estado não encontra uma afirmação uníssona.

Com efeito, a discussão sobre o tema elenca, em síntese, indagações se a justa causa seria uma das condições da ação já existentes, se seria uma quarta e adicional condição da ação – ou até mesmo se seria um próprio instrumento de exame do mérito¹⁴¹.

Tal discussão, contudo, já estaria superada, no sentido de que a conceituação da justa causa não estaria restrita a uma análise sobre apenas as condições da ação, sendo, em verdade, “pré-requisito universal da *persecutio criminis*”¹⁴², consistente em um suporte probatório mínimo, representado pela prova da existência do ato ilícito e por indícios da autoria¹⁴³.

¹⁴¹ BELO, Warley. As condições da ação penal e o julgamento de mérito abusivo, in Revista dos Tribunais, RT, v. 97, n. 874, ago/2008, p. 463/464. No referido estudo, o autor elenca os autores que defendem cada uma das posições. Ver também: ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no Processo Penal: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil*. Tese de doutorado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, p. 166 e seguintes.

¹⁴² BELO, Warley. As condições da ação penal e o julgamento de mérito abusivo, in Revista dos Tribunais, RT, v. 97, n. 874, ago/2008, p. 467.

¹⁴³ Em sentido análogo, embora tratando do tema sob o viés do Direito Processual Penal: ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no Processo Penal: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a*

Em estudo específico sobre a justa causa para a ação penal, Maria Thereza Rocha de Assis Moura aponta que, mesmo no Direito Comparado, constata-se a existência, em diversos países, de um exame prévio de legitimidade da acusação, baseado nos elementos de prova até então colhidos e que demonstrem que um delito tenha sido praticado e que haja indícios suficientes de autoria, com aptidão para submeter uma pessoa julgamento – o que mudaria, em cada sistema processual, seria a intensidade da prova considerada apta para a coação processual¹⁴⁴.

Ainda que não se chegue a um consenso sobre a natureza jurídica da justa causa, globalmente considerada, é de se notar que, partindo-se do regime de garantias fundamentais, existe um consenso parcial – extraído da noção de que o Direito Sancionador deve observar de maneira estrita o ordenamento jurídico, assim evitando-se arbitrariedades, de modo tal que a acusação deve ter o mínimo lastro para que prossiga em seus ulteriores termos.

A justificativa para a exigência da justa causa também parte do pressuposto de que o Estado-acusador possui uma série de instrumentos investigatórios, não sendo razoável que, mesmo dispondo de tal arsenal, possa intentar ações ainda plenas de incertezas.

Veja-se, sobre este ponto, a afirmação de Flávio da Silva Andrade¹⁴⁵:

Se o Estado dispõe de aparato para investigar, se há meios de apuração e de obtenção de provas, se existem procedimentos próprios, preliminares, de cunho inquisitivo, para a coleta de elementos concretos a respeito da ocorrência do delito e de sua autoria, não se pode admitir que cidadãos sejam acusados sem o supracitado lastro probatório, sem que o conjunto de elementos reunidos na investigação permita formular um juízo probabilístico da culpabilidade do investigado, um prognóstico de condenação.

A justa causa, portanto, seria um filtro jurídico para o ajuizamento e recebimento de ações punitivas, capitaneadas pelo Estado-acusador, como forma de garantia dos direitos fundamentais dos acusados, que somente podem ser afrontados em seu patrimônio jurídico caso existam elementos efetivos de viabilidade concreta da acusação¹⁴⁶.

Ausente a justa causa, portanto, não haveria lastro para o recebimento da ação, e nem mesmo para o prosseguimento das investigações – com efeito, em recente decisão

aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil. Tese de doutorado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, p. 167.

¹⁴⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 224/225.

¹⁴⁵ ANDRADE, Flávio da Silva. ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no Processo Penal: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil*. Tese de doutorado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, p. 169.

¹⁴⁶ Ver, por exemplo: Inq 3711, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 09/04/2019, Acórdão Eletrônico DJe-090 Divulg 30-04-2019 Public 02-05-2019.

proferida no bojo do Inquérito n. 4.831, que tramita no Supremo Tribunal Federal, o ministro relator Alexandre de Moraes determinou o trancamento da investigação que objetivava examinar possível ato de improbidade administrativa, tendo o relator entendido que, verificada a atipicidade da conduta, estava patente a ausência de justa causa para a instauração da investigação¹⁴⁷.

Veja-se que a justa causa não impede o exercício do direito-dever de punir – mas, sim, o limita, exigindo pré-requisitos objetivos¹⁴⁸, evitando-se assim o exercício do Direito Sancionador que esteja desvirtuado da moldura constitucional¹⁴⁹.

Há dúvidas, no entanto, se bastaria uma acusação formalmente adequada, do ponto de vista estritamente jurídico, ou se a acusação também deveria estar embasada em mínimos elementos de prova.

Maria Thereza de Assis Moura, sobre o tema, afirma que a justa causa também abarca os elementos fáticos até então colhidos, de modo tal que a justa causa corresponde ao fundamento da acusação, conceito que pode ser desmembrado nos seguintes termos¹⁵⁰:

Vista sob o ângulo positivo, é a presença de fundamento de fato e de Direito para acusar, divisando uma mínima probabilidade de condenação, na qual se baseia o juízo de acusação. Ou seja, conformidade com a ordem jurídica e um certo grau de prova. Entendida do ponto de vista negativo, é a falta desses elementos que torna impossível submeter alguém ao processo criminal, porque nem sequer haveria probabilidade de condenação. Enfim, a justa causa consiste na qualidade da acusação

No mesmo sentido, Napoleão Nunes Maia Filho assevera que a orientação tradicional, amplamente acolhida no Direito Processual moderno, é no sentido de que a imputação deverá realizar-se com provas, e não apenas com indícios, como forma de comprovar a ocorrência material ou empírica do fato punível¹⁵¹.

Para Flávio da Silva Andrade, a justa causa para o recebimento da inicial acusatória consiste na prova da materialidade delitiva e nos indícios suficientes da

¹⁴⁷ (DJE nº 229, divulgado em 18/11/2021, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348770434&ext=.pdf>. Acesso em: 30/11/2021.

¹⁴⁸ BELO, Warley. As condições da ação penal e o julgamento de mérito abusivo, in Revista dos Tribunais, RT, v. 97, n. 874, ago/2008, p. 468.

¹⁴⁹ Sobre a necessidade de um modelo objetivo de sistema judicial punitivo, que se afasta de um modelo subjetivo (e portanto discricionário, passível de perseguir inimigos e acolher aliados), sugere-se também a leitura de: ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁵⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 248.

¹⁵¹ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017, p. 76.

autoria, de modo que os elementos colhidos na investigação devem indicar um prognóstico de condenação¹⁵². E complementa¹⁵³:

Assim, a justa causa há de ser compreendida como um standard probatório que reclama, no mínimo, uma probabilidade prevalente de culpabilidade, isto é, as razões positivas de culpa devem preponderar sobre as negativas. Ilustrando em termos numéricos ou quantitativos, está-se a falar de uma probabilidade superior a 50%.

Vê-se, portanto, que existe um conceito aparentemente consensual da justa causa, consistente na afirmação de que o Estado-acusador deve apresentar elementos probatórios mínimos a justificar a probabilidade de sua pretensão, assim permitindo-se o início da persecução punitiva.

Ainda, a justa causa do Direito Sancionador não teria correspondência com as condições da ação, próprias de ações civis obrigacionais¹⁵⁴.

Tal afirmação ganha ainda mais lastro com a inclusão do art. 17-D à Lei de Improbidade Administrativa, em que se previu expressamente, por meio da Lei n. 14.230/2021, que “[a] ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, de sanções de caráter pessoal (...) e não constitui ação civil” – o que acaba por delimitar a diferença de regime processual na noção de justa causa para o recebimento da ação de viés punitivo, em contraposição ao modelo que rege uma ação civil ordinária obrigacional.

Dessa forma, conclui-se que a ausência das condições da ação próprias do Direito Processual Civil (interesse de agir e legitimidade da parte, na forma do art. 17 do Código de Processo Civil) são institutos que andam ao lado da justa causa, mas que com ela não se confundem: a rigor, o exame da justa causa tange o mérito da pretensão punitiva, e, portanto, produzirá até mesmo efeitos diversos, com aptidão para gerar coisa julgada material¹⁵⁵.

¹⁵² ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no Processo Penal: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil*. Tese de doutorado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, p. 216.

¹⁵³ ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no Processo Penal: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil*. Tese de doutorado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, p. 206.

¹⁵⁴ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 248. No mesmo sentido: MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 17.

¹⁵⁵ Em sentido contrário: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 238, que entendem que a rejeição da ação por ausência de justa causa não produziria coisa julgada material.

Em relação à natureza da decisão que reconhece a ausência de justa causa, Maria Thereza de Assis Moura aponta que tal pronunciamento seria de natureza mista, por conter, a um só tempo, características de Direito Material e de Direito Processual¹⁵⁶.

Diante de tal contexto, tem-se que a justa causa consiste em filtro que potencialmente resultará, em regra, até mesmo em decisão de mérito sobre a pretensão acusatória.

De todo modo, para os objetivos do presente trabalho, resta apenas a consolidação de que a justa causa se trata de elemento próprio de todo o Direito Sancionador, e que consiste em filtro mínimo cuja superação se torna exigência jurídica para que a pretensão acusatória possa prosseguir, após um exame fundamentado da narrativa e dos elementos concretos (e probatórios) juntados pela peça de acusação.

De tal forma, a justa causa consiste em pressuposto jurídico insuperável para que a persecução punitiva do Estado possa prosseguir judicialmente, conforme requisitos jurídicos e fáticos (por meio de provas).

Ademais, o exame da justa causa, ainda que realizado em um grau de cognição próprio de uma fase ainda sem aprofundamento, deve concluir, fundamentadamente, no sentido de que a acusação apresentou efetivamente substratos jurídicos e fáticos que poderão, ao final, resultar em uma sentença condenatória.

Para o exame sobre a presença da justa causa, portanto, o pêndulo da dúvida deve estar mais próximo da possibilidade de condenação do que da possibilidade de absolvição¹⁵⁷ – exige-se, então, uma probabilidade de condenação efetiva, quando da análise dos elementos jurídicos e fáticos trazidos com a acusação.

Com efeito, sobre o tema, convém citar trecho de voto da ministra Cármen Lúcia, proferido no julgamento do Inquérito n. Inquérito nº 3.711-DF, examinado pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de seu didatismo¹⁵⁸:

A justa causa, definida como o “suporte mínimo de prova, sem o qual a acusação careceria de admissibilidade”, é indispensável ao manejo da ação penal, pois o mero ajuizamento desta “já seria suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves repercussões na órbita de seu patrimônio moral, partilhado

¹⁵⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 256.

¹⁵⁷ Interessante a expressão utilizada pelo Código de Processo Penal de Portugal, que, em seu art. 283º, ao tratar dos elementos necessários para a acusação pelo Ministério Público, aponta, no item 2, “[c]onsideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança”. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=199A0283&nid=199&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 25/11/2021.

¹⁵⁸ Inquérito nº 3.711-DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.04.2019, DJe 05.05.2019. Trecho do voto da ministra Cármen Lúcia, conforme inteiro teor do acórdão, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340024990&ext=.pdf>. Acesso em: 01/12/2021.

socialmente com a comunidade em que desenvolve as suas atividades” (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116). O requisito da justa causa não é “pacificamente aceito como quarta condição da ação [, pois] alguns a integram ao interesse de agir, ou mesmo como requisito ao desenvolvimento do procedimento” (TAVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 5. ed. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 149). Há consenso entre os doutrinadores de que “devem haver provas preliminares suficientes para a probabilidade de condenação efetiva. Esta seria o que boa parte dos processualistas penais denomina ‘justa causa’. Por esse ângulo, a tônica está sobre as ‘provas’, cuja finalidade é formar a convicção de probabilidade de condenação efetiva”. Se não houver “justa causa o juiz rejeitará a denúncia” (FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus. p. 223).

E, finalmente, como já delineado de forma exaustiva anteriormente neste trabalho, tal raciocínio se encontra plenamente aplicável também à improbidade administrativa, eis que a ação judicial correspondente se trata de instrumento inserido no arsenal punitivo do Estado, e, dadas as graves sanções previstas no referido regime, se torna exigível um procedimento acusatório que detenha os elementos mínimos de acusação, seja do ponto de vista jurídico, seja do ponto de vista dos elementos comprobatórios a instruir o pedido inicial.

O conceito, os elementos e os efeitos referentes à justa causa na improbidade administrativa serão objeto de aprofundamento nos tópicos subseqüentes.

2.2. A justa causa e a noção de regulação responsiva

Antes de adentrar no aprofundamento sobre a justa causa no cenário específico da improbidade administrativa, é importante salientar que os fundamentos da justa causa resultam não apenas do ordenamento jurídico em si mesmo considerado, mas também de estudos empíricos que se dedicaram ao exame do Direito Administrativo Sancionador.

Com efeito, o presente estudo também sugere, como hipótese, a existência de uma relação muito próxima entre a o conceito de justa causa e a noção de regulação responsiva – que, por sua vez, se debruça sobre a racionalidade do sistema punitivo da Administração, tendo por parâmetro a maximização do bem-estar social, isto é, investiga o ponto ótimo para que o sistema do Direito Administrativo Sancionador possa produzir os maiores ganhos para o bem da coletividade.

A exigência da justa causa em procedimentos punitivos teria, então, também uma justificativa empírica, baseada na noção de regulação responsiva – além daquela justificativa jurídico-constitucional, resultante do regime de direitos fundamentais, acima já exaustivamente tratada.

Tal noção, por óbvio, não se limita à regulação responsiva – é notável a tendência de dar racionalidade à atividade do Direito Administrativo Sancionador, inclusive no ordenamento jurídico nacional, que tem acolhido a consensualidade também no âmbito do poder punitivo estatal¹⁵⁹.

A doutrina nacional também tem apontado que o excesso de punitivismo não necessariamente favorece o interesse público¹⁶⁰, o que se soma ao fato de que o sistema sancionatório atribuído à Administração deve buscar as finalidades públicas a seu encargo, não se tratando de um fim em si mesmo¹⁶¹.

Neste ponto, destaca-se também a noção segundo a qual sistemas punitivos excessivamente subjetivos podem acarretar perseguições e favorecimentos, a depender do acusado, na contramão do que pregam estudos que se debruçam sobre os elementos que impulsionam o desenvolvimento das nações¹⁶².

Tratando de temas análogos, Rodrigo Valgas dos Santos aborda o conceito de *big stick syndrome*, que ilustra algumas das disfuncionalidades da improbidade administrativa. A referida concepção é esclarecida no seguinte trecho¹⁶³:

O conceito de big stick syndrome enquadra-se à perfeição como uma das disfuncionalidades do controle externo que estamos a estudar. De regra, o exercício do controle externo brasileiro adota medidas desproporcionais e excessivas que em vez de coibir a violação da norma, efetivamente a fomentam. É exatamente o que alude Hood quando exemplifica que a aplicação de pesadas sanções pela demora na entrega do objeto licitado, acaba por gerar disfunções na medida que licitantes deixam de participar de licitações com prazo de entrega muito curto, impondo gradativo aumento de prazo e conseqüente prejuízo à Administração. O mesmo se sucede com a aplicação de penas severas para infrações leves, como no exemplo de Hood acerca da antiga pena de morte na Inglaterra para o furto de ovelhas, o que posteriormente levou os magistrados a deixarem de reconhecer a própria culpabilidade dos acusados (mesmo que evidente), diante da possibilidade da pena capital (HOOD, 1974).

De todo modo, o presente tópico irá realizar um aprofundamento maior a respeito da noção de regulação responsiva, ainda que os fundamentos acima, de alguma maneira, chegam a conclusões equivalentes – no sentido de que o Direito

¹⁵⁹ Sobre o tema, ver: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 280-281. A consensualidade foi recentemente admitida na própria Lei de Improbidade Administrativa, que passou a prever a possibilidade de celebração de acordo, a partir da nova redação do art. 17, §1º, da referida lei (redação dada pela Lei n. 13.694/2019) – o que antes era vedado, conforme a redação anterior.

¹⁶⁰ FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>. Acesso em: 12/05/2021.

¹⁶¹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 315.

¹⁶² Esta é uma das conclusões que podem ser extraídas de: ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁶³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 125. No trecho, faz-se referência à *big stick syndrome*, conforme conceito desenvolvido por Christopher Hood.

Administrativo Sancionador deverá ser racional e ter por objetivo fazer prevalecer uma Administração Pública que possa realizar os objetivos constitucionais a seu encargo, em prol da coletividade.

No ponto específico da regulação responsiva, tem-se que importante parâmetro bibliográfico para a introdução do estudo se trata de obra de Ian Ayres e John Braithwaite¹⁶⁴.

Na parte inicial da obra, os autores se propõem a demonstrar qual seria o modelo ou desenho institucional mais adequado para ser utilizado no âmbito das instâncias reguladoras do Estado, buscando investigar os resultados das sanções em cotejo com os objetivos traçados pela própria política pública que o sistema visa a tutelar. Em tal contexto, passam a teorizar o modelo de regulação responsiva, com viés fortemente pragmático¹⁶⁵, ligado aos possíveis ganhos coletivos de cada modelo estudado¹⁶⁶. Para eles, o referido modelo se baseia na premissa de que nem sempre a sanção será a melhor resposta para uma conduta passível de punição¹⁶⁷, já que os ganhos de cada modelo devem ser analisados globalmente, considerando-se os custos e benefícios para a coletividade¹⁶⁸.

Ao introduzir o sistema de regulação responsiva, os autores pontuam, em linhas gerais, não ser recomendável um modelo estático, pré-concebido abstratamente, de modo que a eficiência do modelo de regulação irá "dançar conforme a música": será mais cooperativo tanto quanto mais cooperativo for o ente regulado; por outro lado, havendo um comportamento de não cooperação, ou de deliberado desrespeito à lei e ao

¹⁶⁴ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992. Segundo notícia Alice Voronoff, Ian Ayres é advogado e economista; já John Braithwaite é criminólogo (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 132). Neste tópico, também se afigura de enorme valia a abordagem de regulação responsiva realizada por Alice Voronoff (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 129/151).

¹⁶⁵VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 132.

¹⁶⁶ Sobre os custos econômicos da sanção jurídica, há abordagens econômicas que investigam qual seria o ponto ótimo para que a punição resulte em resultados positivos, considerados globalmente os custos e proveitos para a sociedade. Sobre este tópico, ver, por exemplo: FRANZONI, Luigi Alberto. *Introduzione all'economia del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2003, p. 191/201.

¹⁶⁷ Tal constatação também tem produzido resultados no ordenamento jurídico brasileiro, seja no campo punitivo do Direito Penal (a exemplo da substituição da pena privativa de liberdade e de acordos de não persecução penal), seja também no campo punitivo do Direito Administrativo Sancionador (a exemplo dos acordos de leniência e de acordos de não persecução cível). Sobre a consensualidade no Direito Administrativo sancionador, ver: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹⁶⁸ Esta concepção de que a sanção não será necessariamente a melhor resposta já vem sendo defendida pela doutrina brasileira, a exemplo de Cristiana Fortini, para quem o excesso de punição não necessariamente favorece o interesse público (FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>. Acesso em: 09 de julho de 2020). No mesmo sentido, Alice Voronoff indica que, em uma abordagem instrumental, o direito administrativo sancionador se configura em meio a serviço de finalidades protegidas pelo ordenamento jurídico, e não em um fim em si mesmo (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 315).

regulador, então nesse caso excepcionalmente será mais recomendável a aplicação de punição¹⁶⁹.

Nesse sentido, estudiosos brasileiros, ao abordarem a regulação responsiva, apontam que a escolha da melhor estratégia regulatória deve estar relacionada com o comportamento apresentado pelos agentes regulados – por isso a noção de uma regulação “responsiva”¹⁷⁰, que produz uma resposta, “na mesma moeda”, correspondente à conduta da outra parte na relação travada entre si.

A regulação responsiva – destinada às sociedades atuais, complexas e dinâmicas – terá sucesso se alcançar um sofisticado balanço entre medidas punitivas e rigorosas, por um lado, e de respostas suaves e persuasivas, por outro. Com efeito, como nenhum modelo (punitivo ou persuasivo) seria *per se* eficiente, caberá ao Estado reagir com uma arma apropriada, mais ou menos punitiva, a depender do grau de cooperação do ente ou pessoa sujeita à regulação ou fiscalização¹⁷¹.

O referido modelo tem forte inspiração na teoria dos jogos, de modo que os autores apontam que o melhor desenho institucional de regulação se baseia em duas importantes premissas: (i) a existência de uma possibilidade efetiva de serem aplicadas diversas sanções, com gradações de gravidade, culminando em uma hipótese de sanção extremamente rigorosa – *the benign big gun*¹⁷²; e (ii) a prevalência de uma dinâmica de interação denominada de *tit-for-tat*, segundo a qual o ente regulador irá sempre replicar a conduta do ente regulado: irá cooperar, se houver cooperação; irá punir, se houver uma atitude não cooperativa¹⁷³. Assim, trata-se de um modelo de regulação que contingencialmente poderá até mesmo deixar de punir (*forgiving*)¹⁷⁴, a depender da conduta analisada e de suas circunstâncias.

Nesse panorama, a regulação se faria mais eficiente em razão de que o regulador poderá ser mais sutil (e menos sancionador, globalmente) justamente por ter, na gaveta, uma arma punitiva poderosa a ser usada, além de uma variedade gradativa de possíveis

¹⁶⁹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 140/142.

¹⁷⁰ MAURO, Carlos; CASTAGNA, Ricardo; COUTINHO, Diogo; CABRAL, Gabriel. Para além da Pirâmide: regulação responsiva e comportamento humano. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-alem-da-piramide-regulacao-responsiva-e-comportamento-humano-07022020>. Acesso em 12/02/2021, p. 04.

¹⁷¹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 132-134.

¹⁷² AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 40-41.

¹⁷³ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 19-21.

¹⁷⁴ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 19.

punições aplicáveis. Ademais, para os autores, quanto mais se deixam as sanções por detrás, mais e mais a regulação poderá ser baseada em persuasão moral, o que se traduz em uma regulação mais efetiva¹⁷⁵.

Nesse contexto, o modelo *tit-for-tat* teria se comprovado como aquele mais eficiente, quanto aos ganhos globais (*payoffs*), em diversos testes, inclusive com simulações feitas por computadores, realizados em um ambiente de estudo sobre a teoria dos jogos¹⁷⁶ – razão pela qual se mostraria o mais recomendável a ser adotado pelo Estado-regulador, o que se soma ao fato de ser um modelo também extremamente previsível pelos atores inseridos na dinâmica comportamental em análise.

O modelo proposto tenta harmonizar as premissas colocadas pelos autores, que apontam a complexidade fática encontrada pelos órgãos de regulação. Com efeito, a noção de regulação responsiva busca suplantam a retórica determinista de oposição entre regular e desregular, por meio da qual se defendem posições extremadas de máxima intervenção ou de mínima intervenção do Estado¹⁷⁷.

O modelo leva em conta, ainda, o fato de que o sujeito regulado não necessariamente será sempre racional economicamente, nem será sempre cooperativo/virtuoso (responsável socialmente) – há nuances comportamentais mesmo relativamente à mesma pessoa, quando se analisa empiricamente seu comportamento. Esses dois modelos comportamentais (o *money-making* e o *responsible self*) coexistem e dialogam, sem que possam ser isolados¹⁷⁸ – a exigir um modelo flexível a tais nuances.

Os autores também apontam que uma estratégia baseada unicamente na persuasão e na auto-regulação será explorada negativamente pelos atores que estejam motivados por razões exclusivamente econômicas. E, por outro lado, afirmam que uma estratégia baseada majoritariamente em punição irá implodir a boa-fé dos atores que são motivados, por um senso de responsabilidade, a cumprir a lei por conta própria¹⁷⁹.

Afirmam, ainda, que, atualmente, cada vez mais, há um consenso acadêmico e prático de que os órgãos reguladores que melhor atingem seus objetivos são aqueles que produzem um tipo de sofisticado balanço entre o modelo eminentemente punitivo e

¹⁷⁵ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 19.

¹⁷⁶ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 21.

¹⁷⁷ ARANÍ MÉLO FILHO, Marconi. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. *Journal of Law and Regulation*, v. 6, n. 1, 21 abr. 2020, p. 150.

¹⁷⁸ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 139.

¹⁷⁹ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 19.

aquele majoritariamente persuasivo (que somente pune excepcionalmente)¹⁸⁰. Mas a questão crucial que se coloca diz respeito a saber quando punir (*deterrence*) e quando persuadir (ou cooperar, aqui também tratada a noção de *compliance*)¹⁸¹. Daí que a flexibilidade ou adaptação do sistema regulatório se afigura essencial.

Registre-se, por oportuno, que os autores concluem que o ser humano reage negativamente diante de modelos em que a punição seja a primeira e principal resposta, em vez de estratégias persuasivas, como a orientação e o diálogo. Na hipótese de um modelo que coloca a punição como primordial, em detrimento de uma postura dialógica e cooperacional, seria próprio da psicologia humana um resultado em que a pessoa fiscalizada, que esteja de boa-fé, passe a resistir e abandonar a auto-regulação baseada na própria ética¹⁸². Em tal contexto, a pessoa sujeita à fiscalização ou controle tende a se sentir estigmatizada, humilhada, ressentida¹⁸³, “logo, o desafio de uma regulação bem-sucedida é justamente estabelecer uma sinergia entre punição e persuasão - a ideia não é prescindir da sanção, mas retirá-la da posição preferencial”¹⁸⁴.

Este ponto é crucial para a análise da improbidade administrativa, com especial enfoque na justa causa da ação judicial, consideradas suas disfuncionalidades e sua denominada banalização¹⁸⁵.

É certo, também, que o referido modelo da regulação responsiva somente funciona quando haja uma efetiva punição dos atores não cooperativos: a punição de sujeitos que insistem em não se adequar aos comandos normativos funciona inclusive como um incentivo para aqueles que são majoritariamente cooperativos¹⁸⁶.

E, para alcançar a dita eficiência, o regulador deve ter uma pirâmide com variados graus de sanções abstratamente possíveis de serem aplicadas em sua órbita de

¹⁸⁰ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 20-21.

¹⁸¹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 140.

¹⁸² AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 25.

¹⁸³ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 25.

¹⁸⁴ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 140/141.

¹⁸⁵ Sobre o tema, Rodrigo Valgas dos Santos enumera diversas situações com baixíssimo grau de gravidade, mas que, ainda assim, se tornaram ações judiciais de improbidade administrativa: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 187/195. O autor chama tais situações de “casos que demonstram como é fácil ser ímprobo no Brasil”, elencando os seguintes exemplos concretos, dentre outros: (i) o caso do prefeito dançarino; (ii) o caso de improbidade por uso de 14 folhas de papel timbrado; e (iii) o caso de aplicação do dano *in re ipsa* pelo STJ.

¹⁸⁶ Em um estudo empírico indicado pelos autores, se chegou à conclusão de que 20% das firmas reguladas irão cumprir a lei incondicionalmente; 5% irão se furtrar a seu cumprimento incondicionalmente; e os outros 75% tendem a cumprir a lei, mas somente se a punição àqueles 5% for efetiva (AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 26).

competência – o que é denominado pelos autores como *enforcement pyramid*¹⁸⁷. Nesse panorama, o cumprimento voluntário das regras se faz realidade quando o regulador consegue explicitar a sua pirâmide de punições, de modo claro, para os regulados.

Segundo os autores, a não cooperação é mais rara de ocorrer quando o regulador possui uma *enforcement pyramid* se comparada à situação em que o regulador possui apenas uma única modalidade de punição: quando existe apenas uma modalidade de punição, ainda que seja extremamente severa, o regulador dificilmente consegue impor uma conduta por meio de persuasão. Esta hipótese encerraria um paradoxo, em que potenciais punições muito severas acabam gerando um ambiente de inefetiva regulação, já que a punição requer também uma aceitabilidade política e moral¹⁸⁸.

Diante de tal cenário, tem-se que, na regulação responsiva, punição e persuasão são respostas que coexistem em um mesmo modelo, sendo que “a eficiência no alcance das finalidades de interesse público depende desse fluxo dinâmico”¹⁸⁹.

A partir dessas considerações iniciais, que pretendem apresentar as linhas gerais da regulação responsiva, percebe-se que as construções trazidas por Ayres e Braithwaite jogam luz sobre uma abordagem do Direito Administrativo Sancionador que se deve ater às suas finalidades e às suas conseqüências, razão pela qual a teoria ora examinada tem, ao menos em tese, um potencial inegável para investigações que confrontem premissas até mesmo já bem estabelecidas no Direito Administrativo Sancionador brasileiro.

Diante da relevância da teoria da regulação responsiva¹⁹⁰, resta saber se as suas premissas teóricas poderiam ser um adequado parâmetro para reflexões que merecem ser realizadas sobre o regime jurídico da justa causa na improbidade administrativa.

Como se viu nos tópicos anteriores, tem-se que, embora a Lei de Improbidade Administrativa esteja sedimentada em uma inegável necessidade de proteção da

¹⁸⁷ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 35 e seguintes.

¹⁸⁸ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 36-37. Ver também: VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 144. No mesmo sentido, a abordagem sobre a *big stick syndrome*, conceito desenvolvido por Christopher Hood e tratado em: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 125.

¹⁸⁹ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 149.

¹⁹⁰ A título de registro, outros teóricos foram além da denominada regulação responsiva, tendo sido formuladas, por exemplo, as noções de regulação realmente responsiva (*really responsive regulation*) (VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 150 e seguintes), e de regulação inteligente (*smart regulation*) (ARANÍ MÉLO FILHO, Marconi. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. *Journal of Law and Regulation*, v. 6, n. 1, 21 abr. 2020, p. 152). De todo modo, diante do escopo do presente trabalho, a abordagem, nesta oportunidade, irá ter o foco primordial na teoria da regulação responsiva como originalmente concebida.

proibidade administrativa¹⁹¹, certo é que a aplicação irrefletida de seu regime legal sancionatório pode acabar por produzir – e de fato tem produzido – uma paralisia da Administração Pública, certamente inibidora da devida persecução do interesse público.

Com efeito, ao expor a noção de regulação responsiva, Alice Voronoff aponta ser necessária uma reflexão também sobre o papel da sanção administrativa no contexto jurídico brasileiro, em uma abordagem que possibilite a leitura de que a sanção administrativa se constitui como apenas uma das estratégias possíveis para a consecução do interesse público, ao lado de outras (como medidas persuasivas), com variados custos, conseqüências e particularidades – de todo modo, há de questionar-se a existência de estratégias sancionatórias despropositadas, injustificáveis, desproporcionais e arbitrárias¹⁹².

No mesmo sentido, como se viu, a formulação da regulação responsiva de Ayres e Braithwaite apresenta, de forma bastante clara, a noção de que um sistema regulador ligado à Administração Pública não necessariamente deve ter, como primeira e principal resposta, um viés punitivista. Com efeito, a regulação responsiva propõe, como exhaustivamente exposto, que um sistema racional, que produza maiores benefícios à coletividade, deve ser baseado na teoria dos jogos (*tit-for-tat*), sendo cooperativo com quem coopera, ao passo que deverá ser sancionador quanto ao agente que não coopera – além de ter de evidenciar, claramente, e de forma hierarquizada, as punições passíveis de serem aplicadas em concreto, a tal ou qual conduta, a depender de sua gravidade.

Como já tratado anteriormente, um modelo de regulação que se utiliza da sanção como a principal resposta tende a minar a boa-fé dos bem intencionados, que, psicologicamente, podem passar a deixar de ter uma tendência ao cumprimento voluntário do ordenamento jurídico e das finalidades que interessam ao órgão regulador, gerando prejuízos possivelmente mais onerosos para a comunidade como um todo.

Dentro de tal ótica, parece que o instituto da justa causa, previsto expressamente na Lei de Improbidade Administrativa, seja o ponto de convergência principal quanto à necessidade de preservação da proibidade administrativa, ao mesmo tempo em que garante também, por outro lado, um sistema sancionatório racional, não arbitrário,

¹⁹¹ Fazendo referência aos dados da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), Fabiano Teodoro de Rezende Lara e Reinaldo Diogo Luz apontam haver estimativas que apontam que o custo da corrupção, por exemplo, atinge mais de 5% do PIB mundial e encarece as transações comerciais em 10%, na média (LUZ, Reinaldo Diogo; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Análise do programa de leniência da Lei Anticorrupção brasileira: características e efetividade. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 122).

¹⁹² VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 130.

justificável e promotor do bem comum, com o maior índice de ganhos para toda a coletividade, conforme conclusões extraídas da teoria dos jogos, acima já exploradas.

A doutrina nacional também tem adotado conclusões que se aproximam da noção de regulação responsiva, no sentido de que o Direito Administrativo Sancionador se trata de meio a serviço de finalidades protegidas pelo ordenamento jurídico, e não de um fim em si mesmo¹⁹³.

Sobre o tema, oportuna a citação de trecho tratado por Juliana Bonacorsi de Palma¹⁹⁴:

Na qualidade de mecanismo instrumental ao alcance dos fins de ordem pública estabelecidos nas leis-quadro ou, mesmo, no regramento infralegal, a prerrogativa sancionadora pode deixar de ser exercida pelo Poder Público no caso concreto, para alcance desses mesmos fins por outro modo de ação, como a atuação administrativa concertada. Dentro da margem de discricionariedade, a Administração Pública está adstrita ao denominado “vínculo de fim”, e deve satisfazer as finalidades públicas por mecanismos os mais variados, gozando de relativa liberdade de escolha de limites fornecidos pelo regime jurídico que disciplina a situação em concreto.

Com efeito, um excesso de formalismo, que não produza resultados satisfatórios do ponto de vista social e do ponto de vista de garantia do mínimo existencial, já não encontra mais espaço na complexidade da vida atual, que requer, como indispensável, uma Administração mais cooperativa, mais dinâmica, mais democrática – e, principalmente, que atue como ente central e impulsionador da melhoria do bem-comum.

Importante destacar-se a conclusão apontada por Eurico Bitencourt Neto, quanto às transformações do Estado e da Administração Pública no século XXI¹⁹⁵:

Os traços gerais da Administração Pública do século XXI impõem a releitura e a reconstrução de boa parte do instrumental do Direito Administrativo. Se é preciso ter na devida conta que as transformações por que passam o Estado e a Administração contemporâneos não afastam as vinculações da socialidade, por outro lado é necessário não subestimar os novos desafios que tais transformações impõem ao Direito. É imperativo reconhecê-los, para que o instrumental jurídico possa oferecer meios de realização dos fins do Estado de Direito democrático e social que sejam compatíveis como as turbulências e a complexidade do tempo em que se vive. É preciso rever velhos dogmas, repensar antigas verdades, sem perder de vista os fins sociais que continuam a vincular as antigas e as novas formas de agir do Poder Público.

¹⁹³ VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 315.

¹⁹⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 280-281.

¹⁹⁵ BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no Século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, jan-abr/2017, p. 221-222. No mesmo sentido: DA SILVA, Suzana Tavares. A nova dogmática do direito administrativo: o caso da Administração por compromissos. *Estudos de Contratação Pública I*. Coimbra: CEDIPRE, 2008, pp. 899.

E há inegável relação entre a noção de justa causa no Direito Administrativo Sancionador e as advertências oriundas da regulação responsiva – e das outras teorias aqui também abordadas, como a da *big stick syndrome*.

Com efeito, a justa causa na improbidade administrativa deve observar o panorama traçado neste tópico, com atenção não só a seus parâmetros formais, mas também às possíveis conseqüências advindas de sua aplicação prática.

Como sublinhado acima, o estudo de regulação responsiva concluiu que o ser humano tende a reagir negativamente diante de modelos em que a punição seja a primeira e principal resposta.

Tal afirmação não implica dizer que a sanção seria algo descartável, mas, sim, que deverá ser usada somente em casos mais graves, após infrutíferas as etapas de persuasão e de aplicação de penas menos severas - adverte-se, no entanto, que a punição de sujeitos que insistem em não se adequar aos comandos normativos funciona inclusive como um incentivo para aqueles que são majoritariamente cooperativos.

Ademais, a ação de improbidade administrativa detém um estigma muito contundente, e o só fato de responder a uma ação de tal natureza possui, por si só, uma sanção implícita, com possibilidade de ônus emocionais e pecuniários relevantes.

Não se ignora também que o descuido com a justa causa na ação de improbidade administrativa poderia produzir prejuízos à própria Administração e ao interesse público - como decorrência de eventual afastamento cautelar de servidor/acusado, ou também como decorrência da quebra de confiança dos que atuam de boa-fé no serviço público e que tenham que responder a ações de improbidade desprovidas de gravidade.

De tal maneira, o ajuizamento e o recebimento de ações de improbidade administrativa sem o exame aprofundado da justa causa resultariam, a rigor, em um modelo em que a punição passa a ser a primeira e principal resposta, não gerando os estímulos necessários para o alcance dos objetivos constitucionais endereçados à Administração Pública.

Portanto, o rigor na admissibilidade da inicial acusatória, com um exame fundamentado da justa causa, parece atender melhor aos anseios da Administração, pois permite, ao mesmo tempo, evitar punições exageradas para condutas meramente irregulares que poderiam ser solucionadas por outras searas; e também permite que no Judiciário tramitem apenas ações com razoável gravidade, o que possibilita que o caso seja analisado e decidido com a cautela e instrução adequadas, no tempo oportuno.

Esta preocupação ganha nova dimensão também com os novos prazos de prescrição intercorrente previstos na reforma da Lei de Improbidade Administrativa, de maneira tal que os casos graves merecem uma atenção especial, para que não haja uma indevida prescrição em relação a graves condutas, cuja punição se faz recomendável – como se viu pela noção de regulação responsiva.

Dessa maneira, o exame rigoroso da justa causa na improbidade administrativa dialoga de forma contundente com a noção de regulação responsiva – por funcionar como filtro a proteger os bens intencionados (agentes cooperativos) e por possibilitar o efetivo prosseguimento e mais célere condenação nos casos dotados de gravidade (agentes não cooperativos).

2.3. A justa causa na Lei de Improbidade Administrativa – aspectos legais e doutrinários

Como se viu no caminho até então percorrido pela pesquisa aqui realizada, o regime jurídico da improbidade administrativa se encontra inserido no âmbito do Direito Punitivo, ou Direito Sancionador, como instrumento sancionatório próprio do Estado.

Por tal razão, constatou-se que o regime de garantias fundamentais que informa o Direito Sancionador será também aplicável, em grande medida, no exame sobre os elementos que compõem a inicial acusatória da ação de improbidade administrativa.

Dentro de tal panorama, tem-se que a justa causa se apresenta como filtro a ser verificado não somente nas ações próprias do regime processual penal, mas também no regime jurídico-processual das ações de improbidade administrativa. Assim, a presença da justa causa se torna exigível para a continuidade da persecução punitiva mesmo no âmbito da improbidade administrativa.

Em sede legal, constata-se que esta noção já se encontrava presente no texto originário da Lei de Improbidade Administrativa, mas ganhou ainda mais força com as mudanças legislativas promovidas pela Lei n. 14.230/2021.

Com efeito, a Lei n. 14.230/2021, ao reformar a Lei de Improbidade Administrativa, expressamente previu a aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador (art. 1º, §4º, na nova redação), além de ter especificado os tipos punitivos, o que se soma à previsão normativa no sentido de que a ação judicial

própria detém natureza repressiva, de caráter sancionatório (art. 17-D, “caput”, incluído pela nova lei).

Para o presente tópico, ganha mais relevância a inovação redacional, dada pela Lei n. 14.230/2021, que elencou de forma expressa os requisitos da petição inicial (art. 17, §6º, na nova redação), cuja citação se faz necessária para o desenvolvimento do raciocínio:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

§ 6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

§ 7º Se a petição inicial estiver em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a citação dos requeridos para que a contestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, iniciado o prazo na forma do art. 231 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

§ 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

A nova redação da Lei de Improbidade Administrativa, acima citada, deixa ainda mais evidente a necessidade, já destacada nos tópicos anteriores, no sentido de que o início do processo punitivo exige, como regra, a individualização das condutas de modo condizente com os elementos probatórios mínimos – “documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado” –, salvo se houver comprovada impossibilidade da apresentação dos referidos elementos concretos.

Em acréscimo, a nova redação legal passa a exigir também elementos comprobatórios do elemento subjetivo imputado ao acusado, reforçando que meras ilegalidades, desprovidas do elemento subjetivo, não deverão ser processadas pelo rito da improbidade administrativa.

Ademais, é importante que se destaque que a análise de justa causa não se limita ao momento processual de recebimento da inicial, já que a própria lei expressamente prevê que a inexistência manifesta do ato de improbidade também poderá levar ao

juízo conforme o estado do processo após a contestação (art. 17, §10-B, I, da Lei de Improbidade Administrativa - incluído pela Lei nº 14.230, de 2021). Ademais, tal raciocínio se aplica em qualquer fase do processo, eis que “[e]m qualquer momento do processo, verificada a inexistência do ato de improbidade, o juiz julgará a demanda improcedente” (art. 17, §11, da Lei de Improbidade Administrativa, em redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021).

Parcela da doutrina também se dedicou ao estudo específico da exigência da justa causa na improbidade administrativa.

Gustavo Justino de Oliveira e Gustavo Henrique Carvalho Schiefler analisaram a necessidade do exame de justa causa no juízo de prelibação (admissibilidade) na ação de improbidade administrativa, com enfoque na preservação dos direitos e garantias fundamentais¹⁹⁶.

Segundo os autores, o Poder Judiciário deve buscar um fino equilíbrio entre a necessidade de apuração de atos de improbidade administrativa e a necessária garantia dos acusados, não podendo a meta própria do CNJ sobre o tema funcionar como um incentivo à aceleração desmedida de tais ações, sem a observância dos direitos fundamentais¹⁹⁷.

Os referidos autores, analisando ainda o texto da Lei de Improbidade Administrativa anterior à reforma de 2021, afirmam que¹⁹⁸:

Para a propositura e procedibilidade da ação de improbidade administrativa, o legislador exigiu a existência de justa causa (“a ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade...”), a qual será aferida pelo magistrado por meio de um juízo de prelibação, no prazo de trinta dias contados do oferecimento da defesa prévia do requerido (“... o juiz mandará autuá-la [a inicial] e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito [...] dentro do prazo de quinze dias”). Como resultados possíveis do juízo de prelibação, desde que constatada a ausência de justa causa – indícios de autoria e de materialidade da prática do ato de improbidade – nos termos do § 8º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, o Magistrado poderá rejeitar de plano a ação de improbidade administrativa, se (i) convencido da inexistência do ato de improbidade, (ii) da improcedência da ação ou (iii) da inadequação da via eleita.(...)A ação civil pública por ato de improbidade representa poderosa ferramenta de combate a práticas reprováveis no exercício de

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 311-326.

¹⁹⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 313.

¹⁹⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 313; e 316/317.

funções públicas. As graves penalidades aplicáveis aos envolvidos e as severas medidas de intervenção patrimonial (como o bloqueio cautelar de bens, por exemplo) justificam o grande destaque para o exercício de controle sobre o manejo desta ação. Justamente pelo grande impacto que representa e pelas conseqüências causadas àqueles que respondem em juízo por ato de improbidade, a fase de recebimento da petição inicial foi substancialmente recrudescida pela legislação. Veja-se, por exemplo, que “a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente”, é tipificada como crime (art. 19 da Lei de Improbidade Administrativa). O rito processual para o recebimento da ação possui variações próprias. Exige-se que o Magistrado realize um rigoroso juízo de admissibilidade, a fim de evitar os excessos eventualmente perpetrados pelo autor da ação. (...) Esse dispositivo revela que a ação civil pública por ato de improbidade possui uma condição adicional quando em comparação com a propositura de ações comuns no âmbito cível. Trata-se do que comumente é denominado como a necessária justa causa para a ação. Vale ressaltar que tal elemento é traço distintivo de ação de improbidade administrativa, já que sua característica sancionatória impõe que, assim como em outras espécies de processo judicial (como o penal) em que se veicula pretensão sancionatória, haja um rigoroso controle de imputação. A petição inicial deve trazer elementos que comprovem a existência de indícios de ato ímprobo, que permitam inferir a justa causa para o prosseguimento da ação contra cada um dos requeridos. Significa dizer, assim, que não basta mera alegação de existência de ato de improbidade, sendo que tal ato não poderá ser inferido de forma meramente indiciária ou indireta. O que se busca, nessas situações, é perceber, ainda em uma fase preliminar, que o ato ímprobo imputado está sustentado em conjunto probatório suficientemente idôneo a demonstrar sua existência.

Os autores prosseguem, delineando a necessidade de rigorosa individualização da conduta imputada ao acusado, de maneira específica, inclusive em relação ao elemento subjetivo – e reputam que justa causa deve ser tratada como verdadeira condição da ação civil pública por ato de improbidade. Afigura-se recomendável a citação do trecho tratado, diante dos inúmeros argumentos elencados¹⁹⁹:

É necessário que alguma conduta específica e individualizada seja atribuída ao réu, acompanhada da fundamentação de sua ilicitude e de provas indiciárias sobre a culpa (em caso de dano ao erário) ou dolo (em casos de enriquecimento ilícito ou violação dos princípios administrativos). É nesse contexto que a comprovação de justa causa deve ser elevada à categoria de condição da ação civil pública por ato de improbidade. Do contrário, restará ausente o interesse processual e, por conseguinte, será inadmissível aceitar o processamento e julgamento do pedido em face do requerido. Como as ações de improbidade administrativa exigem a justa causa para que possam ser recebidas, o autor tem o dever de apresentar as questões de fato que comprovem, no mínimo, indícios da existência da conduta ímproba ou do benefício doloso. E o conjunto probatório mínimo deve ser coletado em etapa prévia à propositura da ação. Enfatiza-se a necessidade de um conjunto probatório mínimo porque a ação civil pública por ato de improbidade administrativa não pode ser instrumento para a realização de uma perquirição probatória integral. A própria LIA exige apuração administrativa ou mesmo policial prévias à propositura da ação de improbidade administrativa, conforme se depreende dos arts. 14, 15 e 22.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 319/320.

Napoleão Nunes Maia Filho também caminha no mesmo sentido, em estudo que teve por enfoque justamente a justa causa inserida no âmbito da improbidade administrativa²⁰⁰.

Para o autor, seria abominável a promoção de qualquer ação sancionadora desacompanhada da prova do fato que lhe serve de embasamento, ou sem indícios seguros de quem seja o provável autor – a mera suposição de acontecimento sancionável, sem o acompanhamento dos elementos concretos de sua ocorrência ou de sinais contundentes de sua autoria, não serve de fundamento para a atividade sancionadora, que exige demonstração de justa causa, inclusive no âmbito da ação de improbidade administrativa²⁰¹.

No regime específico da Lei de Improbidade Administrativa, o autor afirma que²⁰²:

Na Ação de Improbidade Administrativa, regulada pela Lei 8.429/92 (LIA), a exigência de sua justa causa vem expressa no seu art. 17, §6º, seguindo a orientação de que se aplica às proposições judiciais no domínio do Direito Sancionador, nas quais, como se sabe, exige-se a pré-definição daquele quarto elemento do direito de ação, ou seja, a presença da alegada justa causa, como condicionante da iniciativa processual.

Vê-se, portanto, que, para Napoleão Nunes Maia Filho, a justa causa seria um quarto elemento do direito de ação, de natureza específica, que, em uma primeira leitura, consistiria, em verdade, em uma aparente condição da ação adicional e específica.

Ademais, como já salientado em tópico anterior, o mesmo autor afirma que a orientação tradicional, amplamente acolhida no Direito Processual moderno é no sentido de que a imputação deverá demonstrar “com provas, e não apenas com indícios, a ocorrência material ou empírica do fato punível”²⁰³.

Assim, para Napoleão Nunes Maia Filho, a exigência da justa causa na improbidade administrativa deve ser feita já na análise da petição inicial, “a não ser que se descarte, por completo, a preocupação com as garantias processuais da pessoa imputada”, e sublinha que o art. 17, §6º, da Lei de Improbidade Administrativa, mesmo antes da reforma do texto em 2021, já veiculava a exigência da justa causa para a ação,

²⁰⁰ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017.

²⁰¹ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017, p. 75.

²⁰² MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017, p. 75.

²⁰³ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017, p. 76.

o que impunha a negativa de início de uma ação sancionadora sem a devida demonstração do ato que justifica a punição de seu agente²⁰⁴.

Interessante também a reflexão, que aparenta dialogar com a noção de regulação responsiva, no sentido de que as exigências da justa causa previstas expressamente na Lei de Improbidade Administrativa se configuram em “nítida vocação para impedir que agentes públicos sejam indevidamente fustigados sob a imputação de improbidade administrativa”, o que causaria sérios prejuízos à própria Administração²⁰⁵.

Prosseguindo o seu raciocínio, o estudo assim conclui²⁰⁶:

Em resumo, inadmite-se que se possa instaurar a ação sancionadora do ato de improbidade sem a prévia demonstração, comprovada documentalmente, que esse ato realmente ocorreu, existiu ou existe no mundo real, sem se indicar quem seja provavelmente – e não só e apenas possivelmente – o seu autor, ainda que essa indicação se faça de forma indiciária.

No mesmo sentido, Tercio Issami Tokano aponta que a justa causa consistiria em um marco distintivo entre a legitimidade e o arbítrio da persecução punitiva²⁰⁷:

Dessas considerações iniciais sobre a justa causa, tem-se desde já que a expressão se associa ao imperativo ético-jurídico que deve permear o agir administrativo, de modo inclusive imprescindível quando se tratar da atividade punitiva do Estado. Qualquer que seja a natureza do regime sancionador – Direito Penal ou Direito Administrativo Sancionador –, a justa causa se revela elemento distintivo, o marco divisor entre a legitimidade da atuação e o arbítrio.

O conceito da justa causa na improbidade administrativa é também aprofundado mais à frente do estudo, em que o autor aponta que²⁰⁸:

Assim, o conceito de justa causa para o exercício da ação civil por ato de improbidade administrativa, nessa linha, consistiria na aferição do contraditório instalado in initio litis, isto é, na análise dos argumentos e elementos de prova préconstituídos pelas partes acerca da viabilidade (e seriedade) da pretensão punitiva pela via da Lei nº 8.429/92, ensejando, ainda que em caráter não exaustivo, juízo meritório que, eventualmente, pode até mesmo obstar – em definitivo – o seguimento da ação.

Ao prosseguir na conceituação da justa causa na improbidade administrativa propriamente dita, o autor verifica que a justa causa não seria apenas uma mera condição da ação, nos seguintes termos²⁰⁹:

²⁰⁴ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017, p. 77.

²⁰⁵ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017, p. 84.

²⁰⁶ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017, p. 80.

²⁰⁷ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 66.

²⁰⁸ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 79.

²⁰⁹ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 74/75.

É certo que a justa causa pode e deve ser tida como um dos princípios basilares do Sistema Sancionador Estatal no sentido, reitere-se, de que se não houver elementos fáticos aferíveis in concreto autorizadores do exercício de determinada atividade sancionadora, está-se diante de um caso de arbítrio estatal. Como condição genérica, por assim dizer, essa é uma constatação válida para qualquer esfera de responsabilização. (...) Há, porém, uma visão mais ampla, que é a defendida neste trabalho, colocando a justa causa num patamar superior de dignidade jurídica. Por essa visão, a justa causa para o exercício do jus puniendi estatal – é dizer, tanto para a ação penal quanto para a ação de improbidade administrativa – não se esgota em ser apenas mais uma condição da ação, mas, antes, reside em todas as condições da ação.

O referido autor ainda traz a importante reflexão no sentido de que a justa causa, embora desenvolvida no âmbito do Direito Processual Penal, tem suas raízes no ideário do constitucionalismo – além de não obstar a jurisdição ou o direito à prova, notadamente em razão dos poderes e instrumentos pré-processuais disponíveis para os autores da ação de improbidade administrativa²¹⁰.

Por fim, Tercio Issami Tokano conceitua, ainda, os denominados requisitos genéricos da justa causa na improbidade administrativa, que consistem em elementos probatórios, ainda que meramente indiciários, que demonstrem (i) a efetiva ocorrência dos fatos narrados e o seu enquadramento a alguma das modalidades de ato de improbidade (artigos 9ª a 11 da Lei de Improbidade Administrativa), devendo tais elementos também demonstrar (ii) a indicação concreta de que tais atos sejam de responsabilidade do agente que está sendo acusado²¹¹.

No mesmo sentido, César Asfor Rocha aponta a necessidade da presença da justa causa também nas ações de improbidade administrativa, o que se faz presente não apenas com a fundamentação jurídica e narrativa dos fatos, mas também com elementos materiais seguros e confiáveis, configurando-se em uma demonstração objetiva do ilícito²¹².

Em raciocínio análogo, Mauro Roberto Gomes de Mattos destaca que a justa causa funciona como verdadeira condição da instauração de processo penal, processo administrativo disciplinar e também para a ação de improbidade administrativa, tendo

²¹⁰ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 100/101.

²¹¹ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 78.

²¹² ROCHA, Cesar Asfor. *Breves reflexões críticas sobre a ação de improbidade administrativa*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 24 e 28, citado em: OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato*. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 322, nota de rodapé n. 06.

em vista que todos os referidos procedimentos podem potencialmente atingir o *status dignitatis* do investigado²¹³.

Na mesma toada, registre-se obra de comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa, que também destacou o exame da justa causa, por ocasião da análise do art. 17 da referida lei²¹⁴.

Segundo os autores responsáveis pelos referidos comentários da Lei de Improbidade Administrativa, citando afirmação de Cássio Scarpinella Bueno²¹⁵, o exame de admissibilidade da petição inicial da ação de improbidade administrativa deve também levar em conta o mérito da ação, devendo-se analisar a viabilidade concreta (e não meramente provável) da procedência da ação.

Os referidos autores reforçam que a análise da inicial permite a rejeição liminar da ação, inclusive com análise de mérito, e a verificação deverá ser a mais ampla possível diante dos elementos de prova apresentados ou indicados na inicial²¹⁶.

Ademais, o estudo aponta que a análise da justa causa é mais uma garantia da própria jurisdição do que um mecanismo de defesa do agente público, devendo exigir-se, portanto, “uma inicial clara, precisa, acompanhada de provas e indícios mínimos que justifiquem o recebimento e processamento de uma ação judicial de evidente gravidade, com reflexos políticos, pessoais e econômicos”²¹⁷.

Por fim, os autores apontam que acompanhavam, desde a primeira edição, o entendimento favorável à aplicação do *in dubio pro societate* no recebimento da inicial

²¹³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando Ausente uma Justa Causa. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 05, n. 20, abr/jun 2005, Belo Horizonte. Ver também, sobre o tema: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa – Limites de Instauração*. Rio de Janeiro: Forense, 2014; e MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

²¹⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020 – comentários ao art. 17 da Lei – versão e-book.

²¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 150 e 151). Citado em: GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020 – comentários ao art. 17 da Lei – versão e-book.

²¹⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020 – comentários ao art. 17 da Lei – versão e-book. Neste ponto, também citam o seguinte entendimento jurisprudencial sobre o tema: “(...) Este juízo de admissibilidade amplíssimo e substancial da petição inicial em contraditório, destarte, estrema a ação de improbidade administrativa de qualquer outra ação que segue o rito comum, assemelhando-se ao que o Código de Processo Penal reserva, por exemplo, para o processo dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (CPP, arts. 516-517)” (STJ – REsp. 623.550-MT, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 20.04.2006 – DJ 15.05.2006)

²¹⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020 – comentários ao art. 17 da Lei – versão e-book. No ponto, citam também o seguinte estudo: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A Dimensão do Princípio do Contraditório no Processo Coletivo*. Dissertação de Mestrado PUC/SP, 2007 p. 250.

acusatória da improbidade, mas advertem que alteraram o referido entendimento recentemente, especialmente levando em conta os direitos fundamentais que incidem na espécie, conforme a seguinte argumentação, que merece ser integralmente trazida ao estudo, pelo seu didatismo e pela quantidade de questões suscitadas²¹⁸:

Podendo o Ministério Público, ou mesmo o Poder Público, utilizar de diversos expedientes para a colheita de elementos, como o Inquérito Civil, Sindicâncias, Procedimentos Administrativos ou mesmo a produção antecipada de provas, inviável assentir que uma grave demanda, como a Ação de Improbidade Administrativa, possa deixar margem de dúvida em termos de prosseguimento, em termos da plausibilidade do acolhimento do pedido veiculado em sua inicial. Se isso acontecer é porque falharam o Ministério Público, ou mesmo o Poder Público, na colheita dos elementos mínimos necessários e a saída não é sujeitar o réu a uma demanda duvidosa, mas sim que o trabalho inicial seja bem feito, talvez até mesmo reiniciado, sem qualquer concessão ao Direito Fundamental da Presunção de Inocência. (...)

Em arremate, havendo dúvida, significa que os elementos inicialmente colhidos são insuficientes, ausente assim a justa causa. O postulado do princípio in dubio prosocietate não pode: a-) afastar o direito fundamental à presunção de inocência; e b-) referendar uma atuação irregular ou insuficiente, para dizer o mínimo, do autor da Ação de Improbidade Administrativa. Na linha de precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp. nº 1.663.430-SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 04.12.2018 – DJe 11.12.2018) restam necessários os seguintes elementos para respaldar uma decisão que receba a inicial na Ação de Improbidade Administrativa, ou seja, indicando que presente a justa causa: “(a) da conduta típica amoldada a um dos artigos (9º ao 11) da LIA; (b) do elemento volitivo; (c) da concreta indicação da autoria do ato alegadamente ímprobo”. Deve assim ficar claro que ao nosso ver, ausente base constitucional a sustentar o in dubio prosocietate como elemento que justifique o recebimento da inicial da Ação de Improbidade Administrativa, quando inexistentes elementos suficientes, entendido aqui como um mínimo de provas. Na dúvida, o que deve prevalecer é o princípio do “in dubio pro reo”

Como se pode observar das posições doutrinárias que tratam do tema, existe uma posição consensual no sentido de que a justa causa consiste em elemento essencial para o recebimento da inicial acusatória e para o prosseguimento da ação judicial punitiva própria do regime jurídico da improbidade administrativa.

A seguir, serão examinados os entendimentos jurisprudenciais que abordam o tema.

2.4. A jurisprudência sobre a justa causa na improbidade administrativa

Neste ponto do estudo, será feito um estudo da jurisprudência que trata sobre a justa causa e sobre demais elementos correlatos a respeito do recebimento ou não da petição inicial acusatória no caso de ação por improbidade administrativa.

Como se trata de vastíssimo campo de investigação, e dada a infinidade de decisões sobre o tema nos tribunais pátrios, o recorte teórico observará os seguintes

²¹⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020 – comentários ao art. 17 da Lei – versão e-book.

parâmetros: (i) recorte temporal que abrangerá no máximo os últimos cinco anos, ressalvada a hipótese de menção de decisão mais antiga, caso essencial para o entendimento jurisprudencial em comento; e (ii) análise primordial apenas de julgados de tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

Ademais, como a Lei de Improbidade Administrativa foi modificada, de forma contundente, apenas no final de 2021, a jurisprudência selecionada tratará, em grande medida, do cenário anterior à Lei n. 14.230/2021 – mas, ainda assim, apresenta pertinência para o presente estudo, notadamente em razão das balizas teóricas que sustentam as referidas decisões, e cujas premissas, em uma primeira análise, permaneceriam válidas mesmo após a alteração legislativa acima referida.

2.4.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em busca textual pela expressão “justa causa improbidade administrativa” no campo próprio de busca jurisprudencial no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal²¹⁹, o resultado apresenta o retorno de apenas 20 (vinte) julgados – mas nenhum deles se apresenta útil para o presente estudo, eis que notadamente consistem em processos de natureza penal. Do mesmo modo, a expressão “improbidade administrativa” acompanhada da expressão “delibação” ou mesmo de “in dubio pro societate”, quando lançadas no referido campo de pesquisa, tampouco apresentam respostas pertinentes ao escopo deste trabalho.

Tais resultados se justificariam, por hipótese, pela própria competência residual da referida corte. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, como se sabe, detém a prerrogativa de ser o último intérprete – e também guardião – do texto constitucional, conforme dicção expressa do artigo 102 da Constituição Federal de 1988. Dentro de tal desenho institucional, a competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal se afigura severamente restrita – especialmente no âmbito cível – não lhe cabendo, ordinariamente, a análise factual dos casos, mas tão-somente as teses lançadas nos processos que lhe chegam a julgamento.

Portanto, a posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a justa causa na improbidade administrativa exige um estudo mais aprofundado de sua jurisprudência, para daí serem retiradas as conclusões pertinentes.

Colocadas essas premissas metodológicas iniciais, tem-se que o Supremo Tribunal Federal acolhe, de maneira reiterada, a exigência da justa causa como elemento

²¹⁹ Pesquisa realizada em 25/11/2021.

exigido para a persecução punitiva – ainda que não haja muitos julgados específicos sobre a improbidade administrativa, ainda assim se afigura válido reconhecer tais entendimentos, pois a *ratio decidendi* é também aplicável à justa causa na improbidade administrativa.

Dentro de uma visão de teoria geral do Direito Sancionador, extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o conceito da justa causa, consistente na junção de elementos (jurídicos e fáticos, por comprovação, e não mera suposição) que levariam a uma conclusão, desde logo, pela probabilidade de condenação.

Ademais, a persecução punitiva do Estado somente poderia prosseguir se constatada a presença indubitável de justa causa, que se traduz na presença de elementos sérios e idôneos (substrato probatório mínimo) para a continuidade da persecução punitiva do Estado – exige-se, portanto, a presença de elementos probatórios, e não uma mera acusação formalmente adequada.

A análise da justa causa, portanto, consiste em verdadeiro juízo sobre a probabilidade da condenação.

Nesse sentido, o seguinte julgado, cuja ementa merece ser citada, pelo didatismo da posição jurisprudencial (grifou-se):

EMENTA Inquérito. Corrupção passiva e lavagem de dinheiro (art. 317, § 1º, e art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, c/c os arts. 29 e 69 do CP). Denúncia. Parlamentares federais. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Vantagens indevidas. Supostos recebimentos na forma de doações eleitorais oficiais, por intermédio de empresas de fachada e também em espécie. Imputações calcadas em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente consistentes de corroboração. Fumus commissi delicti não demonstrado. Inexistência de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP) com relação aos parlamentares federais, com determinação de baixa dos autos ao primeiro grau quanto ao não detentor de prerrogativa de foro.

1. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria (Inq nº 3.719/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 29/10/14). 2. Na espécie, encontra-se ausente esse substrato probatório mínimo que autoriza a deflagração da ação penal. 3. Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade. 4. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 5. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*. 6. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 7. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas

declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 8. Como não há prova do conhecimento da suposta origem ilícita dos valores, não subsiste a imputação de corrupção passiva e fenece, por arrastamento, a de lavagem de capitais. 9. Não obstante, em sua contabilidade paralela, os colaboradores premiados tenham feito anotações pessoais que supostamente traduziriam pagamentos indevidos aos parlamentares federais, uma anotação unilateralmente feita em manuscrito particular não tem o condão de corroborar, por si só, o depoimento do colaborador, ainda que para fins de recebimento da denúncia. 10. Se o depoimento do colaborador necessita ser corroborado por fontes diversas de prova, evidente que uma anotação particular dele próprio emanada não pode servir, por si só, de instrumento de validação. 11. Denúncia rejeitada quanto aos parlamentares federais, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, com determinação de baixa dos autos ao primeiro grau para as providências que se reputarem pertinentes em relação ao denunciado sem prerrogativa de foro. (Inq 3994, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-065 DIVULG 05-04-2018 PUBLIC 06-04-2018)

Também se extrai o mesmo fundamento em outro julgado, em que a denúncia restou recusada por ausência de justa causa. No caso, se entendeu que a mera acusação formal se afigura insuficiente para a configuração da justa causa, sendo exigível, para tanto, um lastro probatório mínimo, consistente em um conjunto de evidências seguro e idôneo que fosse capaz de demonstrar a materialidade do crime e indícios razoáveis de autoria. Veja-se a ementa do julgado (grifou-se):

Ementa: INQUÉRITO. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA (ART. 332, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). INÉPCIA DA DENÚNCIA. DESCRIÇÃO SATISFATÓRIA DOS ATOS SUPOSTAMENTE ILÍCITOS. REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PREENCHIDOS. DESCRIÇÃO DE FATOS TÍPICOS E ANTIJURÍDICOS. PRELIMINAR REJEITADA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA EM RELAÇÃO À AUTORIDADE COM PRERROGATIVA DE FORO. INEXISTÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO, CONSISTENTE EM CONJUNTO DE EVIDÊNCIAS SEGURO E IDÔNEO CAPAZ DE DEMONSTRAR A MATERIALIDADE DO CRIME E INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA. DENÚNCIA REJEITADA EM RELAÇÃO AO DETENTOR DE FORO POR PRERROGATIVA, COM DETERMINAÇÃO DE BAIXA DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU EM RELAÇÃO AOS DEMAIS DENUNCIADOS. I – A denúncia descreve de forma suficiente e adequada a conduta ilícita supostamente praticada pelos denunciados, preenchendo, assim, os requisitos formais previstos no art. 41 do Código de Processo Penal. II – Os fatos descritos na peça acusatória são típicos e antijurídicos, amoldando-se, em tese, à figura penal capitulada no art. 332, caput, do Código Penal. III – A precariedade dos elementos existentes nos autos não induz, sequer, minimamente, a um juízo de probabilidade quanto à existência da materialidade delitiva relativa ao de tráfico de influência narrado na denúncia, em relação ao denunciado com prerrogativa de foro no Supremo Tribunal Federal. IV – Ausência de justa causa para deflagração da ação penal. Inexistência de lastro probatório mínimo, consistente em conjunto de evidências seguro e idôneo capaz de demonstrar a materialidade do crime e indícios razoáveis de autoria em face do Ministro do Tribunal de Contas da União, aptos a justificar a instauração de ação penal, com as graves consequências que isso acarreta para o acusado. V – Rejeitada a denúncia em relação ao acusado detentor de foro por prerrogativa de função, cessa a competência do Supremo Tribunal Federal para prosseguir na análise quanto aos demais denunciados. VI – Apenas de forma excepcional é que se admite a atração da

competência originária para inquérito e ações penais em face daqueles que não ostentam a prerrogativa de foro, quando se verificar que a separação do processo tem a potencialidade de inviabilizar o esclarecimento dos fatos ou o julgamento da causa. VII – Os fatos criminosos narrados na inicial não estão de tal forma imbricados a ponto de a cisão, por si só, implicar prejuízo ao esclarecimento dos fatos ou ao julgamento da causa. VIII – Denúncia rejeitada quanto ao Ministro do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal, com determinação de baixa dos autos ao primeiro grau de jurisdição para as providências que se reputarem pertinentes em relação aos demais denunciados. (Inq 4075, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 10/09/2019, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 09-03-2020 PUBLIC 10-03-2020)

O mesmo raciocínio se extrai também, dentre outros, dos seguintes julgados: Inq 3998, Relator(a): Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 18/12/2017, Acórdão Eletrônico DJe-045 Divulg 08-03-2018 Public09-03-2018; (Inq 2131, Relator(a): Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-154 Divulg 06-08-2012 Public07-08-2012.

Ademais, conforme já citado em tópico precedente deste estudo, voto extraído do Inquérito n. 3.711-DF, examinado pelo Supremo Tribunal Federal, também elenca o entendimento da corte sobre o conceito de justa causa²²⁰:

A justa causa, definida como o “suporte mínimo de prova, sem o qual a acusação careceria de admissibilidade”, é indispensável ao manejo da ação penal, pois o mero ajuizamento desta “já seria suficiente para atingir o estado de dignidade do acusado, de modo a provocar graves repercussões na órbita de seu patrimônio moral, partilhado socialmente com a comunidade em que desenvolve as suas atividades” (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116). O requisito da justa causa não é “pacificamente aceito como quarta condição da ação [, pois] alguns a integram ao interesse de agir, ou mesmo como requisito ao desenvolvimento do procedimento” (TAVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 5. ed. Salvador: Jus Podium, 2011. p. 149). Há consenso entre os doutrinadores de que “devem haver provas preliminares suficientes para a probabilidade de condenação efetiva. Esta seria o que boa parte dos processualistas penais denomina ‘justa causa’. Por esse ângulo, a tônica está sobre as ‘provas’, cuja finalidade é formar a convicção de probabilidade de condenação efetiva”. Se não houver “justa causa o juiz rejeitará a denúncia” (FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus. p. 223).

Assim, a pesquisa jurisprudencial aponta um conteúdo conceitual mínimo da justa causa conforme o entendimento sedimentado no Supremo Tribunal Federal, em que se exige, para a pretensão punitiva, um juízo de probabilidade de condenação, a ser realizado por meio da análise dos elementos probatórios concretos, que devem ser sérios

²²⁰ Inquérito nº 3.711-DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.04.2019, DJe 05.05.2019. Trecho do voto da ministra Cármen Lúcia, conforme inteiro teor do acórdão, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340024990&ext=.pdf>. Acesso em: 01/12/2021.

e idôneos – sob pena de impossibilidade da continuidade da persecução punitiva, por ausência de justa causa.

Ademais, quanto ao recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa, são relevantes também decisões do Supremo Tribunal Federal que determinaram o arquivamento e trancamento de investigações ou de processos judiciais de improbidade, em razão da ausência de justa causa – notadamente, as decisões proferidas na Reclamação n. 41.557 e no Inquérito n. 4.831 (decisão de 18/11/2021).

Na referida Reclamação n. 41.557, assim restou redigida a ementa, já com trânsito em julgado²²¹:

Reclamação constitucional. 2. Direito Administrativo Sancionador. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. 3. Possibilidade de se realizar, em sede de reclamação, um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos. Caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada e a decisão precedente. 4. Identidade entre os acervos fático-probatórios da ação de improbidade e da ação penal trancada pelo STF nos autos do HC 158.319/SP. 5. Negativa de autoria como razão determinante do trancamento do processo penal. Obstáculo ao reconhecimento da autoria na ação civil de improbidade. Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras. Vedação ao bis in idem. 6. Liminar confirmada. Reclamação procedente. Determinado o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo. Desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de bens. (Rcl 41557, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021)

Já na decisão proferida em 18/11/2021 no bojo do Inquérito n. 4.831²²², o ministro relator Alexandre de Moraes entendeu que, no pedido de compartilhamento de provas, não haveria tipicidade da conduta, daí resultando a ausência de justa causa – e, ato contínuo, determinou o imediato trancamento da investigação correlata, inclusive em relação a eventual ato de improbidade administrativa.

É oportuna a citação de parte da fundamentação da referida decisão, por se tratar de entendimento que aprofunda o tema, em sua integralidade²²³:

Em que pese sua natureza civil, o ato de improbidade administrativa exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções. Há, portanto, necessidade de apontar os fatos e imputações de cada um dos réus, mesmo que não se exija a mesma rigidez de tipicidade do campo do Direito Penal, pois não há responsabilidade objetiva que possibilite as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, devendo ser demonstrado o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo,

²²¹Rcl 41557, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, Processo Eletrônico Dje-045 Divulg 09-03-2021 Public 10-03-2021. Inteiro teor disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345865921&ext=.pdf>. Acesso em: 03/12/2021.

²²² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348770434&ext=.pdf>. Acesso em: 25/11/2021.

²²³ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348770434&ext=.pdf>. Acesso em: 25/11/2021.

e, excepcionalmente, em condutas do art. 10, o elemento normativo culpa (STJ, 1ª T., REsp 926.772/MA, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI; STJ, 2ª T., REsp 1.042.100/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES)

(...)

Porém, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa sempre exige a plena comprovação da responsabilidade subjetiva. A partir da edição da Lei 14.230/2021, essa diretriz encontra-se explicitamente positivada na LIA – em reforço a exigência do elemento subjetivo do tipo (DOLO) – cujos dispositivos passaram a exibir a seguinte redação:

(omissis)

Nesse sentido, ao analisar a necessidade da presença do elemento subjetivo (dolo) para a prática dos atos de improbidade administrativa, o Ministro LUIZ FUX, então no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ensinou que:

"a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobis condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador. Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a Responsabilidade objetiva ” (1ª TURMA – REsp 1.130.198/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 15/12/2010)

No mesmo sentido: RESP 604.151/RS, Min. TEORI ZAVASCKI, DJ de 8/6/2006; RESP 734.984/SP, 1ª T., Min. LUIZ FUX, DJ de 16/6/2008; RESP 875.425/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 11/2/2009; RESP 658.415/RS, 2ª T., Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 3/8/2006; RESP 626.034/RS, 2ª T., Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 5/6/2006; AgRg no RESP 479.812/SP, 2º T., Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 14/8/2007; 1ª T., AgRg no RESP 1.122.474/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 2/2/2011.

Essa premissa é importante por não permitir qualquer hipótese em que o Ministério Público ou qualquer outro dos co-legitimados, pretendendo o ressarcimento ao erário decorrente da prática de ato de improbidade, aponte genericamente condutas de agente público sem o necessário elemento subjetivo do tipo e sem qualquer indicação que mostrasse a intenção de praticar ato de corrupção, caracterizando a acusação tão somente responsabilidade objetiva do réu, por exercer determinado cargo ou função pública, pois, como ressaltado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, quando no SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

"não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade” (RESP 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI).

A análise da imputação deve sempre demonstrar a existência clara e flagrante do elemento subjetivo do tipo, não restando qualquer dúvida sobre a prática de ilegalidade qualificada pela má-fé, ou seja, pela intenção da prática de ato de corrupção; pois, nos termos dos arts. 5º, 6º, 10 e 12 da Lei 8.429/1992 – mesmo em sua versão original –, somente é possível responsabilizar os agentes públicos pela prática de ato de improbidade administrativa quando presente o elemento subjetivo do tipo, ou seja, quando estiver presente e comprovada nos autos a “ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente” (RESP 827.455/SP, Red. p/ acórdão Min. TEORI ZAVASCKI) por ser o elemento subjetivo “essencial à configuração da improbidade” (AgRg no RESP 1.122.474/PR, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA), “inexistindo a possibilidade da atribuição da Responsabilidade objetiva na esfera da Lei 8.429/92” (RESP 875.425/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA), por ser vedada “interpretação ampliativa”, que “poderá acoimar de ímprobis condutas meramente

irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público”, exigindo-se, portanto, a “má-intenção do administrador” (RESP 1.130.198/PR, Rel. Min. LUIZ FUX).

Em hipóteses nas quais a conduta imputada ao agente é realizada de maneira objetiva, sem comprovação de mera participação do agente público ou de terceiro, ou mesmo de parcela de sua responsabilidade - impedindo-se, dessa maneira, inclusive a possibilidade do exercício da ampla defesa - resultando patente a ausência do elemento subjetivo do tipo (dolo), não se poderá afirmar que a conduta do agente público foi direcionada para a corrupção, estará descaracterizado o ato de improbidade administrativa, e, conseqüentemente, a aplicação das sanções estabelecidas na Lei 8.429/1992, inclusive o ressarcimento ao erário.

Dessa maneira, sendo exigível a presença do elemento subjetivo (dolo) do agente público na prática da conduta ilegal, para que seja caracterizado o ato de improbidade administrativa, na presente hipótese não estão presentes os requisitos necessários para o compartilhamento solicitado pelo órgão do Ministério Público Federal nestes autos, uma vez que ausente qualquer justa causa para o início da investigação por ato de improbidade administrativa.

Destaque-se, ainda, que, como visto na referida decisão, o ministro relator fez expressa menção à Lei n. 14.230/2021, que, textualmente, passou a admitir tão-somente a modalidade dolosa para a configuração do ato de improbidade administrativa (art. 1º, §§1º e 2º c/c arts. 9º a 11, da Lei de Improbidade Administrativa, com redação pela Lei n. 14.230/2021).

Esse o contexto até então colhido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a justa causa e elementos que possibilitem as investigações e o ajuizamento de ações de persecução punitiva, o que é importante para o trabalho em questão, ainda que não versassem especificamente sobre improbidade administrativa.

2.4.2. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

De modo distinto do que se verificou na pesquisa de jurisprudência na base de dados do Supremo Tribunal Federal, o cenário presente no Superior Tribunal de Justiça se afigura mais propício para a pesquisa da justa causa na improbidade administrativa, de forma específica – isso em razão, por hipótese, de que a referida corte detém a incumbência constitucional de harmonizar a interpretação das leis federais, dentre as quais se encontra a Lei de Improbidade Administrativa.

Dessa forma, como já se esperava, a busca textual pela expressão “improbidade administrativa justa causa” retorna o resultado de 134 acórdãos, além de mais de duas mil decisões monocráticas²²⁴.

²²⁴ Pesquisa realizada em 26/11/2021.

Dada a realidade posta, a metodologia de análise dos referidos julgados irá ter, por recorte, apenas os julgamentos colegiados – de modo tal que, diante do escopo do presente trabalho, não serão analisadas as decisões monocráticas.

Serão privilegiados também os acórdãos mais recentes, inclusive todos aqueles do ano de 2021 encontrados na referida pesquisa, como forma de recorte metodológico que possa extrair a posição mais recente e eventualmente consolidada da corte.

Partindo-se, então, dos julgados mais recentes, vê-se que existe um entendimento aparentemente sedimentado, na referida corte, no sentido e que o recebimento da petição inicial acusatória da ação de improbidade administrativa deverá respeitar dois pilares: (i) a presença da justa causa; e (ii) o princípio do *in dubio pro societate*.

Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho do acórdão mais recente encontrado sobre o tema:

De acordo com o entendimento sedimentado nesta Corte, na fase de recebimento da inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, deve-se verificar a presença de indícios da prática de ato ímprobo, ou, fundamentadamente, as razões de sua não apresentação, à luz do princípio do in dubio pro societate, impondo-se, no caso, a confirmação da presença de justa causa para o prosseguimento da lide. (AgInt nos EDcl no REsp 1748442/PR, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2021, DJe 08/10/2021)

Embora se fale em justa causa, há uma prevalência aparente da aplicação do *in dubio pro societate*, no sentido de que meros indícios da ocorrência do ato enquadrável como ato de improbidade de administrativa e da participação do acusado seriam suficientes para o recebimento da inicial acusatória:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INDÍCIOS DE CONDUTA ÍMPROBA RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (...)4. "A jurisprudência desta Corte Superior é serena no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92, vigora o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público" (AgInt no AgInt no AREsp 1.501.406/SC, Relator Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 24.9.2020). No mesmo sentido: AgInt no AREsp 1.220.029/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28/8/2018; AgInt no AREsp 1.213.358/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 31.10.2018; REsp 1.770.305/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19.12.2019. (...) (AgInt no AREsp 1746172/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 01/07/2021)

Há casos, ainda, em que a corte não entra na análise dos fatos, nos termos de seu entendimento sumulado (Súmula n. 07 do STJ), mantendo a decisão que rejeitou a

inicial acusatória por ausência de lastro mínimo a justificar a justa causa (ver, por exemplo: REsp 1894881/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 23/03/2021, DJe 08/04/2021; e REsp 1899698/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 16/04/2021).

Em sentido contrário, reformando a decisão que havia reconhecido a ausência de justa causa: AgInt no REsp 1892447/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/02/2021, DJe 26/02/2021.

Com efeito, embora haja entendimentos do Superior Tribunal de Justiça sobre a exigência da justa causa²²⁵, há julgados em que prevalece naquela corte o brocardo do *in dubio pro societate* na aceitação da persecução acusatória²²⁶ – em aparente contrassenso.

Veja-se o seguinte julgado, a título ilustrativo, que esclarece a corrente que, aparentemente, entende pela aplicação, como regra, do *in dubio pro societate* no recebimento da inicial acusatória²²⁷ (grifou-se):

[a] jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que na fase de recebimento da petição inicial, deve-se realizar um juízo meramente de prelibação orientado pelo propósito de rechaçar acusações infundadas, notadamente em razão do peso que representa a mera condição de réu em ação de improbidade. Logo, a regra é o recebimento da inicial; a exceção a rejeição. A dúvida opera em benefício da sociedade (in dubio pro societate).

A referida posição pode ser sintetizada pela fundamentação final do julgado citado: “a regra é o recebimento da inicial; a exceção a rejeição. A dúvida opera em benefício da sociedade (*in dubio pro societate*)”.

No mesmo sentido, veja-se o seguinte entendimento colhido da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. JUSTA CAUSA. INDÍCIOS MÍNIMOS. EXISTÊNCIA NO CASO DOS AUTOS. 1. A rejeição liminar da petição inicial da ação de improbidade cabe somente para evitar o prosseguimento de lides temerárias ou pretensões condenatórias sem fundamento razoável, o que não é o caso, já que a morte de peixes adquiridos para o Aquário do Pantanal causou prejuízo de mais de cinco

²²⁵ STJ, AgInt no AREsp 1148753/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 09/12/2020. Ademais, ver também: STJ, REsp 1663430/AP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 11/12/2018.

²²⁶ Ver também: CRUZ, Maria Gabriela Freitas. *O in dubio pro societate nas ações de improbidade administrativa: presunção de inocência e dever de motivação das decisões judiciais à luz da LINDB*. Dissertação de Mestrado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. No estudo, a pesquisa se debruçou sobre farta coleta de dados estatísticos, a respeito do tema e considerando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

²²⁷ AgInt no AREsp 1717388/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03/05/2021, DJe 07/05/2021. No referido julgamento, faz-se referência a inúmeros outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça que estariam no mesmo sentido.

milhões de reais ao erário. 2. Persiste, portanto, como admissível o que a decisão de primeiro grau, conforme transcrição constante no acórdão recorrido, chamou de "contratação da supracitada empresa através de instrumento jurídico irregular (Chamada FUNDECT/IMASUL n. 021/2014, com a consequente firmação do "Termo de Outorga" de N. 143/2014)", já que os elementos fáticos constantes no voto condutor do acórdão recorrido levam à conclusão de que há indícios suficientes para recebimento da inicial. 3. Deve-se destacar que o recebimento da exordial é mero juízo de admissibilidade da ação para que se dê início à fase da instrução processual, fase essa em que serão apuradas, ou não, as veracidades dos fatos alegados pelo Parquet, bem como a conduta de cada réu. 4. A expressão "indícios suficientes", utilizada no art. 17, §6º, da Lei 8.429/92, diz o que diz, isto é, para que o juiz dê prosseguimento à ação de improbidade administrativa não se exige que, com a inicial, o autor junte "prova suficiente" à condenação, já que, do contrário, esvaziar-se-ia por completo a instrução judicial, transformada que seria em exercício dispensável de duplicação e (re)produção de prova já existente. 5. Prova indiciária é aquela que aponta a existência de elementos mínimos ? portanto, elementos de suspeita e não de certeza ? no sentido de que o demandado é partícipe, direto ou indireto, da improbidade administrativa investigada, subsídios fáticos e jurídicos esses que o retiram da categoria de terceiros alheios ao ato ilícito. 6. À luz do art. 17, § 6º, da Lei 8.429/92, o juiz só poderá rejeitar liminarmente a Ação Civil Pública proposta quando, no plano legal ou fático, a improbidade administrativa imputada, diante da prova indiciária juntada, for manifestamente infundada. 7. No caso em apreço, discute-se o recebimento ou não da petição inicial em relação ao recorrido, não se emitindo, ainda, valoração sobre a prática efetiva, pelo sujeito em questão, do ato de improbidade. 8. Em outras palavras, se há verossimilhança nas alegações do órgão autor e presença de indícios de atos ímprobos, com a devida narração da conduta imputada ao réu, a inicial da ação de improbidade não pode ser considerada inepta, devendo ser recebida. 9. Além disso, em recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa, prevalece o princípio *in dubio pro societate*. 10. De acordo com as informações constantes dos autos, percebe-se a configuração dos requisitos legais, previstos no art. 17, §6º, da Lei 8.429/92, para fins de recebimento da inicial da Ação de Improbidade Administrativa contra o agravado. 11. Sobre a alegada falta de impugnação da primeira decisão por mim proferida pelo Ministério Público estadual, não constato essa deficiência, pois o Parquet se insurgiu demonstrando haver indícios suficientes para recebimento da inicial da Ação de Improbidade Administrativa. 12. Como fixado na decisão agravada, não se vislumbrou necessidade de revolvimento fático-probatório e carência de prequestionamento para concluir pela existência de prova indiciária das improbidades relatadas na exordial, pois os elementos de fato e de direito para chegar a tal conclusão estão assentados no acórdão recorrido. 13. Agravo Interno não provido. (AgInt no AgInt no REsp 1732729/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2021, DJe 01/03/2021)

De todo modo, em uma visão mais próxima daquilo que se investiga no presente trabalho, vê-se uma tendência da corte em se reconhecer que a aplicação do brocardo *in dubio pro societate* encontra obstáculo na própria noção de justa causa, cuja presença se torna exigível incondicionalmente – assim, a exigência de justa causa não pode ser sobreposta pela mera invocação do princípio do *in dubio pro societate*. Cita-se a posição que esclarece, de forma didática, este raciocínio (grifou-se):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário

desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - O tribunal de origem, após minucioso exame dos elementos fáticos e probatórios contidos nos autos, consignou não existir justa causa para o recebimento da ação, porquanto ausentes indícios do cometimento de atos ímprobos. Rever tal conclusão, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 07 desta Corte. Precedentes. III - Não se desconhece a orientação desta Corte segundo a qual, na fase de recebimento da inicial da ação civil pública de improbidade administrativa, é suficiente a demonstração de indícios da prática do ilícito, ou, fundamentadamente, as razões de sua não apresentação, em homenagem ao princípio do in dubio pro societate. Todavia, tal entendimento encontra limite na análise da justa causa para a ação de improbidade administrativa, sendo de rigor a rejeição da exordial quando não evidenciados, ao menos, indícios suficientes da prática de conduta ímproba.(...) (AgInt no AgInt no REsp 1660310/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2021, DJe 05/03/2021)

No mesmo sentido, também recente decisão, que inclusive foi selecionada pela corte para compor informativo de jurisprudência – o referido julgado esclareceu que o brocardo *in dubio pro societate* não tem o condão de, por si só, fundamentar o recebimento da inicial acusatória de improbidade administrativa²²⁸:

Em face dos princípios a que está submetida a administração pública (art. 37 da CF/1988) e a sua supremacia, sendo seus representantes os agentes públicos passíveis de serem alcançados pela lei de improbidade, o legislador quis impedir o ajuizamento de ações temerárias, evitando, com isso, além de eventuais perseguições políticas e o descrédito social de atos ou decisões político-administrativos legítimos, a punição de administradores ou de agentes públicos inexperientes, inábeis ou que fizeram uma má opção política na gerência da coisa pública ou na prática de atos administrativos, sem má-fé ou intenção de lesar o erário ou de enriquecimento.

Não se pode ignorar, porém, que, na fase preliminar, o magistrado atua em cognição sumária, não se aprofundando no exame de mérito da pretensão sancionatória, de sorte que, se os indícios apresentados forem suficientes à instauração de dúvida quanto à existência da prática de ato ímprobo, a inicial deve ser recebida, à luz do princípio in dubio pro societate.

Nesse contexto, o § 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 estabelece que, "recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da impropriedade da ação ou da inadequação da via eleita".

A decisão de recebimento da petição inicial, incluída a hipótese de rejeição, deve ser adequada e especificamente motivada pelo magistrado, com base na análise dos elementos indiciários apresentados, em cotejo com a causa de pedir delineada pelo Ministério Público. Essa postura é inclusive reforçada, atualmente, pelos arts. 489, § 3º, e 927 do CPC/2015.

Nessa linha, convém anotar que a decisão de recebimento da inicial da ação de improbidade não pode limitar-se à invocação do in dubio pro societate, devendo, antes, ao menos, tecer comentários sobre os elementos indiciários e a causa de pedir, ao mesmo tempo que, para a rejeição, deve bem delinear a situação fático-probatória que lastreia os motivos de convicção externados pelo órgão judicial.

²²⁸REsp 1.570.000-RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acđ. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, por maioria, julgado em 28/09/2021 – disponível no informativo n. 0711 do Superior Tribunal de Justiça, datado de 04/10/2021.

Importante o destaque também de voto vencido no então ministro Napoleão Nunes Maia Filho no AgInt no REsp 1591139/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 03/12/2020, DJe 18/12/2020, em que se consignou que:

É nula a decisão que defere o processamento de ação de improbidade administrativa sem a necessária fundamentação. Isso porque as Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa, por possuírem o peculiar caráter sancionador estatal, assemelham-se às ações penais e exigem, dessa maneira, um quarto elemento para o preenchimento das condições da ação - e consequente viabilidade da pretensão do autor: a justa causa, correspondente a um lastro mínimo de provas que comprovem a prática da conduta ímproba (materialidade) e indícios de autoria do imputado. Ademais, o art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992 permite que o Juiz estanque, de ofício, o curso da lide de improbidade, isso já no pórtico da iniciativa do autor, logo após aquele contraditório preliminar, breve e sumário, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Segue também acórdão relatado pelo mesmo magistrado, em sentido análogo:

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. ACP PROMOVIDA PELO MPF COM SUPORTE EM ALEGADOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA TIPIFICADOS NO ART. 9, I E VII (PROVEITO PESSOAL ILÍCITO), E 11 (OFENSA A PRINCÍPIOS REITORES ADMINISTRATIVOS) DA LEI 8.429/1992. SUPOSTA CONDUTA ÍMPROBA PRATICADA POR AGENTES PÚBLICOS, PARTICULARES E EMPRESAS, QUE TERIAM ATUADO PARA AMPLIAR AS MARGENS CONSIGNADAS DE SERVIDORES PÚBLICOS, O QUE INSUFLARIA AS CONTRATAÇÕES DE EMPRÉSTIMOS BANCÁRIOS, RAZÃO PELA QUAL MERECERIAM AS REPRIMENDAS DA LEI 8.429/1992. PRETENSÃO DO RECORRENTE DE QUE A AÇÃO SEJA EXTIRPADA EM SEU PÓRTICO. CONTUDO, AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEIXARAM EXPRESSAMENTE REGISTRADO QUE A CAUSA POSSUI ELEMENTOS INDICIÁRIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 17, § 8º. DA LEI 8.429/1992. AGRAVO INTERNO DO IMPLICADO DESPROVIDO. 1. A Lei 8.429/1992 deixou de delimitar o ato ímprobo, o que pode realmente levar a Administração a punir indiscriminadamente os atos apenas ilegais praticados por Agentes Públicos como se improbidade fossem, alterando a essência da lei. Sobressai a importância do julgador em aferir a justa causa das ações de improbidade administrativa. 2. Efetivamente, as Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa, por possuírem o peculiar caráter sancionador estatal, assemelham-se às ações penais e exigem, dessa maneira, um quarto elemento para o preenchimento das condições da ação - e consequente viabilidade da pretensão do autor: a justa causa, correspondente a um lastro mínimo de provas que comprovem materialidade e indícios de autoria do recorrente. 3. No caso, as Instâncias Ordinárias deixaram registrado que a causa deveria ter normal prosseguimento após ter sido recebida a petição inicial, ao afirmarem a existência de indícios de conduta ímproba, entendendo, para tanto, que não se está afirmando que houve a prática da conduta ímproba, mas que há indícios dela, pois foram apurados pelo Ministério Público Federal vários aspectos de irregularidades no procedimento de emissão das margens consignadas, os quais inclusive foram objeto de sindicância do Senado Federal (fls. 2.869). 4. Agravo Interno do Implicado desprovido. (AgInt no AREsp 1148753/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 09/12/2020)

Sobre a imprescindibilidade da justa causa no recebimento da inicial acusatória em ações de improbidade administrativa, também se colhe interessante trecho da jurisprudência da corte:

A imprescindibilidade da comprovação da justa causa nas ações de improbidade decorre da possível utilização temerária do direito de agir, razão pela qual, conforme sustenta o Professor MAURO ROBERTO GOMES DE MATOS, sem provas ou elementos de convicção para o julgador, a lide deve ser rejeitada (O Limite da Improbidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 552). (AgInt no AREsp 825.714/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 27/11/2019)

Finalmente, também ao julgar recurso sobre ato de improbidade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça chegou a fixar os requisitos objetivos para o exame da justa causa²²⁹.

No julgado em questão, estabeleceu-se o entendimento de que a justa causa somente estará presente se a inicial (a) descrever adequadamente a ação ou omissão capaz de configurar a improbidade administrativa; (b) vier respaldada por indícios suficientes de autoria e materialidade, salvo justificativa idônea (art. 16, § 6º, da Lei n. 8.429/1992).

Ainda, se concluiu que somente após preenchidos os referidos requisitos será possível falar-se em presença da justa causa para o recebimento da ação de improbidade administrativa, “que só se processa quando há viabilidade condenatória”.

É oportuna a citação da ementa correspondente, tendo em vista a relevância para a fixação de parâmetros para a justa causa na ação de improbidade administrativa (grifou-se):

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FASE PRELIMINAR. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. 1. Hipótese em que a inicial imputa ao réu a prática de ato de improbidade administrativa por haver, na condição de Governador, assinado acordo de pagamento parcelado de débitos do estado, que foi seguido pelo inadimplemento de uma de suas parcelas. 2. A ação de improbidade deve ser rejeitada após a defesa preliminar quando inexistir ato de improbidade administrativa, de manifesta improcedência da ação ou de inadequação da via, nos termos do § 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992. 3. Para que se processe a ação de improbidade administrativa é preciso que a inicial: (a) descreva adequadamente a ação/omissão capaz de configurar a improbidade administrativa; (b) venha respaldada por indícios suficientes de autoria e materialidade ou acompanhada de razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação, neste momento processual, de qualquer dessas provas (art. 16, § 6º, da Lei n. 8.429/1992). Só assim estará presente a justa causa para o recebimento da ação de improbidade administrativa, que só se processa quando há viabilidade condenatória. 4. No caso dos autos, as imputações ao recorrido deram-se de forma abstrata, não se evidenciando a justa causa para o recebimento da ação de improbidade. 5. Recurso especial provido para, desde logo, rejeitar a ação de improbidade. (REsp 1663430/AP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 11/12/2018)

²²⁹REsp 1663430/AP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 11/12/2018.

Apurado o cenário mais recente da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vê-se, portanto, existir aparentemente decisões conflitantes sobre a prevalência da exigência rigorosa e metodológica da justa causa ou se seria o bastante, para receber a inicial acusatória, a mera verificação de dúvida que, por si só, admitiria o recebimento da inicial – com a invocação do brocardo *in dubio pro societate*.

A proposta de solução acadêmica para a referida celeuma será analisada no tópico subsequente.

2.5. O aparente paradoxo entre a noção do *in dubio pro societate* e a exigência de justa causa

Nesta fase do estudo, haverá uma reflexão sobre a concepção do *in dubio pro societate*, que, como visto no tópico anterior, muitas vezes prevalece no recebimento e na conclusão indiciária do ato ímprobo²³⁰.

Indaga-se se tal noção esbarraria nos conceitos de regulação responsiva, bem como na própria exigência da justa causa para o início da persecução investigatória e punitiva relacionada aos atos de improbidade administrativa, em seu regime jurídico-constitucional.

Como já destacado acima, embora haja entendimentos do Superior Tribunal de Justiça sobre a exigência da justa causa²³¹, tem prevalecido naquela corte o brocardo do *in dubio pro societate* na aceitação da persecução acusatória²³² – em aparente contrassenso.

Cita-se novamente o julgado emblemático acima citado, que inclusive faz alusão a diversos outros precedentes daquela corte para concluir que²³³:

[a] jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que na fase de recebimento da petição inicial, deve-se realizar um juízo meramente de prelibação orientado pelo propósito de rechaçar acusações infundadas, notadamente em razão do peso que representa a mera condição de réu em ação de improbidade. Logo, a regra é

²³⁰ Ver, por exemplo, a ementa do seguinte julgado: AgInt no AREsp 1717388/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03/05/2021, DJe 07/05/2021, em que se concluiu que se faz necessária a realização da instrução na ação de improbidade, “sob pena, inclusive, de cercear o *jus accusationis* do Estado”.

²³¹ Em acréscimo, citam-se também os seguintes julgados: STJ, AgInt no AREsp 1148753/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 01/12/2020, DJe 09/12/2020; e STJ, REsp 1663430/AP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 04/12/2018, DJe 11/12/2018.

²³² Interessante pesquisa, inclusive com farta coleta de dados estatísticos, a respeito do tema – e que leva em conta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – pode ser vista em: CRUZ, Maria Gabriela Freitas. *O in dubio pro societate nas ações de improbidade administrativa: presunção de inocência e dever de motivação das decisões judiciais à luz da LINDB*. Dissertação de Mestrado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. O trabalho também explicita o contexto em que o *in dubio pro societate* passou a ser adotado pela jurisprudência nacional, trazendo uma visão crítica sobre a referida adoção, especialmente quando em cotejo com o dever de fundamentação da decisão judicial, além de outras garantias fundamentais.

²³³ AgInt no AREsp 1717388/CE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 03/05/2021, DJe 07/05/2021.

o recebimento da inicial; a exceção a rejeição. A dívida opera em benefício da sociedade (in dubio pro societate).

Registre-se, ademais, que tal posição também se reflete em cortes recursais ordinárias. No estudo de Maria Gabriela Freitas Cruz, ao analisar estatisticamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, chegou-se à conclusão de que²³⁴:

Os julgadores, na maioria das vezes, receberam as ações de improbidade com base no in dubio pro societate, sem uma análise das consequências da decisão, olvidando-se que o simples fato de responder a um processo de improbidade já causa impactos negativos à imagem do sujeito e que as sanções para improbidade, por vezes, são tão ou mais graves do que as penas previstas para os crimes equivalentes. Destaque-se que, dos 75 (setenta e cinco) julgados analisados no TJMG, apenas 13% analisou a justa causa. No STJ, dos 47 (quarenta e sete) acórdãos analisados, esse percentual foi de apenas 19%. Confirmando também a tendência punitivista criticada no presente trabalho, observou-se que a rejeição das ações de improbidade pelo TJMG ocorreu em apenas 5% dos acórdãos analisados. Além disso, em mais da metade dos processos em que já foi prolatada sentença, houve julgamento de improcedência da ação de improbidade. No STJ, a rejeição ocorreu em apenas 4 (quatro) casos, representando 9% da base de dados analisadas. Além disso, observou-se que, comumente, a Súmula 7 foi utilizada para não enfrentar o recurso especial proposto pelos réus, sendo afastada em casos em que o STJ buscava reformar a decisão de rejeição proferida pelo Tribunal de origem.

Há, portanto, um aparente descompasso entre o quantitativo de rejeições de ações de improbidade administrativa quando em cotejo com o quantitativo de improcedências (que deveriam ter uma relação estatística mais aproximada), o que se soma ao baixo número de decisões que efetivamente analisam a justa causa nesta fase procedimental - meramente invocando a aplicação do brocardo do *in dubio pro societate*.

É digno de destaque, de todo modo, que as novas mudanças legislativas realizadas no corpo da Lei de Improbidade Administrativa pela Lei n. 14.230/2021 criaram um novo regime jurídico para o recebimento da inicial acusatória, como visto acima, de forma aprofundada.

Portanto, é natural que a nova lei possa vir a produzir, ao longo do tempo, uma mudança jurisprudencial a respeito da prevalência do *in dubio pro societate* no recebimento da inicial acusatória das ações de improbidade administrativa.

Contudo, até então, é de se ter como objeto de estudo a orientação jurisprudencial ainda vigente.

²³⁴ CRUZ, Maria Gabriela Freitas. *O in dubio pro societate nas ações de improbidade administrativa: presunção de inocência e dever de motivação das decisões judiciais à luz da LINDB*. Dissertação de Mestrado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, p. 154.

Diante de tal cenário, e tendo em vista as considerações já lançadas nos tópicos precedentes deste estudo, é de se concluir que a mera invocação do brocardo *in dubio pro societate* não se afigura em fundamento suficiente para a constatação da justa causa para o prosseguimento da persecução punitiva própria da improbidade administrativa.

No mesmo sentido, destaca-se obra, já citada anteriormente, que, em mudança de entendimento, passou a entender pela ausência de base constitucional que pudesse dar sustentação à aplicação do *in dubio pro societate* no exame da inicial da ação de improbidade administrativa quando inexistentes elementos suficientes, entendidos como um mínimo de provas a justificar a persecução punitiva²³⁵:

Com efeito, a exigência da justa causa decorre propriamente do regime de garantias fundamentais que informam o Direito Sancionador do Estado, razão pela qual se afigura em garantia até mesmo da jurisdição, que deve impossibilitar o prosseguimento de lides temerárias ou mesmo apenas formalmente adequadas.

E, tratando-se de questão de índole constitucional, deverá prevalecer, neste ponto, a posição do Supremo Tribunal Federal, que aponta que a justa causa impede até mesmo a continuidade da investigação sobre suposto ato de improbidade administrativa²³⁶.

Dessa maneira, o presente estudo entende que o brocardo *in dubio pro societate* poderia ser utilizado, no recebimento da inicial acusatória da improbidade administrativa, apenas como forma de reforçar a presença de justa causa, e não para afastar a sua efetiva análise e fundamentação.

Assim, a dúvida a que se refere o brocardo diz respeito apenas ao espaço de dúvida permitido pela noção de justa causa – como visto, a análise da justa causa exige a presença de uma probabilidade de efetiva condenação, pelos elementos jurídicos e fáticos juntados com a inicial acusatória, mas, como se percebe, ainda assim haverá um espaço de dúvida a ser preenchido com a finalização da instrução processual dentro do devido processo legal a ser realizado durante o trâmite do feito.

Portanto, a única leitura possível, diante do cenário constitucional que informa o regime do Direito Administrativo Sancionador, parece ser aquela que permite a utilização do brocardo apenas como reforço retórico do espaço de dúvida já admitido pela noção da justa causa.

²³⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020 – comentários ao art. 17 da Lei – versão e-book.

²³⁶ Decisão proferida em 18/11/2021 no bojo do Inquérito n. 4.831. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348770434&ext=.pdf>. Acesso em: 25/11/2021.

Em outras palavras, não poderia o brocardo *in dubio pro societate* funcionar como uma frase dissociada dos elementos dos autos e que levasse a uma presunção de recebimento da inicial que apenas formalmente trouxesse uma acusação por ato de improbidade – sob pena de total desvirtuamento da exigência da justa causa.

No mesmo sentido, Flávio da Silva Andrade aponta que a máxima do *in dubio pro societate*, além de não ter previsão no ordenamento jurídico, também representa uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência²³⁷. Esta também é a posição de Maria Gabriela Freitas Cruz, em trabalho que analisou o instituto de modo específico em relação à ação de improbidade administrativa²³⁸.

Do ponto de vista jurisprudencial, a posição mais garantista também parece ser aquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal, como visto acima²³⁹.

Ademais, a interpretação aqui defendida também se amolda aos novos ditames normativos exigidos pela Lei n. 14.230/2021, ao inovar no regime jurídico da improbidade administrativa, que expressamente determinou a aplicação dos princípios do direito administrativo sancionador (art. 1º, §4º, na nova redação), melhor delimitou os tipos punitivos, previu que a ação detém natureza repressiva, de caráter sancionatório (art. 17-D, “caput”, incluído pela nova lei), além de ter delineado de forma expressa os requisitos da petição inicial (art. 17, §6º, na nova redação).

No mesmo sentido do aqui defendido, é oportuno renovar a referência a relevante julgado sobre o tema, citado no tópico anterior, em que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a invocação do brocardo *in dubio pro societate* não pode ser utilizada como único fundamento para o recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa²⁴⁰.

De todo modo, o presente trabalho defende que a inicial acusatória somente deverá ser recebida caso verificada, em concreto, a justa causa – o que deve ser

²³⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no Processo Penal: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil*. Tese de doutorado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, p. 171.

²³⁸ CRUZ, Maria Gabriela Freitas. *O in dubio pro societate nas ações de improbidade administrativa: presunção de inocência e dever de motivação das decisões judiciais à luz da LINDB*. Dissertação de Mestrado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.

²³⁹ Decisão proferida em 18/11/2021 no bojo do Inquérito n. 4.831. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348770434&ext=.pdf>. Acesso em: 25/11/2021. Ver também: Rcl 41557, Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, Processo Eletrônico Dje-045 Divulg 09-03-2021 Public 10-03-2021. Inteiro teor disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345865921&ext=.pdf>. Acesso em: 03/12/2021.

²⁴⁰ REsp 1.570.000-RN, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. Acđ. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, por maioria, julgado em 28/09/2021 – disponível no informativo n. 0711 do Superior Tribunal de Justiça, datado de 04/10/2021.

realizado, por certo, de forma fundamentada e atentando-se aos elementos concretos do feito²⁴¹.

E, como já sedimentado acima, a justa causa admite um espaço de dúvidas próprio do procedimento punitivo – eis que, embora se exija uma probabilidade de efetiva condenação, trata-se de mera probabilidade, e não de juízo de certeza (este somente será levado a cabo após realizada a cognição exauriente da instrução).

Assim, é certo que após a instrução o acusado poderá ser absolvido, sem que se possa falar em irregularidade do procedimento punitivo.

Portanto, nesta linha de argumentação, tem-se que a mera alusão ao brocardo *in dubio pro societate* seria inócua, mesmo se utilizada como elemento adicional da fundamentação, pois seu sentido já se encontra protegido pelo espaço de dúvida admitido pela própria conceituação da justa causa²⁴².

Com efeito, “caso contrário, se houvesse a prevalência irrestrita do princípio do *in dubio pro societate*, não haveria razão de existir a rigorosa etapa de admissibilidade da petição inicial”²⁴³.

Por fim, a noção de regulação responsiva, acima examinada, também oferece elementos que sugerem pela não aplicabilidade do princípio do *in dubio pro societate* como elemento prevalecente de fundamentação da admissibilidade da inicial acusatória.

Como se viu no tópico próprio, o estudo de regulação responsiva concluiu que o ser humano tende a reagir negativamente diante de modelos em que a punição seja a primeira e principal resposta.

Na hipótese de um modelo que coloca a punição como primordial²⁴⁴, seria próprio da psicologia humana um resultado em que a pessoa investigada, que esteja de boa-fé, passe a resistir e abandonar a auto-regulação baseada na própria ética²⁴⁵.

Tal afirmação não implica dizer que a sanção seria algo descartável, mas, sim, que deverá ser usada somente em casos mais graves, após infrutíferas as etapas de

²⁴¹ No mesmo sentido: MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017, p. 84; e TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 98.

²⁴² No mesmo sentido: MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 167/168.

²⁴³ OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 324.

²⁴⁴ Aqui entendida a própria condição de réu em uma ação de improbidade como uma sanção por si só.

²⁴⁵ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 25.

persuasão e de aplicação de penas menos severas²⁴⁶ - adverte-se, no entanto, que a punição de sujeitos que insistem em não se adequar aos comandos normativos funciona inclusive como um incentivo para aqueles que são majoritariamente cooperativos²⁴⁷.

De tal forma, o rigor na admissibilidade da inicial acusatória, com um exame fundamentado da justa causa, parece atender melhor aos anseios da Administração, pois permite, ao mesmo tempo, evitar punições exageradas para condutas meramente irregulares que poderiam ser solucionadas por outras searas; e também permite que no Judiciário tramitem apenas ações com razoável gravidade, o que possibilita que o caso seja analisado e decidido com a cautela e instrução adequadas, ao tempo em que os casos graves terão uma resposta efetiva e célere, uma vez que serão certamente em menor número do que o atual enorme acervo de processos relativos à Lei de Improbidade Administrativa²⁴⁸.

Portanto, entende-se que a aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, por não ter valor se aplicado como único fundamento, apenas reforça o espaço de dúvidas já permitido pela noção da justa causa – e, portanto, não deteria, aparentemente, força argumentativa suficiente para a fundamentação exigida no recebimento da inicial acusatória.

2.6. O conceito de justa causa na improbidade administrativa adotado pelo presente trabalho

Em linhas gerais, a justa causa, relacionada à fase judicial da ação de improbidade administrativa, pode ser conceituada como um filtro legalmente previsto para o exame sobre a admissibilidade da ação judicial destinada à persecução sancionatória da improbidade administrativa.

Trata-se, portanto, de um juízo prévio, consistente na análise sobre a viabilidade concreta (e não meramente provável) da pretensão acusatória²⁴⁹ – de modo a se impedir que sejam ajuizadas ações punitivas desprovidas de fundamento²⁵⁰.

²⁴⁶ AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 26.

²⁴⁷ Em um estudo empírico indicado pelos autores, se chegou à conclusão de que 20% das firmas reguladas irão cumprir a lei incondicionalmente; 5% irão se furtrar a seu cumprimento incondicionalmente; e os outros 75% tendem a cumprir a lei, mas somente se a punição àqueles 5% for efetiva (AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992, p. 26).

²⁴⁸ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 27.

²⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 150 e 151, citado em: GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, comentário ao art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, tal noção dialoga também com o conceito já bastante difundido da justa causa no Direito Processual Penal, de modo que se passa a exigir um cotejo sobre as provas já trazidas com a inicial²⁵¹, com a finalidade de formar a convicção sobre a probabilidade de condenação efetiva²⁵². Nesse ponto de análise da inicial acusatória, será verificada a presença de elementos subjetivos, bem como também dos elementos objetivos que informam a conduta proibida²⁵³, aí também inseridos os elementos da má-fé²⁵⁴ e desonestidade do agente.

A Lei de Improbidade Administrativa vigente, conforme redação da pela Lei n. 14.230/2021, elencou de forma expressa os requisitos da petição inicial (art. 17, §6º, na nova redação), conforme se segue:

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (Redação dada pela Lei n° 14.230, de 2021)

(...)

§ 6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei n° 14.230, de 2021)

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (Incluído pela Lei n° 14.230, de 2021)

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei n° 14.230, de 2021)

(...)

§ 6º-B A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado. (Incluído pela Lei n° 14.230, de 2021)

§ 7º Se a petição inicial estiver em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a citação dos requeridos para que a contestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, iniciado o prazo na forma do art. 231 da Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Redação dada pela Lei n° 14.230, de 2021)

(...)

§ 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei. (Incluído pela Lei n° 14.230, de 2021)

²⁵⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, comentário ao art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa.

²⁵¹ O art. 17, §6º, da Lei de Improbidade Administrativa, como regra, exige a instrução da petição inicial com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade, salvo impossibilidade comprovada de obtenção dos documentos necessários.

²⁵² FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis*. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus. p. 223. Citado em: STF, Inquérito n° 3.711-DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.04.2019, DJe 05.05.2019 – trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia.

²⁵³ DORNA, Mário Henrique de Barros. O juízo preliminar da lei de improbidade administrativa. *Revista de Processo*. Vol. 300/2020, p. 251-266. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais.

²⁵⁴ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 270.

Assim, a justa causa, observando também os parâmetros legalmente dispostos, exige, como regra, a individualização das condutas de modo condizente com os elementos probatórios mínimos – “documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado”, salvo se houver comprovada impossibilidade da apresentação dos referidos elementos concretos.

A instrução da petição inicial deve ser suficiente inclusive para a comprovação, na cognição própria desta fase, a respeito do tipo subjetivo – consistente na conduta dolosa, realizada com o intuito de atingir o fim ilícito de um dos tipos de improbidade administrativa, além de ter também por fim a obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem (art. 17, §6º, II c/c art. 1º, §1º c/c art. 11, §1º, todos da Lei de Improbidade Administrativa, na nova redação).

Dessa forma, a petição inicial deve narrar os fatos e trazer as provas próprias deste momento processual – devendo também indicar uma única e específica tipificação (em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório), além de explicitar todos os elementos objetivos e subjetivos que dêem suporte à imputação do ato de improbidade administrativa – sob pena de verificar-se a ausência da justa causa.

Conforme aponta Fernando Capez, a configuração jurídica da improbidade administrativa pressupõe a análise minudente de diversos critérios – tipicidade (formal e material), ilicitude e culpabilidade, sem os quais não há a possibilidade de falar-se em ato ímprobo, veja-se²⁵⁵:

Dessa feita, temos na primeira etapa da verificação do ato de improbidade a aferição de sua tipicidade. Para tanto, é necessário: que o fato esteja previsto em lei (tipicidade formal), que tenha conteúdo material de ato de improbidade (imputação objetiva do fato à norma) e haja sido praticado com dolo ou culpa (imputação subjetiva). Em seguida, verifica-se a ilicitude do ato de improbidade, com a análise de eventuais causas excludentes (exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade). Finalmente, apura-se a culpabilidade do agente, pois sua responsabilidade pode ter sido excluída por alguma causa (inexigibilidade de conduta diversa e ausência de potencial consciência da ilicitude em face do erro de proibição inevitável)

Todos os referidos elementos devem compor a acusação inicial, pois se mostram essenciais para a imputação do ato ímprobo ao acusado – e, sem que haja a completude dos elementos, não haveria probabilidade de condenação, resultando na ausência de justa causa.

²⁵⁵ CAPEZ, Fernando. *Teoria da imputação objetiva nos atos de improbidade administrativa*. 2008. 382 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 343/343.

A partir da análise da justa causa, portanto, será verificada a presença ou não da efetiva probabilidade de condenação, bem como será examinada a viabilidade do prosseguimento da ação, a partir da narrativa e das provas já juntadas com a inicial – sendo, portanto, de especial interesse para que a atividade sancionatória estatal esteja voltada a critérios de proporcionalidade, bem como esteja atenta às conseqüências e finalidades próprias do regime punitivo.

Dessa forma, entende-se que o elemento da justa causa se constitui em um relevante filtro jurídico para que a resposta punitiva não seja a primeira e primordial providência a ser tomada pelo poder punitivo estatal.

Nesse sentido, tem-se que outras modalidades de ilegalidades ou irregularidades, desprovidas de má-fé, devem ser reprimidas pelas vias próprias, menos gravosas – como, por exemplo, recomendações, controles internos, processos administrativos disciplinares a cargo do órgão competente, mandados de segurança ou ações ordinárias que visem a corrigir alguma atuação do agente ou do órgão público²⁵⁶.

Esta noção dialoga, fortemente, com a concepção da pirâmide hierarquizada das sanções, no modelo *tit-for-tat* da regulação responsiva: para o agente cooperativo, honesto, bem intencionado, uma punição muito gravosa não satisfaz o interesse da coletividade globalmente considerado, como visto acima, ao passo que o Estado deve ter um variado cardápio de sanções e procedimentos, adequados à gravidade das condutas, de modo que sua função sancionatória possua legitimidade política e social na sociedade em que inserida²⁵⁷.

Dentro de tal formatação, e levando a sério a noção do instituto da justa causa, a improbidade administrativa deixa de lado o perigo da vulgarização, e da implosão da boa-vontade dos sujeitos de boa-fé, e poderá usar todo o seu arsenal de punições gravosas para situações efetivamente graves, não cooperativas e eivadas de má-fé.

Nas próximas etapas, o presente estudo passará a se debruçar sobre os parâmetros objetivos e subjetivos a serem considerados por ocasião da análise da justa causa da ação de improbidade administrativa.

²⁵⁶ Ver, por exemplo, o art. 17 do Decreto n. 9.830 de 2019, que regulamenta, no âmbito federal, o disposto nos art. 20 ao art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

²⁵⁷ Sobre o tema, recomenda-se a abordagem sobre a *big stick syndrome*, conceito desenvolvido por Christopher Hood e tratado em: SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, p. 125.

CAPÍTULO 3 – Parâmetros objetivos da justa causa na improbidade administrativa

Como já sedimentado neste estudo, a configuração jurídica da improbidade administrativa pressupõe a análise aprofundada de diversos critérios – tipicidade (formal e material), ilicitude e culpabilidade, sem os quais não há a possibilidade de falar-se em ato ímprobo²⁵⁸.

Com efeito, diversas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, se interpretadas literalmente, chegariam ao ponto de resultar na confusão entre os conceitos de ilegalidade e de ato de improbidade administrativa – o que levaria ao extremo, por exemplo, de que todo mandado de segurança julgado procedente pudesse gerar uma investigação e eventual condenação por ato de improbidade administrativa²⁵⁹.

Por essa razão, e evitando-se desproporcionalidade na aplicação da lei de regência, a evolução do instituto já exigia dois tipos de filtros jurídicos para que se chegasse a uma adequada imputação do ato de improbidade administrativa: (i) critérios objetivos, ligados à tipicidade formal e material; e (ii) critérios subjetivos, ligados à exigência de uma conduta dolosa ou culposa do agente²⁶⁰.

Esta visão pode ser sintetizada por entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, de forma sedimentada, entende que a improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo²⁶¹ – o que exige, de forma conjunta, a adequação típica da conduta e também a exigência do elemento subjetivo.

Embora o elemento subjetivo seja ele próprio um componente do tipo (tipo subjetivo)²⁶², esta pesquisa adota, para fins didáticos, a abordagem apartada entre os parâmetros objetivos e os parâmetros subjetivos para a análise da justa causa na improbidade administrativa.

Dentro dos critérios objetivos, deve ser analisada primordialmente a noção da tipicidade formal e material, em que são levados em conta critérios como a produção de

²⁵⁸ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 342/343.

²⁵⁹ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 75.

²⁶⁰ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 75/76.

²⁶¹ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ATO CONFIGURADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. ‘Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo “indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, ou, pelo menos, evitada de culpa grave nas do artigo 10” (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011)’ (...)” (AgInt no AREsp 1377066/PR, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, julgado em 30/08/2021, DJe 08/09/2021)

²⁶² CAPEZ, Fernando. *Teoria da imputação objetiva nos atos de improbidade administrativa*. 2008. 382 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 319..

resultado danoso, a insignificância e a imputação objetiva (pautada na noção de criação de riscos proibidos)²⁶³.

Também no âmbito dos parâmetros objetivos de exame do ato de improbidade administrativa, a persecução punitiva encontra obstáculos jurídicos relacionados à prescrição e ao denominado *bis in idem* – questões que também merecerão atenção neste capítulo.

Como em todo o percurso desta pesquisa, deve-se mencionar, de logo, que a Lei de Improbidade Administrativa recebeu recente reforma legislativa, que, de maneira contundente, alterou vários pilares do instituto – e, também neste ponto do trabalho, as referidas alterações produzem uma nova fonte normativa essencial para a investigação da imputação do ato de improbidade administrativa, o que merece uma atenção especial.

Dentro de tal panorama, a seguir serão analisados os parâmetros objetivos que devem ser examinados por ocasião da verificação da justa causa da persecução punitiva da fase judicial da improbidade administrativa.

No capítulo seguinte, a seu turno, serão analisados também os parâmetros subjetivos, que também condicionam a existência da justa causa no mesmo âmbito.

A conjunção da análise dos elementos objetivos e dos elementos subjetivos permite que a justa causa esteja vinculada a parâmetros racionalmente controláveis, dentro de um modelo punitivo que, de tal forma, observa o devido processo legal, a ampla defesa e o devido processo legal, conforme o modelo constitucional de processo punitivo.

3.1. Adequação dos fatos à conduta proibida

Afigura-se elementar, em um regime constitucional que exige a observância do devido processo legal, que a acusação, em um processo punitivo, seja iniciada por meio de um ato formal de imputação ao acusado, consistente na indicação clara e específica dos fatos imputados e do dispositivo de lei em que a conduta esteja enquadrada – além da juntada dos elementos probatórios mínimos suficientes para subsidiar a acusação.

Tem-se, portanto, que a adequação formalizada da acusação se afigura como um corolário mínimo para o exercício da ampla defesa e do contraditório, bem como para o controle judicial da acusação formalizada – essencialmente em razão da exigência da justa causa, conforme acima já exaustivamente tratado.

²⁶³ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 76.

Embora tal constatação pudesse ser teoricamente elementar, a realidade prática da improbidade, com diversos problemas de segurança jurídica e de aberturas para o arbítrio²⁶⁴, acabou por permitir, ao longo do tempo, acusações sem o devido enquadramento das condutas em relação ao ato ilícito imputado, seja por ausência de uma imputação específica e clara, seja também por indevidos acúmulos de imputações sobre o mesmo fato, atrelando-se a conduta imputada, de uma única vez, aos diversos tipos punitivos da mesma Lei de Improbidade Administrativa.

Sobre o tema, assim se manifestou Marçal Justen Filho²⁶⁵:

Um problema fundamental foi a banalização de ações de improbidade. Muitos processos foram instaurados sem elementos probatórios consistentes, com a perspectiva de investigação no bojo da fase de instrução. Era usual a ausência de especificação na petição inicial de fatos determinados. Tornou-se usual o pedido de condenação com fundamento indiscriminado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade. Isso conduzia à eternização dos litígios, usualmente envolvendo disputas políticas (mais do que jurídicas).

Por hipótese, percebe-se que tal situação fática fez com a reforma do texto legal da Lei de Improbidade Administrativa também detivesse atenção especial sobre a necessidade de exigir-se uma adequada acusação formalizada já na petição inicial, que deverá indicar especificamente as normas legais descumpridas, além de ser exigida uma individualização precisa das condutas, acompanhada dos elementos probatórios próprios da fase de ajuizamento da inicial.

Além da exigência do dolo, e do fim específico da ação ou omissão (o que será objeto de análise à frente), a nova redação da Lei de Improbidade Administrativa determinou os critérios a serem observados no enquadramento formal das condutas.

Para fins didáticos, os dispositivos merecem ser citados.

Como já visto anteriormente, a petição inicial deverá individualizar a conduta e trazer os elementos probatórios mínimos da imputação, devendo adequar a conduta imputada a apenas um único tipo dentre aqueles previstos no art. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena de rejeição. Veja-se:

²⁶⁴ Vejam-se as críticas, dentre outros, em: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª edição, 1ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 3289/329; e 181/183. Além disso, segundo Carlos Ari Sunfeld, em sua análise sobre as previsões punitivas da Lei de Improbidade Administrativa (p. 330), aduz que: “[e]m seu núcleo, ela se limita a enumerar os pecados da improbidade, em três artigos muito longos, cujo texto é menos para especificar e precisar que para apanhar e abranger. São como deixas para o improviso, dedo em riste, em cena de acusação, cheia de ira santa. Pode-se cometer improbidade por ‘enriquecimento ilícito’, por ‘prejuízo ao Erário’ ou por violação dos ‘princípios da Administração Pública. Os preceitos que explicam esses conceitos são, em boa parte, vagos e abertos”.

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022 (versão e-book Kindle), Apresentação. Locais do Kindle: 56-59.

Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei.

(...)

§ 6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

§ 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Ademais, especialmente em relação à imputação de ato de improbidade administrativa por descumprimento de princípios da Administração Pública, a reforma legislativa teve ainda mais atenção, notadamente em razão de que tais imputações, na redação anterior, poderiam ser extremamente vagas, em claro prejuízo à ampla defesa.

Com efeito, foge dos limites constitucionais uma tipologia de previsão extremamente aberta sem que haja justificativa, por tratar-se de medida legislativa claramente desproporcional e afrontosa ao devido processo legal e à ampla defesa: era o caso da redação original do art. 11, por exemplo, que previa, em rol exemplificativo, atos de improbidade que violassem, dentre outros, o princípio da legalidade – de tal maneira, a referida previsão tinha o potencial de igualar a improbidade ao conceito de ilegalidade, o que não se pode permitir²⁶⁶.

O problema principal da lei, em sua redação original, já se encontra aparentemente superado, eis que, com a edição da Lei n. 14.230/2021, assim restou redigido o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, em seu caput, seguido de um rol taxativo de condutas:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

(...)

Veja-se que a conduta tida como improbidade por violação a princípios não se admite pela mera invocação de violação direta de princípios (o que resultaria em

²⁶⁶ Tema tratado também em: FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. O fim da improbidade por descumprimento de princípios e a Lei 13.655/18. *Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-01/interesse-publico-improbidade-descumprimento-principios-lei-1365518>. Acesso em: 12/05/2021.

potenciais subjetivismos), especialmente em cotejo com o art. 17, §6º, da Lei de Improbidade Administrativa, aplicado de forma conjunta também com o art. 11, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa – ambos pela nova redação dada pela Lei n. 14.230/2021.

Há casos já inclusive reconhecidos pela jurisprudência em que se considerou não haver ato de improbidade administrativa justamente em razão da ausência de tipicidade formal no caso do ato ímprobo por violação a princípios – como na hipótese de demora da prestação de contas, por prefeito, na ausência de dolo ou má-fé²⁶⁷.

Com efeito, a nova redação legal assim previu quanto à imputação formal da acusação no caso de ato de improbidade administrativa por descumprimento de princípios da Administração Pública:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas (...) § 3º *O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

§ 4º *Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Na especificidade do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, portanto, a imputação formal deverá, ao mesmo tempo, (i) indicar de forma precisa e objetiva qual

²⁶⁷ AgInt no REsp 1518133/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 21/09/2018. No mesmo sentido, os fundamentos do seguinte julgado: “1. Este Tribunal Superior, em recente julgado, fixou a diretriz de que o mero atraso no cumprimento da obrigação de prestar contas, desassociado a outros elementos que evidenciem de forma clara a existência de dolo ou má-fé, não configura ato de improbidade previsto no art. 11, VI da Lei 8.429/92 (AgInt no REsp. 1.518.133/PB, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 21.09.2018). Outros ilustrativos: AgRg no REsp. 1.223.106/RN, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 20.11.2014; REsp. 1.306.756/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 24.10.2013; REsp. 1.307.925/TO, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe 23.08.2012. 2. Consoante leciona o Professor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS em sua importante obra *O Limite da Improbidade Administrativa*, mesmo que não ocorra a tempestiva prestação de contas a que alude o inciso VI do art. 11 da Lei 8.429/92, para a subsunção é necessária, além de outras circunstâncias, a presença do elemento subjetivo do tipo, o dolo, pois sem a má-fé não se pode cogitar da prática de um ato de improbidade administrativa (Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 424). 3. Eventual atraso na prestação de contas não se subsume, em tese, à conduta do art. 11, VI da Lei 8.429/92, que assinala o ato de deixar de prestar contas, não podendo haver mescla ou simbiose de dispositivos sancionadores para incluir a conduta do Réu também no inciso II do art. 11, que aduz o retardo de ato de ofício do Agente Público. Se assim se permitisse ao exegeta, haveria violação da estrita legalidade em matéria de penalidades. 4. Não há tipicidade formal na Lei de Improbidade quanto a eventual prazo de demora na prestação de contas pelo Prefeito que pudesse significar a linha de cruzamento para ingresso em ato ímprobo, isto é, se dois, se três, ou cinco anos ou mais, circunstância que torna injustificável o fundamento do Acórdão a quo, que, em notória violação à lei federal, considerou 3 anos de atraso conduta violadora de princípios administrativos, sem previsão legal, no entanto. 5. Na presente demanda, o Tribunal de origem, muito embora tenha determinado o normal trâmite da ação, registrou que as contas do convênio, apesar do atraso, foram prestadas e aprovadas, ainda que com ressalvas (fls. 250). Mas não indicou qualquer traço de malignidade do Alcaide à probidade administrativa, razão pela qual a ação não tinha, consoante assinalou a sentença, condições de viabilidade. Tipicidade formal ímproba não evidenciada. “(AgRg no AREsp 261.648/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 08/05/2019).

o ilícito imputado, com a indicação das normas violadas; e (ii) indicar a magnitude da lesividade imputada.

Outro aspecto que se relaciona com os parâmetros objetivos da imputação e com o exame da justa causa está ligado também ao efetivo nexos causal, especialmente nas condutas omissivas – de modo tal que somente haverá a culpabilidade se o resultado decorrer efetivamente de uma ação ou omissão dolosa do acusado.

Dessa forma, a mera ocupação de função ou cargo com poderes de chefia ou hierárquicos não faz com que seja possível, necessariamente, a imputação de ato de improbidade administrativa ao agente – tendo essa questão sido reforçada pela Lei n. 14.230/2021, que passou a prever, expressamente, 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” (art. 1º, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

Vê-se, portanto, que, nesta etapa, exige-se uma adequação da conduta fática em relação ao tipo previsto expressamente em lei formal, em verdadeira adequação da tipicidade formal da conduta²⁶⁸.

Segundo Fernando Capez, a primeira etapa para a verificação da ocorrência de um ato de improbidade administrativa consiste justamente na verificação da tipicidade formal da conduta, consistente na análise se o fato concreto estaria, ainda que genericamente, definido no art. 9º, 10 ou 11 da Lei de Improbidade Administrativa (se não houver previsão legal, resta desnecessária qualquer outra verificação, já que não haverá, de antemão, nenhum ato de improbidade administrativa)²⁶⁹. Tal etapa será seguida, se for o caso, da análise da tipicidade material e do tipo subjetivo (dolo), além da verificação da culpabilidade e eventuais excludentes da ilicitude²⁷⁰ – que serão aprofundados ao longo deste trabalho.

Sobre o exame da tipicidade como pressuposto para a configuração do ato de improbidade administrativa, embora não haja consenso sobre a exigência da tipicidade própria do Direito Penal no regime das sanções administrativas²⁷¹, tem-se que tampouco

²⁶⁸ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 319.

²⁶⁹ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 317.

²⁷⁰ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 317.

²⁷¹ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 220 e seguintes. No trecho, o autor, que defende a exigibilidade da tipicidade também no regime da improbidade administrativa, aponta vozes contrárias, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que não exigiria a tipicidade no caso de infrações administrativas (CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 223).

se permitem previsões punitivas com redação excessivamente abertas, em que a adequação dos fatos à conduta ilícita pudesse realizar-se a bel-prazer do órgão acusador.

Heraldo Garcia Vitta, sobre o tema, traz algumas considerações realizadas pela doutrina estrangeira a respeito da tipicidade das infrações administrativas²⁷²:

Cassagne, por sua vez, acentua ser a tipicidade um corolário obrigatório do princípio da legalidade; é garantia quanto à determinação subjetiva ou discricionária dos fatos que configuram um ilícito e forma de prevenção individual e social, pois o conhecimento público e oficial da ação punível desestimula a prática dos fatos reprimidos pela lei. Assim, o princípio da tipicidade requer "tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención como que se precisen las penas a aplicarse en cada supuesto típico, ya que, em materia penal, el silencio del legislador se considera que configura um ámbito de libertad". O autor platino conclui ser tal princípio incompatível com as fórmulas genéricas e abertas, que se empregam em algumas oportunidades no Direito Penal, nas chamadas leis penais em branco; mas admite a utilização de conceitos jurídicos indeterminados nas sanções de natureza disciplinar. García de Enterría e Tomás-Ramón noticiam decisão do Tribunal Constitucional espanhol (Sentença Constitucional de 15.11.1990, que confirma outra de 27.6.1984), consoante a qual, numa sanção disciplinar, nega-se a possibilidade constitucional da sanção baseada num tipo legal genérico, como o "descumprimento dos deveres e obrigações do funcionário".

Ainda no campo das infrações administrativas, Edilson Pereira Nobre Júnior, também fazendo referência a García de Enterría e Tomás Ramón Fernández, aduz que seriam inválidas determinadas cláusulas abertas que pretendessem qualificar como punível infração normativa de qualquer espécie, e prossegue:

Desse tipo seriam exemplos, entre nós, regras como as do art. 129, segunda parte, da Lei 8.112/90, ao mencionar a aplicação de advertência à não observância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, complementada pelo seu art. 116, III, que dita ser dever do servidor o cumprimento das normas legais e regulamentares; o art. 70, caput, da Lei 9.605/98, afirmando considerar-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão violadora das disposições jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente; igualmente, o art. 161 da 9.503/97, ao reputar infração de trânsito a inobservância de qualquer de seus preceitos, da legislação complementar e das resoluções do CONTRAN.

Na mesma toada, Gustavo Binbenojm sustenta que, como regra, a segurança jurídica se confunde com a legalidade (ou é realizada por esta), já que é com o conhecimento e o respeito às prescrições legais que os particulares se tornam aptos a prever as consequências de suas condutas, e das condutas das outras pessoas, nas relações travadas socialmente²⁷³.

É certo, de todo modo, que as cláusulas gerais têm utilidade para a abertura e mobilidade do sistema jurídico, “viabilizando a adequação valorativa aos casos

²⁷²VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88/89.

²⁷³BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 190.

concretos”²⁷⁴, mas, no campo punitivo, “não é possível ao Estado valer-se de tipos sancionadores amparadas em técnicas de excessiva vagueza semântica”²⁷⁵.

De todo modo, para o presente trabalho, tem-se que a exigência de tipicidade – como lei prévia e certa que preveja a conduta ilícita – decorre do próprio texto constitucional, especialmente a partir da reforma legislativa, em que a Lei n. 14.230/2021 determinou, de forma expressa, a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Sancionador à improbidade administrativa.

Dessa maneira, caso não fosse exigida a formatação típica da conduta, de maneira prévia e precisa, e por meio de lei formal, estaria a permitir-se a retroatividade de condutas somente posteriormente tidas por ilegais²⁷⁶, em total descompasso com a exigência da culpabilidade enquanto pressuposto para a punição pessoal – aí incluída também a análise sobre o elemento subjetivo.

Assim, ainda que os principais problemas de aplicação do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa tenham sido aparentemente superados, a imputação dos fatos ao ilícito não poderá, tampouco, se socorrer de analogias, ou de princípios implícitos, sob pena de rejeição da petição inicial, por ausência de tipicidade formal da imputação.

A verificação da justa causa, portanto, exige que sejam enfrentados os parâmetros objetivos da adequação jurídica dos fatos em relação à previsão legal do ilícito da improbidade administrativa – não bastando, portanto, meras invocações a princípios com alto grau de vagueza semântica, e sem prévia e específica previsão legal.

É de registrar-se, de todo modo, que a justa causa não se satisfaz com a mera acusação formalizada: deverão ser ainda observados outros parâmetros objetivos, ligados à tipicidade material, bem como ao *bis in idem* e à prescrição, além também da necessidade constitucional da verificação da presença dos demais requisitos subjetivos (culpabilidade e elemento subjetivo doloso, a partir da redação realizada pela reforma legislativa da Lei de Improbidade Administrativa, via Lei n. 14.230/2021) – tais aspectos serão aprofundados na sequência desta investigação.

²⁷⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 235.

²⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 238.

²⁷⁶ Sobre o tema, ver também: FERRAZ, Luciano. Dano in re ipsa cria, sem lei, novo tipo de improbidade administrativa. *Interesse Público - Revista Conjur*, São Paulo/SP, 17 maio 2017. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/interesse-publico-dano-in-re-ipsa-cria-tipo-improbidade-administrativa>. Acesso em: 12/05/2021.

Por fim, na imputação formal da conduta, deve o intérprete se ater a espaços de não incidência da norma proibitiva, ainda que em diplomas distintos da Lei de Improbidade Administrativa.

Veja-se, por exemplo, recente emenda constitucional, por exemplo, que retirou da incidência da Lei de Improbidade Administrativa a conduta de não aplicação dos percentuais mínimos de educação no contexto da pandemia (Emenda Constitucional n. 119/2022, que acrescentou o art. 119 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

3.2. Distinção entre ilegalidade e ato ímprobo

Embora a conceituação de improbidade administrativa não se trate de tarefa fácil, já prevalecia, antes mesmo da vigência da Lei n. 14.230/2021, que não havia confusão entre os conceitos de ilegalidade e ato de improbidade administrativa²⁷⁷.

Sobre o tema, Marcelo Harger assim aponta²⁷⁸:

A improbidade depende de ilicitude, mas nem todos os atos ilícitos serão passíveis de punição por improbidade. Somente os atos ilícitos nos quais o elemento desonestidade estiver presente é que poderão ofender a lei de improbidade caso se enquadrem em uma das hipóteses previstas nos arts. 90 a 11 da Lei nº 8.429/92. Improbidade é ilegalidade qualificada pelo dolo do agente. É por essa razão que Vera Scarpinella Bueno leciona que "o fator diferenciador entre um ato ilegal e um ato de improbidade está, pois, na conduta do agente, e não na ilegalidade objetiva do ato"

O Superior Tribunal de Justiça também já tem apresentado, há alguns anos, entendimento sedimentado pela diferenciação entre ato ilegal e ato de improbidade administrativa. A título de exemplo, e para fins didáticos, cita-se trecho de ementa oriunda daquela corte:

A ilegalidade e a improbidade não são, em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), uma vez que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave (...) (AgInt no REsp 1518133/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 21/09/2018)

²⁷⁷ Sobre a confusão entre os conceitos de ilegalidade e ato de improbidade, ver, dentre outros: FORTINI, Cristiana. Carta do ministro da Educação: improbidade ou ato irregular? *Consultor Jurídico – Conjur*, 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-28/interesse-publico-carta-ministro-educacao-ato-improbidade-ou-conduta-irregular>. Acesso em: 13/12/2021; e FERRAZ, Luciano. Entre os Conceitos de Ilegalidade e Improbidade Administrativa. Interesse Público, *Conjur*, 07 jul. 2016. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-07/interesse-publico-entre-conceitos-ilegalidade-improbidade-administrativa>. Acesso em: 13/12/2021.

²⁷⁸ HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 16/17.

No mesmo sentido, o seguinte trecho de julgamento, em que se reputa que a improbidade consiste em ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo:

Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo "indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, ou, pelo menos, evitada de culpa grave nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011).(...) (AgInt no AREsp 1377066/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/08/2021, DJe 08/09/2021)

Embora o cenário interpretativo se afigure, aparentemente, pacificado, o certo é que a prática ainda envolve muitas complexidades, de modo tal que, especialmente na redação original da Lei de Improbidade Administrativa, havia uma realidade normativa que acabava por criar uma zona cinzenta²⁷⁹ entre atos ilegais e atos ímprobos – seja pela então redação extremamente aberta do caput do art. 11, em que a afronta por si só do princípio da legalidade poderia ensejar um ato de improbidade administrativa, seja também em razão da previsão então vigente que admitia a modalidade culposa do ato de improbidade quanto às condutas que gerassem dano ao erário (art. 10 da lei de regência).

Mais recentemente, de todo modo, após a reforma realizada pela Lei n. 14.230/2021, a Lei de Improbidade Administrativa passou a trazer previsões expressas, que afastam qualquer possibilidade de confusão conceitual e normativa entre ilegalidade e ato de improbidade administrativa.

Tais disposições merecem ser elencadas, de modo a evidenciar-se o atual regime jurídico-legal vigente.

Com efeito, de maneira esclarecedora, o art. 17-C, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021 prevê, expressamente, que “[a] ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade”.

Tal dispositivo também dialoga com o art. 11, que prevê que a violação da ilegalidade se constitui em uma modalidade de ato de improbidade administrativa, conforme seu *caput*, desde que a conduta esteja enquadrada em alguma das hipóteses do rol taxativo do referido artigo, na nova redação. Ademais, deverá ser verificado o elemento dolo, consistente na vontade livre e consciente de atingir o fim ilícito da norma (art. 1º, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa), além da necessidade de

²⁷⁹ Luciano Ferraz adverte para os efeitos da confusão conceitual em: FERRAZ, Luciano. Entre os Conceitos de Ilegalidade e Improbidade Administrativa. Interesse Público, Conjur, 07 jul. 2016. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-07/interesse-publico-entre-conceitos-ilegalidade-improbidade-administrativa>. Acesso em: 12/05/2021.

estar presente também o fim especial de agir – finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem (art. 11, §3º, incluído pela nova lei).

Ademais, o art. 17, §16, incluído pela nova lei, determina que:

A qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública

Caminha no mesmo sentido a norma prevista no art. 17-D da lei de regência, também incluído pela Lei n. 14.230/2021:

Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

A referida norma esclarece que o exame judicial sobre a ilegalidade ou não de determinado ato, sem que haja o dolo de improbidade administrativa, não deve ser sequer processada pelo instrumento da ação de improbidade administrativa.

Portanto, a mera subsunção de uma conduta a um dever imposto por lei não resulta, por si só, em um ato de improbidade administrativa.

Para a configuração do ato de improbidade administrativa, portanto, não é suficiente uma mera adequação formal da conduta a uma norma jurídica, sendo que, para a adequada configuração do ato de improbidade administrativa, deverá ser feita uma análise não só da ilegalidade, mas também deve ser constatada a tipicidade em toda a sua completude (tipicidade formal, material e tipo subjetivo doloso), além da culpabilidade do agente.

A mera adequação formal, portanto, do ponto de vista dos parâmetros objetivos da justa causa da improbidade administrativa, deve também observar a tipicidade material – além de sofrer limitações também por meio do elemento subjetivo, como será visto no capítulo subsequente²⁸⁰.

²⁸⁰ Eduardo Kahler Ribeiro aponta haver alguns parâmetros jurídicos que limitam a imputação do ato de improbidade administrativa, de modo a dar proporcionalidade e a extirpar os eventuais excessos que poderiam resultar do regime de normas com textura aberta. Seriam eles: a tipicidade material (extirpando irregularidades e delitos insignificantes

Apenas para fins de registro, com a reforma realizada pela Lei n. 14.230/2021, passou-se a exigir um elemento subjetivo bastante qualificado para a ocorrência do ato de improbidade – consubstanciado em uma conduta dolosa, com vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado em lei, não se confundindo com a mera vontade, tampouco se confundindo com interpretações divergentes sobre o ordenamento jurídico, além de ser exigido um fim específico de agir voltado ao fim de obter proveito indevido para si ou para outrem (art. 1º, §§2º, 3º, 8º c/c art. 11, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, conforme redação dada pela Lei n. 14.230/2021).

Ademais, a tipicidade material, que ultrapassa o plano da mera ilegalidade, também exige a existência de um conteúdo material do tipo²⁸¹, de modo tal que condutas que não produzam riscos proibidos ou que não sejam suficientes lesivas ao bem jurídico tutelado (como as condutas insignificantes) tampouco poderão ser enquadradas como improbidade administrativa – restando apenas o exame de legalidade do ato, pelos meios próprios, uma vez que o legislador passou a tratar a questão como de gravidade insuficiente para a persecução punitiva pela via da ação de improbidade administrativa.

Portanto, o exame da justa causa não se limita à mera indicação, na petição inicial, de algum dever jurídico supostamente afrontado: do ponto de vista dos parâmetros objetivos da acusação (e da justa causa), há de ser feita uma imputação completa de um ato de improbidade administrativa, e não de mera ilegalidade, de modo que abranja também aspectos da tipicidade material (como os riscos permitidos ou proibidos e a lesividade da conduta), e do elemento subjetivo do tipo (dolo) – ao lado da culpabilidade e da ilicitude, que poderão ser afastadas por eventuais causas excludentes.

Esta análise, embora pareça de inegável complexidade, deverá ser feita no próprio exame a respeito da justa causa, que deve englobar, portanto, uma tipicidade formal e material do ilícito de improbidade administrativa, que não se confunde com a simples ilegalidade²⁸².

As demais questões que envolvem a tipicidade material serão analisadas nos tópicos subseqüentes deste capítulo, separadamente, para fins didáticos – por também

da incidência da lei), a imputação objetiva, em que sejam considerada a criação ou não de risco proibido, em etapa prévia ao exame da presença do elemento subjetivo, que também funciona como contenção do poder punitivo estatal (RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 75/76).

²⁸¹ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 319; e RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 75/76.

²⁸² MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Imprece, 2017, p. 98/100.

funcionarem como parâmetros objetivos para a verificação da justa causa da persecução punitiva da improbidade administrativa.

3.3. A noção de riscos permitidos e riscos proibidos

Na análise da justa causa da improbidade administrativa, deve-se também levar em conta que o ordenamento jurídico permite que haja, por exemplo, determinados riscos tolerados pelo ordenamento jurídico, e que, por tal razão, não são aptos a gerar a configuração do ato de improbidade administrativa, ainda que tenham resultado naturalístico que atingiria, em uma análise literal, algum dos bens jurídicos tutelados.

Com efeito, tem-se que a noção dos riscos permitidos se constitui em hipótese objetiva de não incidência da norma-tipo do ato de improbidade administrativa, em razão de que a conduta se apresenta juridicamente tolerada pelo ordenamento, em uma análise objetiva – seja por norma expressa, seja também pela adequação social ou cultural do ato ou omissão.

Tal situação pode ocorrer, por exemplo, em atuação que possa ocasionar gastos públicos ou mesmo na interpretação do ordenamento jurídico que produza colisão de princípios jurídicos (ou a prevalência de uma regra em detrimento de um princípio), na aplicação prática – em situações fáticas que poderiam tangenciar a literalidade dos tipos proibitivos, por exemplo, previstos nos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

É verdade que muitos desses problemas poderiam ser solucionados pelo elemento subjetivo ou pela culpabilidade, especialmente com a edição da Lei n. 14.230/2021, que passou a exigir um dolo qualificado pela vontade livre e consciente de alcançar o fim ilícito do tipo (art. 1º, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela nova lei) somado também ao fim específico de agir com o intuito de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (art. 11, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa) – tais questões serão aprofundadas no próximo capítulo.

Sob o viés da culpabilidade, é de registrar-se também uma aproximação entre a noção de riscos permitidos e a figura da inexigibilidade de conduta diversa.

De todo modo, tecnicamente, a questão sequer chegará a ser analisada por ocasião do exame do elemento subjetivo do tipo (dolo com fim específico), eis que se cogita, em uma etapa anterior, da imputação objetiva da conduta, em que será examinado, de forma adequada, se a conduta imputada criou ou fomentou riscos

proibidos, ou se a atuação se deu apenas dentro da órbita dos riscos permitidos, tolerados pelo ordenamento jurídico.

Segundo Luís Greco, com base também na lição de Claus Roxin, “a imputação objetiva enuncia o conjunto de pressupostos genéricos que fazem da causação uma causação objetivamente típica”²⁸³ – o que importa dizer que se trata de uma concepção interpretativa que pretende avaliar as causas de determinado resultado juridicamente indesejado (por atingir bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico) a partir de uma ótica objetiva, consistente na verificação sobre a atuação do agente e sobre a produção ou não, na conduta, de riscos proibidos ou riscos permitidos.

Com efeito, ainda de acordo com Luís Greco, após a evolução de diversas teorias que estudaram o delito, chegou-se à teoria da imputação objetiva, que pode ser assim sintetizada²⁸⁴:

O que essa teoria faz é relegar o tipo subjetivo e a finalidade a uma posição secundária e recolocar o tipo objetivo no centro das atenções. Este tipo objetivo não poder, porém, esgotar-se na mera causação de um resultado – é necessário algo mais para fazer dessa causação uma causação objetivamente típica. Esse algo mais compõe-se, fundamentalmente, de duas idéias: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado

Para Daniela de Freitas Marques, o risco permitido torna lícita a conduta que, em uma primeira análise, poderia ser considerada ilícita – e não há como prever todas as hipóteses de riscos permitidos, eis que se trata de uma concepção que irá variar de acordo com a cultura e história de cada comunidade, estando indissociável à adequação social²⁸⁵.

Assim, tem-se que “[o] risco permitido é uma conduta que, na perspectiva jurídica, oferece perigos — no entanto, é aceito como necessário ou útil ou relevante para a sociedade como todo. Portanto, a permissão do risco encontra guarida no meio social”²⁸⁶ – e, tecnicamente, “o risco permitido não é uma causa de exclusão de ilicitude ou uma causa de justificação — ao contrário, aprioristicamente, a conduta, de início lesiva, torna-se lícita”²⁸⁷.

²⁸³ GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 23.

²⁸⁴ GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 26.

²⁸⁵ MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 350/351.

²⁸⁶ MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 352.

²⁸⁷ MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 354.

Há também a ótica que elimina a causalidade da ação, razão pela qual também não poderia ser imputado o ato ao agente, veja-se²⁸⁸:

Dessa forma, se o risco decorre de uma conduta normal e socialmente adequada, ou mesmo permitida ou tolerada pelo ordenamento jurídico, não se poderá atribuir eventual dano daí decorrente ao seu autor. Em tais hipóteses, sequer pode-se falar que houve risco ao bem jurídico tutelado pela norma: a probidade administrativa. Como se percebe, a referenciabilidade social aparece como instrumento hermenêutico para a formação normativa e a definição do risco proibido. Não será sequer necessário indagar acerca do dolo ou culpa, pois a questão se resolve no plano da imputação do fato ao agente, sob o aspecto objetivo. Se o risco era tolerado socialmente, não haverá causalidade.

Como visto acima, a avaliação sobre os riscos proibidos e riscos permitidos, para a imputação de um ilícito ao agente, ocorre na etapa denominada de imputação objetiva, eis que ainda não se analisa o elemento subjetivo do tipo – que, pela Lei n. 14.230/2021, consiste no dolo, para os atos ímprobos.

Fernando Capez sustenta pela aplicabilidade da imputação objetiva também no âmbito da improbidade administrativa, tal qual ocorre na imputação própria do Direito Penal, esclarecendo que:

A imputação objetiva significa, sob o prisma objetivo, isto é, sem contar o dolo ou a culpa, exigir para a existência de uma infração penal que a conduta tenha conteúdo material, revelado pela ofensividade, inadequação social, relevância mínima e assim por diante. Preenchidos tais requisitos objetivos necessários para o conteúdo ontológico da infração, opera-se a imputação objetiva, ou seja, o enquadramento objetivo do fato ao tipo. Em seguida, ainda na fase da verificação do fato típico, analisam-se o dolo e a culpa, necessários para a imputação subjetiva do fato ao tipo.

No mesmo sentido, Eduardo Kahler Ribeiro indica que a teoria da imputação objetiva funciona como mais um parâmetro juridicamente adequado para limitar o poder punitivo estatal no âmbito da improbidade administrativa, “exigindo-se do sujeito ativo, como etapa prévia ao processo de atribuição subjetiva da improbidade, a criação de um risco proibido e a violação das expectativas sociais no seu agir”²⁸⁹.

Como mais um componente da questão ora tratada, tem-se que o ordenamento jurídico adota uma série de riscos permitidos ao agente público, sem que possa haver necessariamente uma punição pessoal, em razão da aplicação, na improbidade administrativa, da noção dos riscos permitidos.

²⁸⁸ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 331.

²⁸⁹ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 76. No trecho, a autor também cita a obra de referência sobre o tema: CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Veja-se o seguinte trecho de obra de Fábio Medina Osório, em que o tema é abordado na verificação analítica do ato de improbidade administrativa²⁹⁰:

Como assinala Jescheck, “só pode ser objetivamente imputável um resultado causado por uma ação humana quando esta criou, para seu objeto protegido, uma situação de perigo juridicamente proibida, e o perigo se materializou no resultado típico”. Assim, “não é imputável na perspectiva de diminuição do risco um resultado produzido pelo autor para evitar outro mais grave”. Ter-se-á que negar a imputação, além disso, quando faltar um risco juridicamente reprovável ou quando o resultado ficar fora do âmbito protetor da norma violada

Esta também é a visão de Fernando Capez, para quem a noção de riscos permitidos ou riscos proibidos compõe o exame analítico do ato de improbidade administrativa, notadamente por ocasião da verificação da tipicidade material da conduta²⁹¹:

A imputação objetiva concentra-se nos dois primeiros requisitos do fato típico: tipicidade formal + tipicidade material. Obviamente, não dispensa o dolo e a culpa para a caracterização do fato típico, apenas não os coloca como objeto de estudo. Aplica-se tanto aos atos de improbidade materiais quanto aos formais e de mera conduta. Se o ato se consuma com a mera prática da conduta, a imputação objetiva atuará exigindo conteúdo material para a sua tipificação. Se depender do nexa causal com o evento naturalístico relevante, a imputação objetiva atuara duas vezes: a primeira, ao exigir conteúdo material para a conduta; a segunda, quando atenua os rigores da causalidade, evitando o elo físico estabelecido pela teoria da conditio sine qua non. Assim, em primeiro lugar, qualquer que seja a natureza do ato de improbidade (formal, material ou de mera conduta), há que se verificar o conteúdo material, do qual decorre a criação de um risco juridicamente proibido ou não. Em caso positivo, a teoria da imputação objetiva afirmara que a conduta formal e materialmente ímproba criou uma situação de risco proibido e, portanto, possui relevância para o mundo jurídico. O conteúdo material da tipicidade significa que houve a criação do risco proibido, conforme pode ser sintetizado na situação abaixo: CONTEÚDO MATERIAL DO ATO DE IMPROBIDADE: Inadequação social da conduta + ofensividade da lesão + significância da lesão + alteridade + proporcionalidade + necessidade e idoneidade + ofensividade + quebra do princípio da confiança = conduta materialmente ímproba criadora de risco proibido.

Nessa toada, haveria espaços objetivos de não incidência da improbidade administrativa ainda que sejam verificados os resultados naturalísticos próprios dos tipos de atos ímprobos, por tratar-se de conduta cujos riscos são dimensionados já de antemão pelo próprio ordenamento jurídico, que acaba por tolerar tais riscos.

No estudo do delito próprio do Direito Penal, também a título ilustrativo, não há dúvidas que, por exemplo, um lutador de boxe que violentamente atinja o seu adversário não será alcançado pela seara punitiva criminal – mesmo tendo atuado de forma livre e consciente, com o uso de força acima do necessário, e em conduta que venha a produzir resultado danoso a outrem.

²⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 5ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, versão e-book: Capítulo II, tópico 3.4.

²⁹¹ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 320.

O risco gerado – a lesão no atleta adversário – é tolerado pelo ordenamento jurídico, podendo ser classificado como um risco permitido, não produzindo, portanto, efeitos sancionatórios próprios do Direito Penal²⁹².

Tal linha de raciocínio também seria plenamente aplicável no exame analítico da improbidade administrativa, repercutindo também na análise da justa causa.

Fábio Medina Osório, abordando a questão sob o ponto de vista específico da improbidade administrativa, também cita exemplos de espaços de não incidência da imputação do ato de improbidade administrativa, ainda que, em uma primeira análise, se pudesse cogitar de uso privado da estrutura pública²⁹³:

Não há dúvida que o legislador pode, não raro, outorgar benefícios ou espaços a determinadas classes de agentes políticos, sem perspectiva de controle pelo Judiciário. Especificamente quanto ao uso de máquinas ou serviços públicos, entendemos que o legislador pode autorizar determinadas parcelas de agentes políticos, em bases racionais, ao desfrute de prerrogativas que poderiam parecer privilégios, tais como estas relativas aos deslocamentos de parlamentares ou outras análogas. Porém, sem qualquer hipocrisia, pode-se dizer que esse é um preço de toda e qualquer democracia, vale dizer, o preço do uso das máquinas públicas pelos detentores do poder político (...)

Exemplos de autorizações legislativas expressas ou implícitas: (a) os parlamentares podem usar apartamentos funcionais para morar, pagos com dinheiro público; (b) determinadas autoridades dispõem de carros oficiais ao seu livre e prudente critério, inclusive nos finais de semana, sendo legítimo que os utilizem a qualquer tempo; (c) há autoridades que dispõem de guardas financiados com dinheiro público vinte e quatro horas, para sua segurança pessoal ou, mais ainda, segurança de seus familiares, arrastando-os consigo inclusive em férias, feriados, finais de semana ou viagens ao exterior, se necessário; (d) na questão segurança, repare-se que os candidatos, em uma eleição presidencial, têm direito ao amparo da Polícia Federal, paga com dinheiro público, pelo tempo necessário, embora estejam envolvidos em uma atividade de campanha político-partidária, movidos diretamente por seus interesses privados e pessoais, ressalvada uma minoria idealista; (e) os agentes políticos que dispõem de cargos em confiança podem delegar as tarefas rotineiras a esses servidores, com o interesse de economizar seu tempo, em uma perspectiva de assessoria privada, inclusive para resolver problemas privados, como levar um carro ao mecânico, pagar as contas, providenciar soluções de questões eminentemente privadas, sem que isso signifique ou traduza qualquer risco de improbidade ou ilícito funcional, ao contrário, sendo prática legítima; (f) um agente político, dispondo de um telefone móvel funcional, efetua chamadas privadas, dentro dos limites dos gastos estabelecidos; (g) parlamentares dispõem de verbas de gabinete que podem ser gastas com fins aparentemente distantes de suas atribuições stricto sensu, situando-se melhor na órbita dos interesses de eleitores.

Veja-se que tais situações tratadas por Fábio Medina Osório resultarão no afastamento, objetivamente e de imediato, de hipótese de incidência até mesmo do ato de improbidade por enriquecimento ilícito (art. 9º, IV e XII, da Lei de Improbidade Administrativa) – que se afigura como a mais gravosa hipótese de ato ímprobo.

²⁹² Ver outros exemplos em: GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 70 e seguintes.

²⁹³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 5ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, versão e-book: Capítulo IV, tópico 3.3.

No mesmo raciocínio, por exemplo, um advogado público que se utiliza da estrutura da procuradoria para a cobrança de honorários (considerados de natureza privada) não poderá, objetivamente, sujeitar-se à incidência das normas proibitivas previstas no referido art. 9º, IV e XII, da Lei de Improbidade Administrativa, por tratar-se de prática plenamente tolerada pela cultura organizacional²⁹⁴.

Do mesmo modo, um professor de universidade pública, que detém inclusive liberdade de cátedra, deverá ter sua atuação profissional finalística livre da incidência da imputação de ato de improbidade administrativa, sem necessidade sequer de avançar ao exame do elemento subjetivo.

Ainda, a hipótese objetiva de não incidência da norma proibitiva da improbidade administrativa também poderia ser estendida, sem maiores indagações, para as atividades finalísticas próprias de determinadas carreiras de Estado do Poder Executivo, cujos agentes detêm prerrogativas específicas para a tomada de decisões²⁹⁵ – bem como para os membros dos demais Poderes (Legislativo, Judiciário e, por analogia, Ministério Público), também em sua atividade fim²⁹⁶.

Com efeito, tais atuações não se encontram, objetivamente, sujeitas à incidência da norma proibitiva da Lei de Improbidade Administrativa, notadamente nas previsões do art. 10 e 11 da lei de regência, eis que se tolera que a atuação correspondente possa, com razoável grau de liberdade, criar o direito, dizer o direito e até mesmo gerar efeitos com alto impacto orçamentário.

Conforme se viu anteriormente, em raciocínio que se aplica às questões tratadas acima, “[o] risco permitido é uma conduta que, na perspectiva jurídica, oferece perigos — no entanto, é aceito como necessário ou útil ou relevante para a sociedade como todo”²⁹⁷, de modo tal que as condutas acima referidas, ainda que possam produzir perigos, são toleradas por gerarem outros ganhos à coletividade e à democracia, de modo a serem consideradas condutas lícitas.

Em síntese, conforme Fernando Capez²⁹⁸:

²⁹⁴ Fernando Capez também aponta, por exemplo, que o advogado parecerista também estaria objetivamente fora da incidência da norma proibitiva da improbidade administrativa, eis que “[a] sociedade não pode dizer a eles que expressem seus pontos de vista e defendam teses jurídicas e, ao mesmo tempo, afirmar que tal fato constitui ato de improbidade administrativa” (CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 323).

²⁹⁵ Realidade que se observa, por exemplo, nas agências reguladoras.

²⁹⁶ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 322/323.

²⁹⁷ MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 352.

²⁹⁸ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 323.

Em resumo, a imputação objetiva exclui a tipicidade da conduta quando o agente se comporta de acordo com o seu papel social, ou, mesmo não o fazendo, o resultado não se encontra dentro da linha de desdobramento causal da conduta, ou seja, não está conforme ao perigo

Essas premissas objetivas, portanto, poderão também ser objeto de análise já no exame da justa causa, considerando-se a exigência de exame sobre a probabilidade concreta de condenação ulterior – o que pode acarretar a imediata rejeição da petição inicial, a depender do caso, por ausência de justa causa.

3.4. Direito ao erro do gestor público e os riscos permitidos

Há também outra hipótese de não incidência objetiva da norma proibitiva da improbidade administrativa, e que, dado o seu ar de novidade, merece ser trazida em tópico específico: trata-se do denominado direito ao erro do gestor público.

Novamente, tem-se que muitas das questões que serão ora tratadas poderiam ter sua solução por meio do elemento subjetivo exigido para a configuração do ato de improbidade administrativa – notadamente a partir da edição da Lei n. 14.230/2021, em que se passou a exigir o dolo com finalidade específica de realizar o fim ilícito do tipo de uma das modalidades de ato ímprobo (art. 1º, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa, na nova redação), além do fim específico de objetivar obter vantagem indevida para si ou para outrem (art. 11, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, também na nova redação).

Tais questões sobre o elemento subjetivo do tipo, contudo, serão analisadas no momento oportuno desta investigação, isto é, no capítulo seguinte.

De todo modo, verifica-se que, se constatado existir um direito ao erro do gestor público, então também haverá um espaço objetivo de não incidência da norma proibitiva da improbidade administrativa – eis que o direito, caso exista, resultará em uma conduta lícita do agente, não podendo ser punida pelo regime próprio da improbidade administrativa.

Alguns publicistas têm se debruçado sobre o estudo de um eventual direito ao erro do agente público, tendo concluído que, caso sejam observados determinados critérios, o erro do administrador não poderia ser punido²⁹⁹.

²⁹⁹Binenbojm, Gustavo; Dionísio, Pedro de Hollanda. Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle. *Revista De Direito Administrativo*, 2021, p. 109–135; DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019; e BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.

A tolerância a determinados tipos de erros resulta seja de uma deferência daquele que age de boa-fé³⁰⁰, seja também em razão de que a Administração deve permitir espaços para a inovação e para o experimentalismo, além da necessidade de atrair pessoal qualificado para os seus cargos de alta hierarquia, por exemplo³⁰¹ – trata-se portanto de raciocínio que se aproxima da noção de riscos permitidos, de modo tal que as condutas acima referidas, ainda que possam produzir perigos, passam a ser toleradas por gerarem outros ganhos à coletividade, de modo a serem consideradas condutas lícitas.

Para o escopo do presente trabalho, é necessário anotar-se que, desde o advento da Lei n. 13.655/2018, que incluiu o art. 28 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, foi reforçada a ideia de que o regime da improbidade administrativa somente admitia a hipótese de punição nos casos de dolo ou erro grosseiro³⁰² - de onde se conclui que já se admitia haver a tolerância a erros não grosseiros, o que afastaria a incidência da norma punitiva.

O próprio Supremo Tribunal Federal chegou a estabelecer critérios jurisprudenciais a respeito da configuração do erro grosseiro – com efeito, ao analisar a Medida Provisória n. 966, que regulava a responsabilidade civil e administrativa dos gestores públicos durante a pandemia de COVID-19, o Tribunal Pleno entendeu nos seguintes termos:

Cautelar parcialmente deferida, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 5. Confere-se, igualmente, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à

³⁰⁰ “O núcleo da idéia de tolerância é o reconhecimento do igual direito a conviver, que é reconhecido a doutrinas opostas, bem como o reconhecimento, por parte de quem se considera depositário da verdade, do direito ao erro, pelo menos do direito ao erro de boa-fé. A exigência da tolerância nasce no momento em que se toma consciência da irredutibilidade das opiniões e da necessidade de encontrar um modus vivendi (uma regra puramente formal, uma regra do jogo), que permita que todas as opiniões se expressem. Ou a tolerância, ou a perseguição: tertium non datur” (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 195), citado na parte pré-textual do livro: DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

³⁰¹ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019, Prefácio de lavra de Gustavo Binenbojm.

³⁰² FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. *Conjur - Interesse Público*, 10 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em: 12/05/2021; e BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.

matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 6. Teses: "1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos". (ADI 6421 MC, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020)

Deste cenário, constata-se que o erro grosseiro tem sido ligado à noção de culpa – e, como visto no presente trabalho, a modalidade culposa de improbidade administrativa restou extirpada do ordenamento jurídico pela Lei n. 14.230/2021 – de modo que o aprofundamento sobre o conceito de erro grosseiro não mais possui grandes utilidades no estudo sobre a configuração do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa.

De todo modo, são importantes as considerações sobre o estudo do erro, seja na fase de exame dos parâmetros objetivos da justa causa, seja também na fase de análise dos parâmetros subjetivos – como forma de limitar-se o poder punitivo nos casos em que se reconheça, por exemplo, a figura do dolo eventual.

Adianta-se, desde logo, que o presente estudo entende que, a partir do advento da Lei n. 14.230/2021, que expressamente passou a exigir o dolo com fim específico como requisito para a configuração do ato de improbidade administrativa, sequer poder-se-ia cogitar de dolo eventual no atual regime vigente.

De qualquer maneira, como a questão do dolo eventual neste novo regime ainda não se encontra devidamente sedimentada, convém o aprofundamento sobre o direito ao erro do gestor no regime próprio da improbidade administrativa.

Nesse cenário, é oportuno o registro de que a própria Lei de Improbidade Administrativa, em sua redação atual, previu expressamente duas possibilidades de não incidência objetiva de suas normas punitivas, ainda que o órgão acusador divirja do agente público investigado, sem que sequer seja necessária a verificação do dolo – trata-se de hipótese de erro tolerado pelo ordenamento jurídico, e, portanto, fincado nas premissas do risco permitido.

Na primeira hipótese de não incidência da norma proibitiva, tem-se que o mero erro interpretativo do agente não permite a condenação por improbidade administrativa

(afasta-se o delito de hermenêutica), conforme o art. 1º, §8º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

§ 8º 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 (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

Portanto, se a imputação se resumir apenas à atribuição de um erro de interpretação do ordenamento jurídico, não haverá justa causa para a ação judicial, sendo inclusive desnecessária a análise de parâmetros subjetivos.

A segunda hipótese também guarda o mesmo raciocínio do quanto previsto na norma acima citada, de modo tal que, ainda que o órgão acusador discorde de determinada opção da Administração quanto a políticas públicas – e quanto à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos –, tal fato, por si só, também se encontra dentro da concepção de riscos permitidos pelo legislador, não sendo passível de condenação por ato de improbidade administrativa (art. 17-D, *caput* e parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa, incluídos pela Lei n. 14.230/2021).

Assim, do mesmo modo, se a imputação se resumir apenas à atribuição de uma ilegalidade ou inadequação de determinada política pública, não haverá justa causa para a ação judicial.

Dessa maneira, em relação a tais condutas, sequer será necessário o exame a respeito do tipo subjetivo (*dolo com fins específicos*), já que a própria lei previu, objetivamente, que eventual erro na interpretação do ordenamento jurídico ou na formatação de políticas públicas se constitui um risco permitido, tolerado, e, portanto, lícito, do ponto de vista do regime próprio da improbidade administrativa – sem prejuízo do controle judicial pelas vias processuais adequadas (como a ação civil pública ordinária, por exemplo).

Registre-se ainda que a tolerância ao erro do administrador já foi inclusive objeto de fundamentação de julgamento pela Justiça Federal, em caso em que havia sido imputada a prática de ato de improbidade administrativa ao(s) réu(s), tendo sido afastada a configuração do ato ímprobo, veja-se (grifou-se):

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. INEXISTÊNCIA DE DANO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU MÁ-FÉ. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. PEDIDO DE BAIXA DA RESTRIÇÃO DE BEM DE PROPRIEDADE DE UM DOS RÉUS DEFERIDO. 1. Os atos de improbidade administrativa estão previstos na Lei nº 8.429/92 em três espécies. Os atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam lesão ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). 2. A ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor. Se assim não fosse, qualquer irregularidade praticada por um agente público poderia ser enquadrada como improbidade por violação do princípio da legalidade, sujeitando-o às pesadas sanções da respectiva lei, o que por certo tornaria inviável a própria atividade administrativa, pois o erro é da essência do ser humano e simples erro não pode ser havido como ato de desonestidade para com o Estado. 3. Não obstante tenham sido apuradas irregularidades nas condutas dos requeridos, não logrou o autor êxito em demonstrar que estas tenham sido movidas pela má-fé, caracterizada pelo dolo e/ou culpa grave. Também não restou comprovado que foram comprometidos princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições. 4. Apesar de as provas colhidas apontarem no sentido da existência de irregularidades praticadas, tais atos não se deram em razão de deslealdade dos apelados para com a Administração, mas sim motivados por negligência e/ou imperícia. (...) (REO 0017477-75.2009.4.01.4100, JUIZ FEDERAL HENRIQUE GOUVEIA DA CUNHA (CONV.), TRF1 - QUARTA TURMA, e-DJF1 26/01/2017)

Reitera-se também, como visto acima, que a Emenda Constitucional n. 119, de 27 de abril de 2022, ao acrescentar o artigo 119 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, retirou da incidência da Lei de Improbidade Administrativa a conduta de não aplicação dos percentuais mínimos de educação no contexto da pandemia, criando um exemplo concreto em que o ordenamento jurídico-constitucional tolera a existência de um equívoco na aplicação de outras regras, sem que se fale em punição ao agente responsável.

Portanto, conclui-se que as construções que resultam no direito ao erro do agente público, além de auxiliarem no exame sobre o elemento subjetivo, também permitem que se vislumbrem hipóteses objetivas de não incidência da norma proibitiva, conforme os dispositivos expressos da nova redação da Lei de Improbidade Administrativa – tratando-se, em tais casos, de risco permitido, o que possibilita o afastamento da ilicitude ou da tipicidade já no exame da justa causa, no limiar da ação judicial de improbidade administrativa.

3.5. Princípio da insignificância

Outro parâmetro objetivo para a análise da justa causa na ação de improbidade diz respeito à lesividade da conduta, podendo ser invocado o princípio da insignificância, no caso em que, da análise da petição inicial do feito, já possa ser verificada que a

questão fática não detém a gravidade suficiente e própria do regime sancionatório da improbidade administrativa.

Registre-se, desde logo, que a aplicação do princípio da insignificância no regime próprio da improbidade administrativa encontra posições doutrinárias e jurisprudências divergentes³⁰³.

De todo modo, prevalece, para o presente estudo, que o princípio da insignificância se aplica, sim, à improbidade administrativa, e deverá ser objeto de análise até mesmo na justa causa, em razão de compor a tipicidade material do ilícito da improbidade³⁰⁴, em razão da exigência da lesividade imputada à conduta.

Esta preocupação encontra ainda maior fundamento em relação às condutas com a tipificação redacional bastante aberta, notadamente na redação anterior do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, bem como nas condutas que se mantiveram com abertura semântica na norma proibitiva, a exemplo das cláusulas abertas ainda previstas na lei de regência.

Edilson Pereira Nobre Júnior, ao se debruçar sobre as garantias constitucionais aplicáveis ao regime sancionatório administrativo, assim sustentou³⁰⁵:

O problema da cláusula punitiva aberta poder redundar na punição de conduta que, na prática, seja inidônea para lesar bem jurídico de interesse coletivo, também não deverá induzir a sua desvalia. A exemplo do Direito Penal, é de bom alvitre a aplicação do princípio da insignificância. Assim, o aplicador da norma punitiva deverá de relevar as situações de não ocorrência de lesão a bens jurídicos da coletividade, escoimando de pena o infrator.

No mesmo sentido, Eduardo Kahler Ribeiro, ao traçar o panorama geral da insegurança jurídica própria da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, aponta que a delimitação do poder punitivo passa também pela análise do conteúdo material da improbidade administrativa, de modo que, a exemplo do Direito Penal, devem ser

³⁰³ O referido contexto é aprofundado em: GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, Comentários ao art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, item 5. Os próprios autores, no referido trecho, entendem que o princípio da insignificância somente seria aplicável à modalidade culposa do ato de improbidade administrativa – o que é objeto de discordância do presente estudo, conforme será esclarecido neste tópico. Sobre o tema, ver também: FERRAZ, Luciano. Lei 13.964/19 e (in)significância na improbidade administrativa. Coluna Interesse Público. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-23/interesse-publico-lei-1396419-insignificancia-improbidade-administrativa>. Acesso em: 10/05/2022; e MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Improbidade administrativa e princípio da insignificância: uma história sem fim. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-21/mudrovitsch-pupe-improbidade-principio-insignificancia>. Acesso em: 10/05/2022.

³⁰⁴ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 319.

³⁰⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000, p. 238.

utilizados parâmetros “de limitação dos tipos, como a insignificância, a viabilizar que meras irregularidades não se sujeitem a sancionamento”³⁰⁶.

Dentro de tal panorama, torna-se relevante a novidade legislativa que inseriu, pela via da Lei n. 14.230/2021, novo parágrafo no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, determinando a necessidade de lesividade relevante ao bem jurídico, quanto à imputação da improbidade por violação a princípios da Administração Pública:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

(...)

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Conforme se observa da nova redação legislativa, o tipo do art. 11 passou a exigir, de forma expressa, a necessidade de comprovação da lesividade relevante da conduta em detrimento do bem jurídico tutelado.

Com igual importância, destaca-se o atual art. 17-C, IV, “a”, da Lei de Improbidade Administrativa (incluído pela Lei n. 14.230/2021), eis que tal norma tornou expressa a obrigação de observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções do regime da improbidade administrativa – assim, desde o início da ação judicial, caso já se vislumbre a ausência de proporcionalidade ou razoabilidade, deve-se entender por ausente a justa causa, diante da baixíssima probabilidade de condenação em concreto.

Dessa maneira, com o advento da Lei n. 14.230/2021, por determinação expressa do legislador, o princípio da insignificância se tornou aplicável, indubitavelmente, também no âmbito da improbidade administrativa – mesmo no exame sobre a justa causa.

Com efeito, seria até mesmo desproporcional o ajuizamento de uma ação de improbidade administrativa se ausente um dano relevante para o valor a ser protegido, de modo que deve ser ponderado que, para a aplicação de qualquer sanção, é

³⁰⁶ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 76.

indispensável uma adequação meio-fim, o que atrai a aplicação do princípio da proporcionalidade³⁰⁷.

Napoleão Nunes Maia Filho também aponta, com base na lição de Fábio Medina Osório, que “não seria revolucionário ou subversivo dizer que, revelada a bagatela dos efeitos da conduta do agente, seria inadequada a ação de improbidade para impingir-lhe sanção por ato ímprobo”³⁰⁸, sem prejuízo de outras esferas menos gravosas de responsabilização.

Diante de tal panorama, o exame da justa causa também deverá analisar, de forma detida, a lesividade da conduta imputada, à luz do princípio da insignificância, devendo ser rejeitada, de pronto, a ação judicial que não atribua ao acusado, com elementos mínimos de prova, a lesividade relevante ao bem jurídico tutelado³⁰⁹ – notadamente nas imputações que decorrem do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, e observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

3.6. Prescrição

A prescrição consiste também em mais um parâmetro objetivo para a análise da justa causa na improbidade administrativa, seja no momento do recebimento da petição inicial, seja também ao longo da tramitação processual, especialmente no caso de prescrição intercorrente.

Com efeito, se a conduta investigada foi alcançada pela prescrição, em momento anterior ou mesmo durante o trâmite da ação judicial, não mais subsistirá justa causa para o processamento da ação de improbidade administrativa, eis que a probabilidade de futura condenação tem valor igual a zero.

³⁰⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, Comentários ao art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, item 5.

³⁰⁸ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Impreco, 2017, p. 98

³⁰⁹ No mesmo sentido: “Ademais, o ato havido por ímprobo deve ser administrativamente relevante, sendo de se aplicar, na sua compreensão, o conhecido princípio da insignificância, de notável préstimo no Direito Penal moderno, a indicar a inaplicação de sanção criminal punitiva ao agente, quando o efeito do ato agressor é de importância mínima ou irrelevante, constituindo a chamada bagatela penal: de minimis non curat Praetor, neste caso, trata-se de contribuição do Município do Rio de Janeiro para construção de uma pequena igreja dedicada à devoção de São Jorge, na periferia da Cidade do Rio de Janeiro, no valor de R\$ 150.000,00 (...) (REsp 1536895/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 08/03/2016)”; e “[n]ão se devem confundir meras irregularidades administrativas com as graves faltas funcionais de improbidade, sujeitas às sanções da Lei n. 8.429/92. Todo ato ímprobo é um ato ilícito, irregular, mas nem todo ilícito ou irregularidade constitui-se em ato de improbidade. 4. “A prática de atos que importem em insignificante lesão aos deveres do cargo, ou à consecução dos fins visados, é inapta a delinear o perfil do ímprobo, isto porque, afora a insignificância do ato, a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 ao agente acarretaria lesão maior do que aquela que ele causara ao ente estatal, culminando em violar a relação de segurança que deve existir entre o Estado e os cidadãos” (in: Garcia, Emerson e Alves, Rogério Pacheco, *Improbidade Administrativa*, 2ª. Ed. Lúmen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2004, p. 115). (...)” (AC 0000427-49.2017.4.01.4005, Desembargador Federal Ney Bello, TRF1 - Terceira Turma, PJe 18/12/2020).

Na forma da atual redação do art. 23, §8º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021, a prescrição atinge a pretensão sancionadora relativa ao ato de improbidade administrativa, sem prejuízo de eventuais pretensões de outra natureza, como a tutela de reparação ao erário, imprescritível no caso de ato de improbidade administrativa praticado dolosamente³¹⁰.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 897 do STF, em repercussão geral, fixou a tese de que são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.

Veja-se a ementa do referido julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. (RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019)

A prescrição, portanto, é a regra do sistema, inclusive operando em favor da estabilização das relações sociais, de modo tal que o ajuizamento da ação não poderá imputar atos sujeitos a sanções cuja pretensão punitiva já esteja prescrita, observado o teor da decisão do STF no Tema n. 897, conforme acima citada.

Ainda sobre a mesma temática, sublinhe-se que o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, fixou a tese, no Tema Repetitivo n. 1089, no sentido de que “[n]a ação civil pública por ato de improbidade administrativa é possível o prosseguimento da demanda para pleitear o ressarcimento do dano ao erário, ainda que sejam declaradas prescritas as demais sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92”.

³¹⁰ Conforme o Tema 897 do STF, em que se fixou a tese, em repercussão geral, de que “[s]ão imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. (RE 852475, Relator(a): Alexandre De Moraes, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-058 Divulg 22-03-2019 Public 25-03-2019)

Por oportuno, é importante o registro de que o instituto da prescrição, na redação original da Lei de Improbidade Administrativa, apresentava diversas complexidades interpretativas, eis que subsistia um regime jurídico híbrido – para não dizer inusitado – da prescrição, com regras distintas a depender do vínculo do agente público, bem como com referências a outros diplomas legais (estatutos dos servidores ou até mesmo leis penais)³¹¹.

Em tal panorama, antes da reforma realizada pela Lei n. 14.230/2021, a redação da norma então vigente (art. 23) determinava que as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa poderiam ser propostas: (i) no prazo de cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; (ii) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego; e (iii) até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º da lei.

Além da ausência de isonomia, inclusive em razão de que cada ente federativo poderia prever prazos distintos, a interpretação de tal norma apresentava ainda maiores complexidades implícitas: isso em razão de que, ao menos no plano federal, a Lei n. 8.112/1991, ao tratar do prazo prescricional de demissão, faz referência ao prazo prescricional próprio da lei penal, para condutas também puníveis como crime (art. 142, §2º, da referida Lei n. 8.112/1991).

Outras dúvidas eram também relevantes, como o caso de agente detentor de mandato eletivo que obtivesse a reeleição, por exemplo³¹².

O início do cômputo do prazo era também de difícil interpretação, já que muitos diplomas que regem o funcionalismo público determinam que o prazo somente passaria a correr a partir do conhecimento do fato pela Administração³¹³.

De tal maneira, afigurava-se tarefa hercúlea a exegese, no caso concreto, do prazo prescricional para ação destinada a punir o ato de improbidade.

Como já tratado anteriormente, o Direito Sancionador deve ser o mais claro possível, até mesmo para o que destinatário da norma, na condição de cidadão, possa se

³¹¹ O panorama da norma então vigente é muito bem esclarecido em: HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei n° 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 171/174. Ver também: GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020, comentários ao art. 23 (versão e-book).

³¹² HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei n° 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 172.

³¹³ HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei n° 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 272.

comportar de acordo com os ditames legais previamente previstos em relação a sua conduta.

Diante de tal panorama, é de ser elogiada a política legislativa levada a cabo pela Lei n. 14.230/2021, que passou a prever um único prazo prescricional da ação para qualquer hipótese de ato de improbidade administrativa, conforme a regra ora determinada no caput do art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Houve também modificação no termo inicial de cômputo do prazo, que se inicia a partir da ocorrência do fato ou da cessação da permanência – e não mais da ciência do fato pela Administração.

Por fim, a nova lei também criou a hipótese da prescrição intercorrente, que poderá correr pela metade, após uma das causas de interrupção dispostas expressamente no texto legal (art. 23, §§4º e 5º, da Lei de Improbidade Administrativa, na redação dada pela Lei n. 14.230/2021) – devendo ocorrer a prescrição da pretensão sancionadora de ofício ou a pedido da parte interessada.

Finalmente, embora se verifiquem algumas resistências³¹⁴, que já foram refutadas no momento oportuno deste trabalho, o presente estudo se alinha à tese de que, em razão de a improbidade administrativa estar inserida no regime constitucional do Direito Sancionador, a norma prescricional, acaso mais benéfica, deverá retroagir em benefício do réu, razão pela qual deverá ser aplicada de imediato, ainda que as condutas em exame tenham sido praticadas anteriormente à vigência da Lei n. 14.230/2021³¹⁵.

Tal afirmação decorre das garantias do Direito Punitivo em geral, que se comunicam também ao Direito Administrativo Sancionador, seja em decorrência do texto constitucional (art. 5º, XL), que deve ser estendido à improbidade administrativa

³¹⁴ Conforme Nota Técnica n. 01/2021, editada pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, do Ministério Público Federal, em que se manifestou-se pela não retroatividade das novas normas de prescrição trazidas pela Lei n. 14.230/2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>. Acesso em: 13/12/2021. Na doutrina, sustentando a irretroatividade das normas mais favoráveis da Lei de Improbidade Administrativa: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A irretroatividade de normas mais favoráveis da Lei de Improbidade Administrativa reformada. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-irretroatividade-de-normas-mais-favoraveis-da-lei-de-improbidade-administrativa-reformada/>. Acesso em: 31/05/2022.

³¹⁵ No mesmo sentido do aqui defendido: NÓBREGA, Guilherme Pupe da; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. Improbidade administrativa: retroatividade e prescrição intercorrente. *Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-26/improbidade-debate-retroatividade-prescricao-intercorrente>. Acesso em: 13/12/2021; e CAPEZ, Fernando. Retroatividade in mellius da prescrição intercorrente na Lei de Improbidade. *Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/controversias-juridicas-retroatividade-in-mellius-prescricao-intercorrente-lei-improbidade>. Acesso em: 13/12/2021.

em uma interpretação constitucionalmente adequada³¹⁶, seja também em razão da expressa dicção do art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos³¹⁷, conforme já visto no tópico deste trabalho.

Convém registrar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral sobre a questão da retroatividade ou não das novas regras de prescrição da improbidade administrativa, conforme o Tema 1199 da Repercussão Geral – mas o tema ainda pende de definição de mérito pela referida corte.

De todo modo, as razões que sustentam a posição do presente estudo, que entende pela retroatividade mais benéfica também sobre as novas regras de prescrição, já foram tratadas de forma exaustiva no tópico sobre os direitos fundamentais, e não há razão para conclusão diversa também quanto aos prazos prescricionais mais benéficos aos acusados e previstos em lei mais recente, razão pela qual tais argumentos se mantêm hígidos também sobre a retroatividade benéfica da norma prescricional.

Portanto, do ponto de vista da análise da justa causa no ajuizamento da ação, tem-se que o exame da prescrição deverá observar a regra que seja mais benéfica ao acusado, e, caso constatada a prescrição, não haverá justa causa para o recebimento da ação, pois estará desde logo extinta a pretensão sancionadora relativa ao ato de improbidade administrativa imputado.

Ademais, por ocasião do referido exame sobre a justa causa, o intérprete também deverá atentar-se sobre a possibilidade de prosseguimento parcial da tramitação, no caso em que houver a prescrição apenas parcial (atingindo parte das sanções imputadas) – na hipótese em que também haja pedido de ressarcimento ao erário relativo a ato doloso de improbidade administrativa, na forma do Tema n. 1089 do STJ bem como do Tema n. 897 do STF.

3.7. Sentenças civis, absolvições em processos penais e a vedação ao *bis in idem*

Por fim, na análise da justa causa da ação de improbidade administrativa, há ainda outra espécie de parâmetro objetivo que poderia impedir o prosseguimento da ação – devendo investigar-se se os fatos imputados já tenham sido objeto de ação judicial e eventual sentença em outras instâncias punitivas.

³¹⁶ FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado? *Conjur*, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 28/02/2022.

³¹⁷ Citado em SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Genérico ou específico? Afinal, qual o dolo exigível no novo regime de improbidade administrativa? *Portal Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363419/qual-o-dolo-exigivel-no-novo-regime-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 28/05/2022.

De início, é importante lembrar-se que, pela dicção do texto expresso da Constituição, em seu art. 37, §4º, o constituinte previu que o regime de improbidade administrativa é regulado pela noção da independência das instâncias punitivas, eis que expressamente se determinou que a punição por ato de improbidade deverá ser realizada “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Portanto, por opção do constituinte, o Direito brasileiro permite que os mesmos fatos sejam objeto de ação de improbidade administrativa e também sejam objeto de uma ação penal, de forma concomitante, sem que uma instância obstaculize a persecução punitiva da outra instância.

Esta situação pode gerar perplexidades, já que os processos podem ter resultados antagônicos, e, muitas vezes, serão julgados por juízos distintos, dada a evolução da especialização de determinadas unidades jurisdicionais, conforme se verifica do desenho institucional do Poder Judiciário.

Do mesmo modo, há uma importante preocupação sobre a vedação ao *bis in idem*, consistente na garantia de que o acusado não responda mais de uma vez pelos mesmos fatos³¹⁸.

Esta preocupação não é uma exclusividade brasileira³¹⁹, já tendo até mesmo sido objeto de julgamento pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em que se adotou, “desde o paradigmático caso Grande Stevens, em 2014, o entendimento de que é vedado o *bis in idem* na relação entre direito penal e direito administrativo sancionador”³²⁰.

Ademais, antes mesmo da reforma da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com o advento da Lei n. 13.655/2018, já atenuava, em seu art. 22, §3º, os efeitos da condenação relativos ao mesmo fato em instâncias distintas.

³¹⁸ Sobre o tema, ver: FORTINI, Cristina; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. *Revista de Investigações Constitucionais* [online]. 2018, vol.5, n.2, pp.91-112. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57614/35888>. Acesso em: 12/12/2021; e também: NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000, p. 147/148.

³¹⁹ Ver também doutrina estrangeira citada em: VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 114/119.

³²⁰ Trecho de voto do ministro Gilmar Mendes, relator da Reclamação n. 41.557/SP. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345865921&ext=.pdf>. Acesso em: 14/12/2021. Sobre o caso Grande Stevens, ver também artigo específico que tratou do tema, na Revista do CADE – SILVEIRA, Paulo Burnier. O Direito Administrativo Sancionador E O Princípio Non Bis In Idem Na União Europeia: Uma Releitura A Partir Do Caso “Grande Stevens” E Os Impactos Na Defesa Da Concorrência. *Revista de Defesa da Concorrência – Vol. 2, n. 2, novembro de 2014, p. 5-22*. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/139/84>. Acesso em: 20/05/2021.

Diante de tal cenário, a reforma legislativa realizada pela Lei n. 14.230/2021 previu expressamente um novo regime de comunicação e eventual prejudicialidade das diversas instâncias repressivas.

Previu-se, de um lado, a expressa aplicação da vedação ao *bis in idem* em relação à Lei n. 12.846/2013 – conforme a atual redação do art. 12, §7º, da Lei de Improbidade Administrativa, assim atualmente redigido:

Art. 12 - § 7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem.

A referida regra, que determina a observância do princípio constitucional do *non bis in idem*, repercutiu de forma decisiva no exame da justa causa da ação de improbidade administrativa – de modo tal que não haverá justa causa em relação a fatos imputados a pessoa jurídica já sob ação judicial relativamente ao regime jurídico da Lei n. 12.846/2013, eis que não há possibilidade jurídica sequer de nova ação sobre os mesmos fatos (art. 17, §19, III, c/c art. 3º, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa, na nova redação), o que representa a patente ausência de justa causa na referida hipótese.

Solução com resultados equivalentes já havia sido proposta também por estudiosos do tema, como Cristiana Fortini e Ariane Sherman, que assim harmonizaram a aplicação conjunta das referidas leis com a vedação ao *bis in idem*³²¹:

Logo, diante das considerações até aqui tecidas, considerando uma mesma conduta rechaçada simultaneamente pela Lei de Improbidade e pela Lei Anticorrupção, devemos perquirir se o sujeito ativo da conduta é agente público e/ou pessoa jurídica. Se presente apenas o agente público, será aplicado o regime da Lei de Improbidade, existentes os demais requisitos para sua incidência. Se o sujeito ativo for pessoa jurídica, o regime aplicável será o da Lei Anticorrupção. No caso de autoria compartilhada entre agente público e pessoa jurídica, nos moldes do que dispõe o art. 3º da Lei n. 8.429/92, diante das distintas naturezas das responsabilidades previstas na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção, bem como de suas repercussões na maior ou menor gravidade do processo de responsabilização, a presença do agente público atrairá a aplicação da Lei n. 8.429/1992, cujo regime é talhado para coibir atos de improbidade praticados por pessoas físicas contra a Administração Pública. Essa pode ser uma solução que hoje nos parece possível. Pode-se pensar, também, na possibilidade de responsabilização do agente público sob a égide da Lei de Improbidade e da pessoa jurídica coautora ou partícipe – para utilizar a terminologia do direito penal – na esfera da Lei Anticorrupção. Prevalece, nesse caso, o critério da especialidade, já que a Lei Anticorrupção é especificamente talhada para a responsabilização da pessoa jurídica.

Registra-se também que, como forma de aplicação da garantia do *non bis in idem*, a Lei de Improbidade Administrativa também passou a prever a compensação de

³²¹ FORTINI, Cristina; SHERMAN, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do *bis in idem*. *Revista de Investigações Constitucionais* [online]. 2018, vol.5, n.2, p. 108/109. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57614/35888>. Acesso em: 12/12/2021.

sanções aplicadas em esferas punitivas distintas, conforme o novo art. 21, §5º, incluído pela Lei n. 14.230/2021 – embora tal regra não seja própria do exame da justa causa, mas sim do momento de aplicação ou unificação de sanções.

De todo modo, existe, na nova redação legal, outro parâmetro objetivo que influencia diretamente no exame da justa causa: trata-se da comunicabilidade das sentenças civis e penais que tratem sobre os mesmos fatos, e que, em determinadas situações, funcionarão como obstáculo para a tramitação da ação de improbidade administrativa.

Com efeito, com a edição da Lei n. 14.230/2021, a Lei de Improbidade Administrativa recebeu a inclusão das seguintes normas, previstas em seu art. 21, §§3º e 4º:

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

(...)

3º As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

O presente estudo entende que a hipótese trazida pelo art. 21, §3º, se trata de regra a ser primordialmente aplicada quando do julgamento de mérito da ação de improbidade administrativa, como fundamento não vinculante a ser enfrentado pelo juízo competente para o exame da ação de improbidade administrativa.

Assim, tal hipótese somente será um obstáculo à própria tramitação da ação de improbidade administrativa se tiver ocorrido o trânsito em julgado da sentença civil ou, pela aplicação do §4º, no caso de absolvição criminal já confirmada em órgão colegiado.

Por outro lado, portanto, e de forma distinta, o art. 21, §4º, prevê que a referida hipótese se trata de verdadeiro impeditivo para o trâmite da ação de improbidade, tendo sido uma opção de política legislativa, e eventualmente de aplicação de economia processual, e que resultará na imediata produção de efeitos relativamente à análise da justa causa.

Portanto, neste ponto, não haverá justa causa para a persecução punitiva, em ação de improbidade administrativa, relativamente a fatos que já tenham sido objeto de

absolvição em ação criminal em que sejam discutidos os mesmos fatos, desde que tenha ocorrido também a confirmação da referida absolvição por decisão colegiada.

É importante o registro, ainda, no sentido de que a absolvição tratada na hipótese do art. 21, §4º, vai além da mera conclusão pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria, eis que o art. 386 do Código de Processo Penal assim prevê as hipóteses de absolvição:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII - não existir prova suficiente para a condenação.

Há, assim, um avanço no que diz respeito à comunicabilidade das sentenças penais em relação ao sistema da improbidade administrativa.

Tal regra é condizente com a noção da justa causa da ação de improbidade administrativa – que, como visto, exige um mínimo lastro probatório para o prosseguimento da ação judicial correspondente.

Ora, uma absolvição criminal, por qualquer motivo que seja, funciona como indício robusto de ausência de ilicitude em outras searas, sendo que a opção do legislador, neste ponto, não afrontou nenhuma regra constitucional, e, portanto, merece aplicabilidade imediata.

Portanto, ainda que a absolvição penal se dê pela ausência de provas, trata-se de hipótese relevante para o exame da justa causa da ação de improbidade administrativa, e que, por isso mesmo, impediria por si só o trâmite da ação de improbidade administrativa.

As hipóteses em que a absolvição se dê por ausência de tipicidade, ausência de ilicitude ou mesmo ausência de culpabilidade também são de suma relevância e informam, de maneira adequada, a justa causa da ação de improbidade administrativa, dando racionalidade ao sistema das distintas searas punitivas.

Por fim, a previsão, do mesmo art. 21, §4º, de que a absolvição deva ser confirmada por decisão colegiada para que funcione como impeditivo para a tramitação

da ação de improbidade administrativa também consiste em previsão que garante maior segurança jurídica à repercussão de decisões entre as diversas esferas de repressão estatal, razão pela qual merece ser enaltecida.

Registre-se, por oportuno, que o critério de produção de efeitos relevantes após confirmação de decisão judicial por órgão colegiado é o parâmetro legal utilizado também em outros diplomas normativos, como se vê na denominada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), por exemplo – não se tratando, portanto, de previsão inédita em nosso ordenamento, e sendo presumida a sua constitucionalidade.

É oportuno, ainda, o registro de que o Supremo Tribunal Federal já determinou o trancamento de ação de improbidade administrativa, por ausência de justa causa, em razão de anterior concessão de *habeas corpus*, que havia trancado a ação criminal relativa aos mesmos fatos – o referido entendimento, já transitado em julgado, trouxe ainda fundamento relevante para a presente investigação, no sentido de que a independência entre as instâncias punitivas é mitigada, não sendo absoluta, devendo também observar o comando da vedação ao *bis in idem*. Veja-se:

Reclamação constitucional. 2. Direito Administrativo Sancionador. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. 3. Possibilidade de se realizar, em sede de reclamação, um cotejo analítico entre acervos probatórios de procedimentos distintos. Caracterizada a relação de aderência temática entre a decisão reclamada e a decisão precedente. 4. Identidade entre os acervos fático-probatórios da ação de improbidade e da ação penal trancada pelo STF nos autos do HC 158.319/SP. 5. Negativa de autoria como razão determinante do trancamento do processo penal. Obstáculo ao reconhecimento da autoria na ação civil de improbidade. Independência mitigada entre diferentes esferas sancionadoras. Vedação ao bis in idem. 6. Liminar confirmada. Reclamação procedente. Determinado o trancamento da ação civil pública de improbidade em relação ao reclamante, com sua exclusão do polo passivo. Desconstituição definitiva da ordem de indisponibilidade de bens. (Rel 41557, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/12/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2021 PUBLIC 10-03-2021)

Dessa maneira, conclui-se que não haverá justa causa para a ação de improbidade administrativa nos casos em que os mesmos fatos: (i) imputados a pessoa jurídica, e que estejam já *sub judice* sob o regime jurídico da Lei n. 12.846/2013; (ii) tenham sido abrangidos pelo manto da coisa julgada em sentença civil que tenha concluído pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria; ou (iii) tenham sido objeto de absolvição criminal, confirmada por decisão colegiada, em qualquer das hipóteses previstas no art. 386 do Código de Processo Penal.

Na sequência da pesquisa, serão analisados os parâmetros subjetivos da justa causa própria da ação de improbidade administrativa.

CAPÍTULO 4 – Parâmetros subjetivos da justa causa na improbidade administrativa

Como já delineado exaustivamente nas etapas anteriores deste estudo, o sistema da improbidade administrativa pressupõe a observância do modelo constitucional de devido processo legal punitivo, de modo tal que se exige uma apuração aprofundada também sobre a culpabilidade e sobre o elemento subjetivo do agente responsável pela conduta investigada, com o fim de realizar-se a imputação subjetiva do fato típico³²².

Dessa forma, o elemento subjetivo consiste em um componente da tipicidade, sem o qual não há se falar em configuração do ato de improbidade administrativa.

Portanto, se ausente o elemento subjetivo (dolo ou culpa), afasta-se a própria tipicidade, razão pela qual se apresenta como incabível a punição correspondente.

Nesse sentido, a lição de Sirlene Arêdes³²³:

Assim como na esfera penal, a aplicação da sanção por ato de improbidade exige tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. De fato, qualquer sanção punitiva somente pode ser aplicada pelo Estado caso se comprove uma conduta dolosa ou culposa que ofende um dever de conduta legalmente imposto, que é um requisito da tipicidade. Exige também que não haja, no ordenamento jurídico, uma norma que permita a conduta em situações específicas — antijuridicidade — e mais, a aplicação da pena somente pode ocorrer quando for constatado que, perante o ordenamento jurídico, o autor da conduta poderia e deveria ter atuado de modo diverso, exigência da culpabilidade.

Fernando Gaspar Neisser também adverte que não se admite, sob qualquer hipótese, presunções ou inversão do ônus da prova no que diz respeito ao elemento subjetivo – eis que, “[s]endo o dolo e a culpa elementos do tipo da improbidade, a depender da modalidade – sua prova sempre recairá sobre quem maneja a ação”³²⁴.

A culpabilidade também ganha relevo, não como elemento subjetivo em si, mas como parâmetro jurídico para que determinada conduta ilícita (e suas conseqüências sancionatórias) possa ser imputada a alguém, sob o fundamento de ser-lhe exigida, juridicamente, conduta diversa.

No que diz respeito ao elemento subjetivo em si, registre-se que, na investigação sobre o tipo subjetivo na improbidade administrativa, um dos pontos de maior

³²² CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 342. Conforme se extrai de estudo de Fernando Capez, a configuração da tipicidade do ato de improbidade exige a presença de três requisitos, sem os quais não haverá fato típico, e, por tal razão, sequer poderá ter início da apuração da responsabilidade: (i) tipicidade formal (conduta ilícita deve estar formalmente descrita na lei de regência); (ii) tipicidade material (conteúdo materialmente ilícito) e (iii) conduta dolosa.

³²³ ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 157..

³²⁴ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 293.

dificuldade da aplicação da lei de regência, em sua redação original, consistia na hipótese de configuração do ato ímprobo por conduta culposa, além também da dificuldade de verificação do elemento subjetivo em relação a condutas previstas por meio de mero rol exemplificativo ou mesmo pela imprecisão do texto legal.

Muitos desses problemas foram adequadamente superados pela nova redação da Lei de Improbidade Administrativa, promovida pela Lei n. 14.230/2021, em que, destacadamente, foi extirpada a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa (art. 1º, §§1º e 2º, c/c art. 10 e c/c art. 17-C, §1º, todos da Lei de Improbidade Administrativa, com redação dada pela Lei n. 14.230/2021).

Do mesmo modo, a nova lei trouxe importantes parâmetros para o exame do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa – como a definição do conceito do dolo como “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” (art. 1º, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

Também se determinou, expressamente, 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” (art. 1º, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

E, em acréscimo, o texto legal passou a prever que não haverá a configuração do ato de improbidade no caso de ação ou omissão que decorra de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada (art. 1º, §8º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

A Lei de Improbidade Administrativa, na nova redação, também exige, para a configuração do ato de improbidade administrativa, a comprovação de que a conduta funcional do agente público tenha sido realizada com um fim específico, consubstanciado no “fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” (art. 11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluídos pela Lei n. 14.230/2021).

E, por fim, com a Lei n. 14.230/2021, o rol do art. 11 (improbidade administrativa por violação a princípio da Administração Pública) se tornou taxativo, e não meramente exemplificativo, exigindo-se também a indicação específica das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas (art. 11, §3º, incluído pela Lei n.

14.230/2021) – o que, em tese, afasta, por exemplo, a possibilidade de condenação por violação de princípios implícitos no ordenamento jurídico³²⁵.

E, embora seja um elemento próprio a ser investigado pela instrução probatória, é certo também que o elemento subjetivo deve ser objeto de análise por ocasião da deliberação sobre a justa causa³²⁶, por meio de elementos indiciários (probatórios, próprios desta fase) que tornem plausível a hipótese de que o agente acusado tenha agido com o dolo exigido pela lei de regência.

Nesse sentido, conforme Tercio Issami Tokano, por ocasião da análise da justa causa, deverá ser também perquirida a presença do elemento subjetivo, nos termos dos parâmetros delineados pelo referido autor³²⁷:

[S]erá perfeitamente possível extrair tanto a presença quanto a ausência do elemento subjetivo da conduta, podendo o magistrado, desde logo, antecipar, pela via da análise da justa causa, um veredicto que provavelmente ocorrerá anos depois, com a vantagem da economia processual e da preservação das garantias fundamentais da parte apontada indevidamente como improba

Do mesmo modo, já no exame da justa causa, poderá ser examinada a possibilidade ou não de culpabilidade do acusado, notadamente quanto à possibilidade de inexigibilidade de conduta diversa, coação absoluta ou insanidade mental – conforme será visto no próximo tópico.

Como se vê, houve uma contundente modificação legislativa sobre o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, e o aprofundamento sobre este novo regime jurídico será também feito nos tópicos seguintes.

Antes da análise sobre o elemento subjetivo doloso, que se tornou o ponto crucial para a configuração do ato de improbidade administrativa, faz-se necessária também uma breve análise sobre a culpabilidade e sobre a modalidade culposa da improbidade administrativa – o que será feito a seguir.

4.1. A culpabilidade e a improbidade administrativa

O presente estudo, no percurso até aqui percorrido, já inseriu o sistema da improbidade administrativa como componente do Direito Sancionador, de modo tal que,

³²⁵ Sobre o tema, ver, por exemplo: MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 66/67; e FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. O fim da improbidade por descumprimento de princípios e a Lei 13.655/18. *Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-01/interesse-publico-improbidade-descumprimento-principios-lei-1365518>. Acesso em: 12/05/2021.

³²⁶ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 91.

³²⁷ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 92/93.

para a análise judicial do ato de improbidade administrativa, aplicam-se as garantias fundamentais que informam, de maneira geral, o poder punitivo estatal.

Decorre de tal lógica o fundamento de que o acusado somente poderá sofrer as duras sanções previstas na Lei de Improbidade caso constatada a sua culpabilidade, como expressão de uma garantia fundamental, essencial para que não haja arbítrio por parte do órgão responsável pela persecução punitiva do Estado.

Embora a culpabilidade possa ser considerada como um dos elementos para subsidiar o exame analítico do ato de improbidade administrativa – ao lado da tipicidade (formal, material e do tipo subjetivo dolo) e da ilicitude³²⁸ – existe também uma acepção, como direito fundamental, no sentido de que a culpabilidade consiste na possibilidade jurídica de atribuir determinada sanção a um cidadão.

Eduardo Kahler Ribeiro aponta que a culpabilidade significa um juízo de reprovabilidade que atinge um comportamento humano proveniente de uma decisão do agente – não havendo se falar em punição se ausente a intencionalidade³²⁹.

Tal noção consiste na exigibilidade jurídica da conduta, sem a qual não poderia haver punição estatal em desfavor do indivíduo³³⁰.

Kahler Ribeiro também sustenta que, apesar de a Constituição não ter previsto expressamente o princípio da culpabilidade, o seu conteúdo normativo pode ser extraído de uma série de direitos e garantias fundamentais, como o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, além dos princípios da pessoalidade (art. 5º, XLV, da CF), da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIII, da CF) – sendo também resultante da proibição do excesso e da proporcionalidade, eis que a intensidade da sanção deve guardar pertinência com a gravidade da conduta ilícita praticada³³¹.

Em sentido análogo, Rafael Munhoz de Mello aduz que o princípio da proporcionalidade também funciona como base jurídica do princípio da culpabilidade,

³²⁸ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 343/343.

³²⁹ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 48. Neste ponto, o autor faz referência à obra FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 447.

³³⁰ ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 54.

³³¹ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 49.

mesmo no Direito Administrativo Sancionador, eis que a sanção somente poderia ser aplicada ao ato que, além de típico e ilícito, fosse também culpável³³².

No mesmo sentido, Flávio Henrique Unes Pereira aponta que³³³:

A estatutura constitucional do princípio da culpabilidade credencia-o a compor não apenas o regime jurídico penal, como também o do Direito Administrativo Sancionador. Trata-se de um princípio limitador da atividade sancionadora do Estado e, pois, garantidor de direitos fundamentais da pessoa humana contra o arbítrio estatal. A imposição de qualquer sanção disciplinar requer, portanto, a demonstração da responsabilidade subjetiva do servidor público

Do ponto de vista prático, sequer haveria razão para aplicação de sanção em desfavor de indivíduo que não tenha agido com dolo ou culpa, pois se não houve um ato doloso ou culposo, não haveria utilidade da imposição da sanção sob o fundamento da prevenção geral ou mesmo da prevenção especial³³⁴.

Os argumentos acima destacados, embora tenham sido cunhados especificamente para o Direito Administrativo Sancionador, são plenamente cabíveis para o estudo do regime da improbidade administrativa, dada a proximidade em que se encontram os dois ramos jurídicos.

Sobre o tema da culpabilidade, Tercio Issami Tokano aponta que, como regra geral, as ordens jurídicas modernas não admitem a mera responsabilidade objetiva, “exigindo o elemento subjetivo como requisito imprescindível para a caracterização da censurabilidade que, por sua vez, justifica a aplicação de alguma modalidade de sanção”³³⁵.

Para o autor, o princípio da culpabilidade, próprio do Direito Penal, está dentre aqueles que seguramente devem ser estendidos também ao Direito Administrativo Sancionador, notadamente em razão das severas penas, de natureza personalíssima, previstas no regime da improbidade administrativa – de tal forma, somente haverá a configuração da improbidade no caso em que constatado o elemento subjetivo³³⁶.

Com efeito, no regime próprio da improbidade, ao lado da gravidade das penas, tem-se que o modelo de tipicidade aberta sugere uma exigência ainda maior do

³³² MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005, p. 37/38.

³³³ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 79.

³³⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005, p. 38. No mesmo sentido: ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 158/159.

³³⁵ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 88.

³³⁶ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 89.

elemento subjetivo, como forma de dar proporcionalidade aos institutos da improbidade administrativa, de modo tal que a culpabilidade e a responsabilidade subjetiva passam a ser lidas como exigências constitucionais ao regime jurídico próprio do referido sistema, “sendo elementos indissociáveis da proporcionalidade que é corolário do Estado de Direito”³³⁷.

No mesmo sentido, Heraldo Garcia Vitta, ao analisar as sanções próprias do Direito Administrativo Sancionador, aponta que o conceito de Estado de Direito preserva a proteção contra arbitrariedades por parte do Estado, não só exigindo a submissão ao princípio da legalidade em si, “mas também contra toda sorte de arbitrariedades, impondo a observância dos direitos e das garantias individuais”, de modo que, no regime jurídico-constitucional dessa envergadura, “não podemos conceber haja infrações administrativas, diante de mera voluntariedade, sem qualquer análise da culpa ou do dolo do infrator”³³⁸.

Tal afirmação também é sustentada por Edilson Pereira Nobre Júnior, no sentido de que o postulado da culpabilidade impõe que a responsabilização administrativa somente pode ocorrer se constatada a ocorrência de dolo ou culpa por parte do agente acusado, o que afasta a responsabilidade objetiva³³⁹.

Com efeito, deve-se ter em mente que o princípio da culpabilidade decorre do princípio da individualização da pena, com sede constitucional (art. 5º, XLVI, da CF), e que, apesar de distintas posições doutrinárias, há de prevalecer o entendimento “pela impossibilidade de responsabilidade objetiva nas infrações administrativas”, de modo que deve ser demonstrado “que a ação antijurídica adveio da culpabilidade” – eis que tal constatação resulta do regime de garantias fundamentais, entre os quais aquele da individualização da pena³⁴⁰.

Com efeito, dentro do âmbito estrito do Direito Administrativo Sancionador, há corrente que sustenta que a sanção administrativa poderia ser aplicada mesmo se ausente dolo ou culpa³⁴¹ – mas este raciocínio não encontra reverberação no regime legal da improbidade administrativa, já que, desde o nascedouro da Lei n. 8.429/1992,

³³⁷ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 52.

³³⁸ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 43.

³³⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000, p. 139.

³⁴⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000, p. 141. Os trechos citados entre aspas se encontram na mesma página citada nesta nota de rodapé.

³⁴¹ Conforme notícia MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005, p. 43.

sempre se exigiu o elemento subjetivo dolo ou culpa para a configuração do ato de improbidade administrativa.

Registre-se, assim, que o debate sobre o cabimento ou não da responsabilização objetiva em sede de improbidade administrativa funciona apenas como parâmetro para que determinadas interpretações não cheguem ao ponto de produzir resultados próprios da responsabilização objetiva³⁴² – eis que, desde a redação original da Lei de Improbidade Administrativa, sempre houve a previsão de punição apenas por conduta dolosa ou culposa (consubstanciada em culpa grave, conforme sedimentado pelo STJ ao interpretar a redação original da Lei de Improbidade Administrativa³⁴³, bem como pelo art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em dispositivo incluído pela Lei n. 13.655/2018³⁴⁴).

Além do direito fundamental consubstanciado no princípio da culpabilidade, tem-se que a aceção culpabilidade também consiste em um elemento analítico a respeito da configuração ou não do ato de improbidade administrativa.

Dentro de tal abordagem, a culpabilidade pode ser lida como a exigibilidade jurídica de conduta diversa – e, neste ponto, há um diálogo inclusive com a noção de riscos permitidos, própria da imputação objetiva do tipo.

Sobre a culpabilidade como elemento analítico do ato de improbidade administrativa, Sirlene Arêdes aponta que³⁴⁵:

Assim como na esfera penal, a aplicação da sanção por ato de improbidade exige tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. (...) e mais, a aplicação da pena somente pode ocorrer quando for constatado que, perante o ordenamento jurídico, o autor da conduta poderia e deveria ter atuado de modo diverso, exigência da culpabilidade.

Fernando Capez também traz a construção de que, tal qual como no Direito Penal, a construção analítica do ato de improbidade administrativa exige a análise da culpabilidade ao lado da tipicidade (formal, material e tipo subjetivo consubstanciado no dolo, nos termos da Lei n. 14.230/2021), além da antijuridicidade e da culpabilidade³⁴⁶.

³⁴² NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 87.

³⁴³ Sobre o tema, ver: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 85/91, em que o autor demonstra, de forma minudente, a evolução jurisprudencial sobre o tema, especialmente tendo por base a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

³⁴⁴ Sobre o tema, ver: BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.

³⁴⁵ ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 157.

³⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 343/343. Assim aponta o referido autor, no trecho citado: “Dessa feita, temos na primeira etapa da verificação do ato

Sirlene Arêdes acrescenta que, para o exame da culpabilidade relativo ao ato de improbidade administrativa, deve aferir-se, tendo como parâmetro o ordenamento jurídico, se o agente tinha condições de atuar de maneira diversa daquela que atuou – destacando, por exemplo, que as exculpantes de insanidade mental e de coação absoluta, dentre outras, afastariam a culpabilidade na improbidade administrativa³⁴⁷.

A título de exemplo, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a impossibilidade de condenação de inimputável em ação de improbidade administrativa³⁴⁸ – com efeito, apesar de ter sido afastado o dolo, a hipótese também afastaria a culpabilidade do agente.

Na mesma toada, a análise sobre a imputação da conduta indevida poderá até mesmo afastar a culpabilidade no caso de causas excludentes da culpabilidade, por inexigibilidade de conduta diversa e ausência de potencial consciência da ilicitude em razão de erro de proibição inevitável, conforme pontua Fernando Capez³⁴⁹.

Pedro de Hollanda Dionisio, que se debruçou sobre o direito ao erro do administrador, também aponta que o “[e]rro inevitável exclui a culpabilidade e o elemento subjetivo”³⁵⁰.

Em outra vertente, é importante o registro de que a Lei n. 13.655/2018, ao inserir o art. 22 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, determina que “[n]a 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” – o que deve funcionar como reflexão também sobre a culpabilidade na improbidade administrativa, consistente no conceito de exigibilidade jurídica da conduta investigada³⁵¹. Tal norma foi também replicada no novo texto da Lei de Improbidade

de improbidade a aferição de sua tipicidade. Para tanto, é necessário: que o fato esteja previsto em lei (tipicidade formal), que tenha conteúdo material de ato de improbidade (imputação objetiva do fato à norma) e haja sido praticado com dolo ou culpa (imputação subjetiva). Em seguida, verifica-se a ilicitude do ato de improbidade, com a análise de eventuais causas excludentes (exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade). Finalmente, apura-se a culpabilidade do agente, pois sua responsabilidade pode ter sido excluída por alguma causa (inexigibilidade de conduta diversa e ausência de potencial consciência da ilicitude em face do erro de proibição inevitável)”.

³⁴⁷ ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 169/170.

³⁴⁸ Trata-se de processo em segredo de justiça, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça não disponibiliza o número do processo. Contudo, as informações sobre o caso foram divulgadas no sítio do tribunal: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19102020-Inimputabilidade-que-impede-condenacao-por-ato-de-improbidade-tambem-afasta-obrigacao-de-ressarcimento.aspx>. Acesso em: 09/12/2021.

³⁴⁹ CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 342/343.

³⁵⁰ DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019, p. 92/93).

³⁵¹ Registra-se julgamento que entendeu não configurado o ato de improbidade administrativa levando em conta, entre outros fatores, a LINDB e a realidade prática do gestor: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação

Administrativa, ao tratar dos parâmetros para a aplicação das sanções (art. 17-C, II e III, na nova redação dada pela Lei n. 14.230/2021).

Todas as questões acima colocadas deverão, quando possível, ser objeto de análise já no início da ação judicial punitiva, por meio do filtro da justa causa.

Outro aspecto que se relaciona com a culpabilidade e com o exame da justa causa diz respeito também ao efetivonexo causal especialmente nas condutas omissivas – de modo tal que somente haverá a culpabilidade se o resultado decorrer efetivamente de uma ação ou omissão dolosa do acusado.

Dentro de tal ótica, a mera ocupação de função ou cargo com poderes hierárquicos não admite, por si só, que haja, necessariamente, a responsabilidade por improbidade administrativa do agente (art. 1º, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

Com efeito, como já delineado anteriormente, o agente público não pode ser tratado como um segurador universal dos riscos da Administração, sem previsão legal³⁵², sendo certo que determinados riscos são efetivamente assumidos e tolerados pelo próprio ordenamento jurídico, para o bem da coletividade – que, muitas vezes, exige da Administração respostas dinâmicas para os desafios cotidianos.

Do mesmo modo, não haverá culpabilidade, no regime próprio da Lei de Improbidade Administrativa, em relação a condutas privadas do agente público, salvo se houver regra própria e específica no regime legal que regulamenta a função – com efeito, Fábio Medina Osório aponta que “um sujeito que, sendo agente público, pratique um ilícito de sonegação fiscal ou de homicídio em sua vida privada não comete, a priori, improbidade administrativa, mas outras figuras ilícitas”³⁵³.

Por óbvio, se tais questões já surgem da documentação inicial, o exame sobre a justa causa impõe a rejeição da ação de improbidade administrativa, por ausência de culpabilidade do agente.

Nos próximos tópicos, serão analisados, de forma pormenorizada, os elementos subjetivos (dolo e culpa), de acordo com a nova legislação (Lei 12.430/2021), e, ademais, será feita uma reflexão sobre a imputação do elemento subjetivo (tipo

Cível n. 0003660-41.2013.4.01.3311, Desembargador Federal Olindo Menezes, TRF1 - Quarta Turma, e-DJF1 23/11/2020.

³⁵² NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 287.

³⁵³ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 5ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020 (*e-book*), capítulo 2, tópico 3.1.

subjetivo) no cenário da improbidade administrativa, em que as condutas delitivas são previstas com alto grau de generalização.

4.2. Tipologia aberta e o elemento subjetivo

Como se verificou no capítulo anterior, a tipologia excessivamente aberta de previsão das condutas delitivas entra em aparente conflito com o modelo punitivo previsto pela cláusula do devido processo legal, constitucionalmente estatuída.

É verdade que as cláusulas gerais têm utilidade para a abertura e mobilidade do sistema jurídico, “viabilizando a adequação valorativa aos casos concretos”³⁵⁴, mas, no campo punitivo, “não é possível ao Estado valer-se de tipos sancionadores amparadas em técnicas de excessiva vagueza semântica”³⁵⁵.

Dessa forma, embora se reconheça que a linguagem possua diversas possibilidades de interpretação³⁵⁶, certo é que, quando se trata de normas proibitivas, deve haver um mínimo grau de previsibilidade e de zelo com a linguagem da norma, evitando-se a produção de normas excessivamente abertas e, assim, promotoras de insegurança jurídica.

No mesmo sentido, João Batista Gomes Moreira sustenta que, diante dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, “não mais subsiste a possibilidade de previsão aberta de transgressões disciplinares dos servidores públicos”, eis que tipificação fechada se sobressai implícita do corolário do devido processo legal, além de ser indispensável para a ampla defesa³⁵⁷.

Importante a citação, novamente, de Fábio Medina Osório, ao tratar sobre o Direito Administrativo Sancionador³⁵⁸:

Insistimos na ideia de que a racionalidade proibitiva tem algumas conexões imprescindíveis: (a) com o princípio democrático e, por conseguinte, com a lei; (b) com a previsibilidade objetiva e razoável das condutas proibidas, ou seja, com o texto normativo como fonte de interdição ao arbítrio e à retroatividade material da própria lei; (c) com a evitabilidade do fato proibido, eis que ligada finalisticamente à prevenção geral e prevenção especial.

³⁵⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 235.

³⁵⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 238.

³⁵⁶ Sobre o tema, vide: CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979; e também o ensaio “Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem”, em SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coordenação Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

³⁵⁷ MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 233.

³⁵⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 241.

Dentro de tal cenário, é natural a conclusão de que a indefinição do que seria a conduta proibida também produz reflexos contundentes sobre o elemento subjetivo do agente, eis que somente poderá ser punido aquele que atuou com dolo específico, o que pressupõe o conhecimento e a vontade de realizar tal conduta.

Se não há previsão normativa prévia determinando que tal conduta (e tal resultado) seria passível de punição, a prática do ato se torna atípica (e lícita), não havendo se falar em conduta dolosa, eis que não se poderia exigir, do agente, o conhecimento prévio – noção que compõe, junto ao elemento volitivo, o conceito de dolo.

Já se adianta, desde logo, que a Lei n. 14.230/2021, ao reformar o texto da Lei de Improbidade Administrativa, extirpou do ordenamento jurídico a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, e, indo mais além, passou a prever que somente seria punível a conduta realizada com vontade livre e consciente de alcançar o ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, ressalvada a hipótese de tipificação de outras condutas também por meio de leis específicas (art. 1º, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

Assim, passa-se a exigir a adequação típica da conduta e também o dolo como único elemento subjetivo (tipo subjetivo) a permitir-se a configuração do ato ímprobo, como será visto com mais profundidade a seguir.

De todo modo, pode-se afirmar, desde logo, que a tipologia aberta das condutas proibidas prejudica severamente uma análise racional a respeito do dolo do agente – eis que se exige que o agente tenha realizado a conduta com vontade livre e consciente de alcançar o ilícito tipificado na lei de regência.

Por óbvio, se a conduta é prevista da forma indefinida, a análise sobre o elemento subjetivo-volitivo se torna tarefa extremamente complexa.

O art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que previa um rol meramente exemplificativo de condutas violadoras de princípios da Administração Pública – sendo, portanto, uma norma punitiva extremamente aberta, em sua redação original – passou a prever um rol taxativo de condutas, previstas nos incisos sequenciais daquele artigo³⁵⁹.

Com o intuito de interpretar de modo racional a modalidade de improbidade administrativa por descumprimento de princípios – que se apresentava como a

³⁵⁹ Também abordado, dentre outros, em: BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. v. 1. 145p; e MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 66/67.

modalidade mais aberta de tipo sancionatório, previsto no art. 11 da lei de regência – Eurico Bitencourt Neto já sugeria que a exigência do dolo, enquanto elemento subjetivo, seria o salto interpretativo que possibilitaria a condenação tão-somente nos casos de atos de deliberada desonestidade – uma conduta intencional, portanto – do agente público³⁶⁰.

De todo modo, os arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa, pela redação do *caput* correspondente, ainda trazem suas previsões de condutas ilícitas por meio de rol exemplificativo – o que será objeto de análise a seguir.

E mesmo no rol disposto em cada um dos artigos, há ainda previsões com razoável grau de vagueza semântica – como, por exemplo, pela utilização da expressão “por preço superior ao mercado”, em variados incisos do art. 10; pela dicção do art. 10, XVIII, que praticamente trata improbidade como sinônimo de ilegalidade; ou pela expressão “colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado”, prevista no art. 11, III, na nova redação, dentre outros.

Registre-se que o próprio Supremo Tribunal Federal tem posição que demonstra admitir a possibilidade de tipos punitivos abertos no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, e, de modo específico, em relação à improbidade administrativa³⁶¹.

Também estudiosos do tema admitem, de alguma maneira, que as previsões sancionatórias do Direito Administrativo Sancionador possam ter caráter mais aberto, por meio, por exemplo, de conceitos jurídicos indeterminados – mas não seria possível permitir-se, por exemplo, normas que, dada a sua abrangência, poderiam incidir em qualquer situação concreta, a bel-prazer do órgão responsável pela persecução punitiva³⁶².

Este trabalho concorda apenas parcialmente com a possibilidade de previsões abertas no regime sancionatório: somente seriam admissíveis previsões abertas de forma excepcionalíssima, para situações-limite, em que fosse impossível ao legislador prever com detalhes determinada conduta.

³⁶⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 114.

³⁶¹ Vide decisão, bastante minuciosa, de lavra do Ministro Celso de Mello, no Mandado de Segurança n. 28.799, datada de 04/10/2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS28799.pdf>. Acesso em: 25/07/2020.

³⁶² Sobre o tema, ver: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 74/78. O autor, com base na obra de Zaffaroni e Pierangeli, aponta que afrontaria o princípio da legalidade determinada norma que assim previsse: “são proibidas todas as condutas que afetem os interesses comuns”, por não haver nenhum parâmetro objetivo para a sua aplicação e eventual punição dos cidadãos que a ela estejam submetidos.

Nessa toada, tem-se que a permissão para que o aplicador da sanção pudesse ter uma margem indefinida de liberdade para manipular os conceitos jurídicos indeterminados previstos na lei, por sua livre escolha, resultaria em uma “inadmissível outorga da discricionariedade na punição, incompatível com o direito sancionatório-disciplinar em geral”³⁶³.

Pela literalidade da redação original da Lei de Improbidade Administrativa, e até mesmo pela literalidade das condutas sem que se leve em conta a necessidade do dolo e do fim específico de agir (ato deliberado de desonestidade, consubstanciado na intenção de obter benefício indevido para si ou para outrem, na forma do art. 11, §2º, na nova redação da Lei de Improbidade Administrativa), a autoridade coatora de um mandado de segurança julgado procedente poderia ver-se imediatamente em uma investigação por ato de improbidade administrativa³⁶⁴ - o que é patentemente desproporcional com um regime voltado a punir atos de deliberada desonestidade.

Com efeito, pelo princípio da proporcionalidade, exige-se uma previsão cada vez mais taxativa na medida em que a gravidade das sanções também aumenta – sendo este o caso do regime da improbidade administrativa³⁶⁵.

Contudo, fuge da moldura constitucional uma tipologia de previsão extremamente aberta sem que haja justificativa, por tratar-se de medida legislativa claramente desproporcional e afrontosa ao devido processo legal e à ampla defesa: era o caso da redação original do art. 11, por exemplo, que previa, em rol exemplificativo, atos de improbidade que violassem, dentre outros, o princípio da legalidade – ora, tal previsão igualava a improbidade ao conceito de ilegalidade, o que não se pode admitir, como já exaustivamente tratado no presente trabalho³⁶⁶.

O problema principal da lei, em sua redação original, já se encontra aparentemente superado, eis que, com a edição da Lei n. 14.230/2021, assim restou redigido o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, em seu caput, seguido de um rol taxativo de condutas:

³⁶³ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 75.

³⁶⁴ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 75.

³⁶⁵ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 75.

³⁶⁶ Tema tratado também em: FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. O fim da improbidade por descumprimento de princípios e a Lei 13.655/18. *Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-01/interesse-publico-improbidade-descumprimento-principios-lei-1365518>. Acesso em: 12/05/2021.

*Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:
(...)*

Veja-se que a conduta tida como improbidade por violação a princípios não mais se atinge pela violação direta de princípios (o que resultaria em interpretação bastante subjetiva), mas, sim, pela violação dos princípios por meio das condutas expressamente especificadas, em rol taxativo do mesmo art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Necessário, de todo modo, que não sejam admitidas interpretações sobre o tipo de improbidade administrativa que permitam a punição (ou mesmo o ajuizamento da ação) em relação ao administrador honesto e bem intencionado, sob pena de se permanecer um cenário de insegurança jurídica que faça com que o administrador prefira indeferir para dormir tranquilo³⁶⁷, em evidente prejuízo à efetivação de políticas públicas e dos direitos fundamentais a cargo da Administração.

Portanto, o elemento subjetivo se torna crucial para a limitação do poder punitivo estatal, eis que, caso não haja conduta dolosa por parte do investigado, não há tipicidade, e, por conseguinte, não haverá tampouco a configuração sequer da justa causa para a persecução punitiva relativa a ato de improbidade administrativa.

Como já se delineou nos tópicos anteriores, a nova lei trouxe importantes parâmetros para o exame do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa – como a definição do conceito do dolo como “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” (art. 1º, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

Ainda, “[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” (art. 1º, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

A isso se soma a previsão legal, já citada anteriormente, de que não haverá a configuração do ato de improbidade a ação ou omissão que decorra de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada (art. 1º, §8º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

³⁶⁷ Expressão extraída do estudo realizado por André Cyrino e Gustavo Binenbojm: BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 03 de julho de 2020.

A Lei de Improbidade Administrativa, na nova redação, também exige, para a configuração do ato de improbidade administrativa, a comprovação de que a conduta funcional do agente público tenha sido realizada com um fim específico, consubstanciado no “fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” (art. 11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluídos pela Lei n. 14.230/2021).

E, finalmente, para o ato de improbidade administrativa que cause dano ao erário, a nova redação legislativa determina que “[a] mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade” (art. 10, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

Portanto, diante do novo cenário normativo, a previsão de que somente haverá a punição e persecução punitiva se houver o dolo acaba por restringir de forma aparentemente suficiente a previsão das condutas proibidas que tenham sido previstas por meio de expressões vagas ou por meio de tipologia aberta.

Com efeito, como já destacado acima, não há possibilidade de realizar-se a imputação subjetiva do elemento dolo relativamente a condutas previstas por meio de textos demasiadamente abertos na lei de regência.

Dessa forma, se não há sequer previsão clara e objetiva sobre o que seria a conduta ilícita, não há falar-se em possibilidade de aferição do tipo subjetivo da norma.

Em acréscimo, tem-se que o rol meramente exemplificativo de condutas proibidas, que permanece previsto na literalidade do *caput* dos arts. 9º e 10 da lei de regência, ainda parece flertar em uma aproximação perigosa com o princípio da não-retroatividade da norma punitiva.

Nesse cenário, a única leitura constitucionalmente conforme, a respeito da abertura normativa do *caput* dos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade Administrativa, seria aquela que permite que outros tipos delitivos de improbidade administrativa possam ser previstos em leis esparsas – de forma a observar os princípios da não-retroatividade, legalidade e taxatividade.

Tal constatação também se extrai do art. 1º, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021, em que se previu expressamente que “[c]onsideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais (incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)”.

Dessa forma, somente haverá ato de improbidade em relação às condutas dolosas expressamente tipificadas na própria Lei de Improbidade Administrativa ou expressamente tipificadas em leis especiais.

Não há, portanto, espaço para preenchimento da lacuna pelos intérpretes, o que impossibilita a criação de novos tipos delitivos que não estejam textualmente previstos em texto legal, de forma expressa e específica.

Portanto, diante do novo cenário normativo, parece não ser mais possível uma leitura conforme a Constituição, e conforme a lei de regência, que admita a permanência das previsões punitivas por meio de mero rol exemplificativo.

Isso em razão de que, para a configuração do ato de improbidade administrativa, conforme o atual art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa (na nova redação), se passa a exigir uma ação ou omissão dolosa, consistente no ato deliberado de atingir o fim ilícito do tipo, além da finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

E não havendo dolo, não haverá tampouco tipicidade, não se podendo admitir uma punição por improbidade em relação a tal conduta³⁶⁸ – haverá, isso sim, um ato lícito, eis que ninguém se obriga a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, da Constituição Federal) – e, especialmente no âmbito punitivo da improbidade administrativa, a reserva legal consiste em garantia fundamental indisponível.

No mesmo sentido, é inviável a percepção da improbidade administrativa apenas pelos resultados produzidos³⁶⁹, devendo ser feito um rigoroso e fundamentado exame sobre os motivos e circunstâncias do ato examinado, apurando-se o elemento subjetivo doloso e a justa causa para o ajuizamento da ação.

Cumprido salientar, ainda, a existência, no âmbito federal, de previsão normativa que impede a responsabilização do agente público somente tendo em conta os resultados do seu ato – assim, nos termos do art. 12, §§4º e 5º, do Decreto n. 9.830 de 2019³⁷⁰, não são suficientes para a responsabilização do agente público, por si sós, (i) o mero nexo causal entre a conduta e o dano, bem como (ii) o montante do dano ao erário, ainda que expressivo.

³⁶⁸ ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 52, em raciocínio análogo.

³⁶⁹ Ver o art. 12, §§4º e 5º, do Decreto n. 9.830 de 2019, que, por sua vez, regulamenta, no âmbito federal, o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que, por sua vez, institui a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

³⁷⁰ O referido decreto, editado pelo Presidente da República, regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que, por sua vez, institui a Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

Nos próximos tópicos, serão examinados, de forma específica, os elementos subjetivos em espécie – isto é, a culpa e o dolo, além de uma análise também mais dedicada sobre o elemento adicional da má-fé e do fim especial de agir da conduta proibida pela Lei de Improbidade Administrativa.

4.3. Culpa

No texto original da Lei de Improbidade Administrativa e até a vigência da Lei n. 14.230/2021, havia a previsão expressa de que, no caso de ato de improbidade que produzisse dano ao erário, a ação ou omissão culposa também seria suficiente como elemento subjetivo para a condenação.

Tal previsão era excepcional, já que as modalidades de improbidade por enriquecimento ilícito e por descumprimento a princípios exigiam expressamente o elemento subjetivo dolo para a imputação do ato ímprobo.

Assim era a dicção da previsão normativa do art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa (que atualmente se encontra revogado):

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Com o advento da Lei n. 14.230/2021, contudo, o referido dispositivo passou a ter nova redação, exigindo-se o dolo como elemento subjetivo para a configuração do ato ímprobo para qualquer modalidade, exatamente nos termos em que também previsto no art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa, conforme a nova redação. A modalidade culposa da improbidade administrativa, a partir de então, foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro³⁷¹.

Vejam-se os dispositivos citados:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de

³⁷¹ Registre-se, novamente, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão da retroatividade do tipo exclusivamente doloso de improbidade administrativa, conforme o Tema 1199 da Repercussão Geral, assim definido: “Tema 1199 - Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”.

assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
Parágrafo único. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

A referida modalidade culposa da improbidade administrativa sempre havia despertado muitos debates e polêmicas ao longo da vigência da redação original da Lei de Improbidade Administrativa.

Muitos estudiosos do tema entendiam que a previsão da improbidade administrativa por culpa seria inconstitucional³⁷², por violar um conceito implícito no texto constitucional, no sentido de que a improbidade pressupõe um ato de vontade, intencional, somente podendo admitir-se a modalidade dolosa para a sua configuração.

Por outro lado, parcela dos estudiosos entendia de forma diversa, sustentando que o constituinte havia outorgado ao legislador ordinário os poderes para definição dos elementos subjetivos próprios do ato de improbidade administrativa – o que resultaria na constitucionalidade do instituto³⁷³.

Este estudo se filia à primeira corrente, por entender que o legislador extrapolou o sentido próprio de improbidade no momento em que previu uma modalidade culposa do instituto.

Sobre o tema, por fim, é também importante destacar-se medida cautelar deferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.678, pelo Supremo Tribunal Federal, em que foram suspensas parcialmente algumas das sanções previstas na redação original da Lei de Improbidade Administrativa, no texto anterior à Lei n. 14.230/2021), sob a fundamentação de que algumas das graves sanções não eram

³⁷² Sustentam a inconstitucionalidade da punição por culpa na improbidade administrativa: BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 114-115; CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10. Interesse Público: IP*, Belo Horizonte, v. 16, n. 83, p. 27-38, jan./fev. 2014; ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99/100; HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 21; sendo seguidos também pelo Enunciado n. 19 do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, conforme consulta ao sítio eletrônico da entidade – disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 12/05/2021.

³⁷³ Admitem a constitucionalidade da modalidade culposa, por exemplo: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 429-435; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Método, 2016, p.86-88

compatíveis com a modalidade culposa de improbidade administrativa. Assim foi redigido o dispositivo da decisão³⁷⁴:

Ante o exposto, defiro a medida cautelar requerida, ad referendum do Plenário (art. 21, V, do RISTF; art. 10, § 3º, Lei 9.868/1999), com efeito ex nunc (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/99), inclusive em relação ao pleito eleitoral de 2022, para: (a) conferir interpretação conforme à Constituição ao inciso II do artigo 12 da Lei 8.429/1992, estabelecendo que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem dano ao erário; e (b) suspender a vigência da expressão “suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos” do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/1992

Registre-se que a culpa, como instituto jurídico, é ordinariamente tratada como uma ação ou omissão qualificada por uma negligência, imprudência ou imperícia (vejam-se, por exemplo, o art. 186 e o art. 951 do Código Civil).

Em relação à evolução do instituto ao longo do tempo³⁷⁵, deve-se também fazer o registro que, com o passar dos anos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que a culpa exigida para a configuração do ato de improbidade administrativa seria a culpa grave³⁷⁶, não bastando para tanto uma culpa leve ou mediana.

No mesmo sentido, a Lei n. 13.655/2018 incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro o art. 28, que prevê que somente haverá a punição pessoal do agente público nos casos de dolo ou erro grosseiro – em expressão que foi considerada como sinônima da aludida culpa grave³⁷⁷.

Por fim, cita-se também estudo em que se sustentou que somente a culpa consciente poderia levar à condenação por improbidade administrativa, de modo tal que somente seria admitida a improbidade administrativa culposa nas hipóteses em que se demonstrasse que o sujeito tinha pleno conhecimento da possibilidade do cometimento da conduta típica – no sentido de “que tinha o dever do risco envolvido, o conheceu

³⁷⁴ Decisão monocrática proferida pelo ministro Gilmar Mendes em 01/10/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15348112399&ext=.pdf>. Acesso em: 01/12/2021.

³⁷⁵ Sobre o tema, ver: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 85/91, em que o autor demonstra, de forma detalhada, a evolução jurisprudencial sobre o tema, especialmente tendo por base a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

³⁷⁶ Conforme se vê, por exemplo, em recente julgamento: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ATO CONFIGURADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo ‘indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, ou, pelo menos, eivada de culpa grave nas do artigo 10º (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011)”. (AgInt no AREsp 1377066/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/08/2021, DJe 08/09/2021)

³⁷⁷ Ver, sobre o tema: BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.

efetivamente, mas prosseguiu em sua atuação”³⁷⁸, sob pena de criação de uma “posição absoluta de garante, sem previsão legal”³⁷⁹, a ser suportada pelo agente público, “algo que o compromisso com uma visão garantista no âmbito do Direito Sancionador repele com veemência”³⁸⁰.

De todo modo, os referidos debates perderam parte da relevância a partir da vigência da Lei n. 14.230/2021, que, como visto, retirou do mundo jurídico a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa.

Atualmente, portanto, a principal discussão sobre a improbidade administrativa por culpa diz respeito à retroatividade ou não da Lei n. 14.230/2021, para que se investigue se tal regramento atingiria ou não condutas e ações ocorridas anteriormente a sua vigência.

Como já se registrou no tópico próprio sobre as garantias fundamentais que se aplicam também para os acusados de improbidade administrativa, este estudo defende que a norma mais benéfica retroage em favor dos acusados, de modo tal que condutas e ações judiciais datadas em momento anterior à vigência da Lei n. 14.230/2021, e em que tenha sido imputada a modalidade culposa de improbidade administrativa, não poderão mais prosseguir, eis que não poderão tampouco resultar em condenação por ato de improbidade administrativa³⁸¹.

Com efeito, Sirlene Arêdes adverte que a retroatividade da lei mais benéfica é um predicado aplicado ao regime punitivo como um todo, ao fundamento de que “[a] ausência de norma proibindo uma conduta implica que esta é irrelevante ou desejada socialmente, de forma que não há mais qualquer interesse de alterá-la”³⁸².

Dessa forma, como a extinção da modalidade culposa de ato de improbidade administrativa se deu de maneira expressa pelo legislador, impõe-se, do ponto de vista

³⁷⁸ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 282/283.

³⁷⁹ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 287.

³⁸⁰ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 287.

³⁸¹ No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 07 e seguintes.

³⁸² ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 56/57. No mesmo sentido: VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113. No trecho, o autor faz referência a diversos outros doutrinadores que defendem a mesma posição. Também pela retroatividade da lei mais benéfica, especialmente no caso de silêncio do legislados a esse respeito: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 289. Há também decisão do Superior Tribunal de Justiça aplicando a retroatividade da lei mais benéfica no âmbito do Direito Administrativo Sancionador: “[t]ratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador” (STJ, RMS 37.031-SP, 1ª Turma, relatora ministra Regina Helena Costa, j. 8/2/2018, pub. 20/2/2018).

de um Estado Democrático de Direito, a extinção de qualquer investigação pretérita, atual ou futura que se vincule à modalidade culposa da improbidade administrativa – já que tais condutas, do ponto de vista da improbidade administrativa, passaram a compor o campo da licitude.

Assim, condutas caracterizadas como culposas passaram a ser classificadas como um risco permitido, de modo que erros vinculados a negligência, imperícia e imprudência não mais serão puníveis por meio do regime próprio da improbidade administrativa – embora estejam sujeitas a outras modalidades de controle administrativo e judicial.

A nova regra é dotada de bastante razoabilidade, já que se exige da Administração, muitas vezes, respostas dinâmicas sobre problemas complexos, em uma estrutura muitas vezes deficitária, do ponto de vista material e humano. Assim, em uma ponderação de valores pelo legislador, constata-se, por hipótese, que a nova lei optou por dar maior dinamicidade à Administração, em prol da coletividade, afastando-se a punição por eventuais erros que tenham sido praticados de boa-fé, sem o elemento volitivo doloso de buscar fins ilícitos e vantagens indevidas³⁸³.

Ademais, conforme sustenta Tercio Issami Tokano, este exame poderá ser realizado também na análise da petição inicial, em que se fará a verificação a respeito da presença da justa causa, momento em que deverá ser também perquirida a presença do elemento subjetivo, nos termos dos parâmetros delineados pelo referido autor³⁸⁴:

[S]erá perfeitamente possível extrair tanto a presença quanto a ausência do elemento subjetivo da conduta, podendo o magistrado, desde logo, antecipar, pela via da análise da justa causa, um veredicto que provavelmente ocorrerá anos depois, com a vantagem da economia processual e da preservação das garantias fundamentais da parte apontada indevidamente como ímproba

Dessa maneira, na análise da justa causa, ainda que feita de modo superveniente (isto é, durante o trâmite processual), defende-se que toda ação que impute um ato de improbidade culposo ao acusado deverá ter esse pedido extinto, com resolução do mérito, por ausência de tipicidade, já que o tipo subjetivo culposo não mais subsiste no ordenamento jurídico, além de tais condutas serem classificadas como realizadoras de um risco permitido, portanto não punível pelo regime da improbidade administrativa.

³⁸³ Trata-se de política legislativa não propriamente inédita: em normas análogas, destacam-se as regras que prevêm, por exemplo, as imunidades parlamentares constitucionalmente previstas, ou mesmo as que dispõem sobre a responsabilidade civil dos atores do processo judicial, como se vê do Código de Processo Civil. A comparação também é tratada em: BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.

³⁸⁴ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 92/93.

4.4. Dolo, má-fé e o fim especial de agir

Talvez o principal ponto de alteração do regime jurídico da improbidade administrativa, nos termos da reforma legislativa realizada pela Lei n. 14.230/2021, diz respeito ao elemento subjetivo exigido para a configuração do ato de improbidade administrativa.

Assim restou redigida a norma geral que trata do tema na nova redação da Lei de Improbidade Administrativa, e que passou a admitir apenas a modalidade dolosa do ato de improbidade administrativa:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º 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. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 3º *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. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)*

Tal norma, ainda, deve ser lida de forma conjunta com os parágrafos 1º e 2º do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, na nova redação, que assim dispõem:

§ 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. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Assim, o dolo previsto pela Lei de Improbidade Administrativa deve ser lido, a partir do regime jurídico vigente, como a vontade livre e consciente³⁸⁵ de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da referida lei, não bastando a mera

³⁸⁵ Conforme já citado anteriormente, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a impossibilidade de condenação de inimputável em ação de improbidade administrativa, tendo decidido que não há se falar em dolo no agir do agente inimputável, o que afasta a possibilidade de condenação por improbidade administrativa. Trata-se de processo em segredo de justiça, razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça não disponibiliza o número do processo. Contudo, as informações sobre o caso foram divulgadas no sítio oficial da corte: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19102020-Inimputabilidade-que-impede-condenacao-por-ato-de-improbidade-tambem-afasta-obrigacao-de-ressarcimento.aspx>. Acesso em: 09/12/2021.

voluntariedade do agente, exigindo-se ainda, adicionalmente, que a conduta funcional do agente público tenha o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

Conforme já exhaustivamente tratado neste trabalho, a nova roupagem legal do instituto possui alguns aspectos mais benéficos aos acusados, por exemplo, ao restringir de forma marcante as hipóteses de punição por ato de improbidade administrativa – e, por tal razão, essas novas normas também irão retroagir, beneficiando os réus, de modo a alcançar as condutas e as ações judiciais com data anterior à vigência da Lei n. 14.230/2021.

Como visto, portanto, a nova lei extinguiu a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa, mantendo apenas a modalidade dolosa, de forma exclusiva, para quaisquer das modalidades de ato ímprobo – enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao erário (art. 10) e violação a princípios da Administração Pública (art. 11)³⁸⁶.

Mas a reforma legislativa não parou por aí: a partir de então, exige-se também, para a configuração do ato de improbidade administrativa, um elemento subjetivo qualificado, consistente no dolo como vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito previsto nos artigos 9º, 10 e 11 – não bastando a mera voluntariedade do agente (na dicção expressa do art. 1º, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluídos pela Lei n. 14.230/2021).

Há ainda a exigência de um fim específico adicional, consistente na conduta funcional do agente público com o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (art. 11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluídos pela Lei n. 14.230/2021).

Portanto, com o advento da Lei n. 14.230/2021, que promoveu alterações significativas no texto da Lei de Improbidade Administrativa, tem-se que a conceituação jurídica do ato de improbidade administrativa sofreu uma mudança contundente: o ato ímprobo passa ser considerado como um ato ilícito doloso, que se enquadre formalmente a uma das hipóteses de ato de improbidade administrativa previstas em lei prévia, e que se consubstancie em um ato de vontade livre e consciente de alcançar o fim ilícito da norma, não se confundindo com delito de hermenêutica, não se

³⁸⁶ Convém registrar, também neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão da retroatividade do tipo exclusivamente doloso de improbidade administrativa, conforme o Tema 1199 da Repercussão Geral, assim definido: “Tema 1199 - Definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo – dolo – para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente”.

confundindo com simples ilegalidade, e sendo exigível, adicionalmente, o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade, além da exigência de um efetivo resultado lesivo, o que afasta a hipótese de punição relativamente a condutas insignificantes.

Como citado acima, a lei ainda prevê expressamente 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” (art. 1º, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

Em sentido sistemático que caminha no mesmo sentido, o novo texto legal também impede a configuração do ato de improbidade administrativa referente a ação ou omissão que decorra de divergência na interpretação da lei, baseada em jurisprudência, mesmo que não pacificada, ainda que não venha a ser posteriormente prevacente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário (art. 1º, §8º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

Registre-se que, antes da recente reforma promovida na Lei de Improbidade Administrativa, o Superior Tribunal de Justiça exigia, para as condutas puníveis como dolosas, apenas um denominado dolo genérico³⁸⁷, em entendimentos reiterados naquela corte³⁸⁸.

Por outro lado, a título comparativo, o Supremo Tribunal Federal aparentemente apresentava posição distinta, ao entender que o dolo genérico seria insuficiente para a configuração do elemento doloso da improbidade administrativa – deveria estar presente o modo malicioso e a conduta com propósitos espúrios. Veja-se³⁸⁹:

Importa, ainda, pontuar que a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. Logo, eventuais irregularidades no

³⁸⁷ Ver, por exemplo, o seguinte julgado: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO IMPUGNADO. SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL. SÚMULA 168 DO STJ. INCIDÊNCIA. (...) No caso, segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, a exigência do prequestionamento prevalece também quanto às matérias de ordem pública; e para a configuração do ato ímprobo previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa é suficiente a presença do dolo genérico. (...)” (AgInt nos EAREsp 1327393/MA, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Seção, julgado em 31/08/2021, DJe 08/09/2021).

³⁸⁸ Vivian Maria Ferreira traça a cronologia do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, apontando que “[m]ais recentemente, a jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que é necessária a demonstração do dolo genérico para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso no artigo 11 da LIA” (FERREIRA, Vivian Maria. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. Revista Direito GV, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, p. 04). A autora também aponta, de forma crítica, que há uma posição jurisprudencial do STJ que aproxima os conceitos de dolo genérico e de mera voluntariedade do agente (na obra citada, p. 14). Ver também, sobre o tema: RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 97 e seguintes; e NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

³⁸⁹ Decisão do ministro Alexandre de Moraes no ARE 1265026/RJ. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1100330/false>. Acesso: 01/08/2020.

procedimento licitatório, sem a prova de que tenham sido cometidas intencionalmente, de modo malicioso e com propósitos espúrios, não têm o condão de ferir os deveres de moralidade e honestidade enunciados no art. 11 da Lei 8.429/1992

Parte dos estudiosos também apontava que a exigência de mero dolo genérico esvaziaria o conceito do dolo exigido para a prática do ato de improbidade administrativa³⁹⁰.

Sobre o tema do dolo genérico na improbidade administrativa, Eurico Bitencourt Neto sustenta que³⁹¹:

Tal expressão – dolo genérico – corresponderia a vontade de praticar conduta prevista em determinada norma, não configurando, necessariamente, o elemento subjetivo caracterizador de má-fé. Neste ponto, é preciso dizer que a vinculação da Administração Pública à legalidade – em sentido amplo – não é tão simples como pode parecer à primeira vista. A violação de determinado princípio da Administração Pública pode ser feita em virtude da salvaguarda de outro, em determinado caso considerado mais apto a realizar concretamente o interesse público, em exercício de ponderação administrativa, sem que tal conduta seja apta a configurar ato de improbidade administrativa. Como já se mencionou, não há improbidade sem desonestidade. (...) Daí que, tanto a previsão de “improbidade administrativa culposa” ou por “dolo genérico”, quanto o caráter aberto e exemplificativo do rol de condutas consideradas atos de improbidade administrativa não sobrevivem ao teste de proporcionalidade e à exigência de determinabilidade, sem o que direitos fundamentais como aqueles de participação política não podem ser restringidos. A indeterminabilidade da norma não permite aos seus destinatários avaliar com segurança que tipo de conduta pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, abrindo caminho para a desproporção sancionatória, a ilegitimidade constitucional e a aplicação voluntarista e discriminatória pelos órgãos de controle

No mesmo sentido, Fernando Gaspar Neisser aponta que “[n]ão se pode admitir, sob hipótese alguma, que se presuma dolo em decorrência da mera violação normativa”³⁹².

De todo modo, com o novo regime jurídico-legal da improbidade administrativa, o denominado dolo genérico se afigura insuficiente para a configuração do ato de improbidade administrativa, eis que, “[c]om a reforma promovida pela Lei 14.230/2021, o §2º do art. 1º da LIA supera o entendimento jurisprudencial para exigir, a partir de agora, o dolo específico para configuração da improbidade”³⁹³.

³⁹⁰ CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10. *Interesse Público*: IP, Belo Horizonte, v. 16, n. 83, p. 27-38, jan./fev. 2014.

³⁹¹ BITENCOURT NETO, Eurico. 25 anos da LIA: desafios jurídicos ainda não superados. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/25-anos-da-lia-desafios-juridicos-ainda-nao-superados-09082017>.

Acesso em: 16/12/2021.

³⁹² NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 294.

³⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 06. No mesmo sentido, Luciano Ferraz aduz que o Judiciário deverá interpretar a nova disciplina jurídica da improbidade administrativa “não sob a inspiração da jurisprudência que se vinha consolidando sobre o tema, senão sob o amparo das novas disposições veiculadas pelo Poder Legislativo, mediante a edição da Lei 14.230/21” (FERRAZ, Luciano. Reforma da Lei de Improbidade e

Portanto, pelo novo regime legal, entende-se, com mais força, que o dolo genérico não mais pode ser considerado suficiente para a configuração do tipo subjetivo da improbidade administrativa.

Por hipótese, é possível que o legislador tenha efetivamente buscado a extirpação da possibilidade de utilização de dolo genérico no sistema, pois trouxe previsões bastante contundentes, na esteira do que parcela da doutrina vinha defendendo como um dos pontos que mereciam melhorias na Lei de Improbidade Administrativa³⁹⁴.

Ademais, neste novo regime legal, a constatação do dolo na improbidade administrativa passou a exigir também um duplo fim especial de agir: (i) 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; e (ii) o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (art. 11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, na nova redação).

A má-fé e a desonestidade já vinham se consolidando como elementos jurisprudenciais para a configuração do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, como se extrai de diversos julgamentos³⁹⁵ – mas ainda havia conflito com a referida posição jurisprudencial que exigia apenas o denominado dolo genérico para a configuração do ato ímprobo, conforme acima delineado.

A nova redação legal, portanto, afasta qualquer controvérsia, tendo optado por incluir expressamente no elemento subjetivo do tipo a má-fé e a desonestidade, já que tais concepções se encontram inseridas na conduta praticada conjuntamente com os dois fins especiais de agir: a busca do resultado primordial do tipo (enriquecimento ilícito, dano ao erário ou afronta a princípios), bem como a busca de um proveito ou benefício indevido para si ou para outrem.

novatio legis in melius implícita. Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/interesse-publico-reforma-lei-improbidade-novatio-legis-in-melius-implicita>. Acesso em: 16/12/2021).

³⁹⁴ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e dolo genérico: o risco de ser gestor público. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-administrativa-e-o-dolo-generico-10082015>. Acesso em: 12/05/2021; e CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10. *Interesse Público: IP*, Belo Horizonte, v. 16, n. 83, p. 27-38, jan./fev. 2014.

³⁹⁵ É o caso do julgamento já citado acima, por exemplo: decisão do ministro Alexandre de Moraes no ARE 1265026/RJ. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1100330/false>. Acesso: 01/08/2020. No mesmo sentido, colhe-se também julgado da Justiça Federal que entendeu que a improbidade administrativa deve ser lida em seu viés substancial, exigindo-se a má-fé e a desonestidade para a configuração do ato ímprobo: “[o] comando do art. 11 deve ser entendido na perspectiva substancial da improbidade, que pressupõe má-fé e desonestidade” (AC 2006.39.03.001147-8/PA, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, Quarta Turma, e-DJF1 de 12/12/2008)” (AC 0002179-90.2006.4.01.3310, Desembargador Federal Olindo Menezes, TRF1 - Quarta Turma, e-DJF1 10/02/2015).

Fernando Capez, ao analisar o novo regime legal do dolo na improbidade administrativa, traz o seguinte exemplo³⁹⁶:

Tomemos como exemplo, uma ata de reunião do conselho diretor de uma empresa pública, no qual se deu a aprovação por unanimidade a adoção de um critério de reajuste ou a celebração de um determinado contrato. O membro do colegiado que teve a consciência e a vontade de se manifestar favoravelmente, mas sem o intuito de burlar a lei, não cometeu ato de improbidade por faltar o elemento subjetivo do tipo exigido pela nova lei. Passa a ser imprescindível a demonstração de todos os dados e circunstâncias externas e objetivas indicativas de que o sujeito agiu para atingir um fim ilícito.

Ao examinar o regime legal anterior, Fernando Gaspar Neisser trazia importante reflexão, no sentido de que, embora não integrasse o dolo, a má-fé seria condição para a adequada imputação da improbidade administrativa ao sujeito, reportando-se, como equivalente funcional, ao conceito de consciência de antijuridicidade³⁹⁷.

No mesmo sentido, analisando o regime legal anterior, Vivian Maria Ferreira aponta que³⁹⁸:

O elemento subjetivo, nas ações de improbidade administrativa, não se limita, assim, à demonstração do dolo, nos termos da definição pouco precisa que o STJ tentou firmar no caso do REsp n. 765.212, mas abarca também a questão da má-fé, de modo que se torna inescapável que o tema da improbidade administrativa seja abordado a partir de uma compreensão mais abrangente sobre a racionalidade e a inteligibilidade da ação humana

Com a atual redação proveniente da Lei n. 14.230/2021, contudo, entende-se que a Lei de Improbidade Administrativa trouxe o elemento má-fé e desonestidade também para a análise global do elemento subjetivo doloso, especialmente a partir do exame do duplo fim especial de agir, voltado, deliberadamente, a produzir resultados contrários à Administração (enriquecimento ilícito, dano ao erário e afronta a princípios), bem como em conduta que tenha por fim a busca de um proveito ou benefício indevido para si ou para outrem.

É importante o registro, ademais, de que a má-fé e a desonestidade não se presumem³⁹⁹, sendo um ônus da parte autora a sua comprovação⁴⁰⁰, de modo tal que o

³⁹⁶ CAPEZ, Fernando. Dolo penal na improbidade administrativa. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/controversias-juridicas-dolo-penal-improbidade-administrativa>. Acesso em: 16/12/2021.

³⁹⁷ NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 270.

³⁹⁸ FERREIRA, Vivian Maria. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. Revista Direito GV, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, p. 17.

³⁹⁹ No mesmo sentido: “Não é razoável enxergar sempre, de forma automática, dolo, segundas intenções ou atos ímprobos nas irregularidades cometidas pela administração municipal, às vezes de caráter meramente formal. Cada caso deve ser avaliado no seu histórico e nas suas circunstâncias. Não é toda ilegalidade e/ou imoralidade que caracteriza ato de improbidade. Na hipótese, comprovou-se documentalmente o pagamento do salário base e do 13º salário dos professores, além do que a prefeitura destinava recursos suplementares para a merenda escolar, não se comprovando sua falta. 8. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei 8.429/92

fim especial de agir deve vir acompanhado de elementos concretos que evidenciem a conduta baseada em tais parâmetros – conforme, inclusive, exigência expressa da Lei de Improbidade Administrativa, ao tratar dos requisitos da petição inicial, que determina que a acusação deverá ser instruída com documentos ou justificação a respeito do dolo imputado (art. 17, §6º, II, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).

Ao lado da exigência de dolo específico, entende-se também que não será possível a imputação subjetiva do denominado dolo eventual – que se conceitua, normativamente, como a conduta de assumir o risco de produzir o resultado proibido (na dicção do art. 18, I, do Código Penal, utilizado como baliza interpretativa).

Com efeito, poder-se-ia até cogitar sobre a possibilidade de configuração do dolo eventual no caso em que, por exemplo, o agente, com consciência do tipo ilícito, assumisse, sem ressalvas e de forma censurável, a eventual produção do resultado dano ao erário, ou assumisse também a eventual produção do resultado violação a algum princípio da Administração, conforme a tipificação do rol de cada um dos artigos.

Contudo, racionalmente, não é possível cogitar-se de assumir o risco do resultado quando a lei exige um dolo específico de atuação com o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade – esta atuação tem que advir de um ato volitivo puro, ínsito da própria conduta, sequer se vinculando apenas ao risco do resultado.

Ademais, com mais força, a utilização do dolo eventual poderia resultar, na prática, em punição por improbidade administrativa por culpa, o que não mais se permite – tendo em vista que a fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente é movediça⁴⁰¹, estando em uma zona cinzenta.

Em última análise, a adoção do dolo eventual na improbidade administrativa, somada também a uma exigência de que o agente público detenha o conhecimento

exige-se a presença de dois requisitos: um de caráter objetivo, expresso no efetivo dano ao erário, e outro de cunho subjetivo, consubstanciado no dolo/culpa. Na hipótese, o MPF não conseguiu precisar, pelo menos, uma projeção dos danos econômicos supostamente perpetrados pelos apelados, tampouco que tenham agido com dolo/culpa. (...)” (AC 0001931-97.2010.4.01.3306, Juiz Federal Marcus Vinícius Reis Bastos (Conv.), TRF1 - Quarta Turma, e-DJF1 08/09/2015)

⁴⁰⁰ Veja-se, sobre o tema, norma prevista no art. 17, §19, da Lei de Improbidade Administrativa, incluída pela Lei n. 14.230/2021: “§ 19. Não se aplicam na ação de improbidade administrativa: I - a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia; II - a imposição de ônus da prova ao réu, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”.

⁴⁰¹ RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 33.

profundo de todo o ordenamento jurídico, teria o potencial de alcançar uma hipótese extrema de responsabilização objetiva⁴⁰².

Nessa esteira, o referido fim específico é o que move subjetivamente o agente, não importando se o resultado naturalístico irá ou não ocorrer – o agir de má-fé ou por desonestidade não pode ser tratado por meio da figura do dolo eventual, e, sem a presença de tal elemento do agir, não haverá a possibilidade de configuração do ato de improbidade administrativa.

Dessa maneira, entende-se que o novo regime jurídico previsto na Lei de Improbidade Administrativa não comporta a hipótese do dolo eventual, por esbarrar no fim específico do dolo, eminentemente subjetivo, e que não dá espaços para a conduta de apenas assumir um risco (art. 11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, na redação atual).

É dizer, a circunstância prevista no art. 11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, na redação atual, opera no sistema binário – se estiver presente, será possível cogitar-se de ato ímprobo; se estiver ausente, não há sequer cogitar-se de ato ímprobo.

No mesmo sentido, a conclusão de Rodrigo Valgas dos Santos⁴⁰³:

Conclui-se que a LIA passou a exigir não qualquer dolo, mas dolo específico em obter proveito ou benefício indevido a si, a outrem ou a entidade em todos os tipos, podendo retroagir referida norma não apenas nas condenações por improbidade culposa, mas também naquela fundadas apenas no dolo eventual. Tal entendimento é ainda coerente com o binômio improbidade-desonestidade, não sendo suficiente o mero dolo genérico no descumprimento da norma.

Portanto, a ação judicial voltada à punição por ato de improbidade administrativa também somente poderá ser iniciada se constatada, já na análise da justa causa⁴⁰⁴, elementos indiciários (com as provas próprias deste momento processual) que apontem para a presença do elemento subjetivo doloso (art. 1º, §1º, da Lei de Improbidade, incluído pela Lei n. 14.230/2021), bem como para a presença do especial

⁴⁰² Conforme advertem Fernando Gaspar Neisser (NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 87) e Vivian Maria Ferreira (FERREIRA, Vivian Maria. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. Revista Direito GV, v. 15, n. 3, set./dez. 2019, p. 15)

⁴⁰³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Genérico ou específico? Afinal, qual o dolo exigível no novo regime de improbidade administrativa? Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363419/qual-o-dolo-exigivel-no-novo-regime-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 28/05/2022.

⁴⁰⁴ Sobre a necessidade de fundamentação da decisão judicial que trata sobre o elemento subjetivo, ver também: CAMMAROSANO, Marcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. O elemento subjetivo na improbidade administrativa: por uma responsável motivação das decisões judiciais. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, n. 141, p. 253-274, set. 2017.

fim de agir previsto no art. 11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluídos pela Lei n. 14.230/2021.

E, embora seja um elemento próprio a ser investigado pela instrução probatória, é certo também que o elemento subjetivo deve ser objeto de análise por ocasião da deliberação sobre a justa causa, por meio de elementos indiciários que tornem plausível a hipótese de que o agente acusado tenha agido com dolo, com as finalidades específicas tratadas na norma⁴⁰⁵.

No mesmo sentido, conforme acima já exposto, reitera-se a constatação de Tercio Issami Tokano no sentido de que, por ocasião da análise da justa causa, deverá ser também perquirida a presença do elemento subjetivo, nos termos dos parâmetros a seguir delineados⁴⁰⁶:

[s]erá perfeitamente possível extrair tanto a presença quanto a ausência do elemento subjetivo da conduta, podendo o magistrado, desde logo, antecipar, pela via da análise da justa causa, um veredicto que provavelmente ocorrerá anos depois, com a vantagem da economia processual e da preservação das garantias fundamentais da parte apontada indevidamente como ímproba

⁴⁰⁵ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 91.

⁴⁰⁶ TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017, p. 92/93.

CONCLUSÕES

As principais conclusões da presente pesquisa podem ser sintetizadas por meio das assertivas que se seguem.

1. O instituto da improbidade administrativa, extraído do art. 37, §4º, da Constituição Federal, e regido, em sede legal, pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), se organiza processualmente como uma modalidade de processo punitivo não penal.
2. A Lei de Improbidade Administrativa sofreu recente e contundente reforma, por meio da Lei n. 14.230/2021, destacando-se a extinção da modalidade culposa de improbidade administrativa, a exigência de um dolo específico com duplo fim especial de agir, a criação de um rol taxativo para a modalidade de improbidade por violação a princípios da Administração, novas exigências legais sobre a petição inicial e sobre o julgamento da ação, além de um novo regime prescricional, inclusive com a criação da prescrição intercorrente.
3. Para o exame da justa causa da ação judicial de improbidade administrativa, o intérprete deve observar uma série de requisitos e parâmetros, objetivos e subjetivos, especialmente ligados à configuração do ato de improbidade administrativa e a eventuais óbices para o recebimento da acusação.
4. O ato de improbidade administrativa não se confunde com ilegalidade ou com um erro de interpretação ou de execução do ato – trata-se, na realidade, de uma hipótese de conduta qualificada pela desonestidade do agente, ou mesmo pela má-fé, que, portanto, se constituem em pressuposto teórico e normativo para a configuração do ato de improbidade administrativa.
5. Com o advento da Lei n. 14.230/2021, que promoveu alterações significativas no texto da Lei de Improbidade Administrativa, tem-se que a conceituação do ato de improbidade administrativa pode ser ainda mais específica: trata-se de um ato ilícito doloso, praticado por agente público ou terceiro, contra as entidades indicadas pela lei, que se enquadre formalmente em uma das hipóteses de ato de improbidade administrativa previstas em lei, e que se consubstancie em um ato de vontade livre e consciente de alcançar o fim ilícito da norma, não se confundindo com delito de hermenêutica, não se confundindo com simples ilegalidade – sendo exigível, adicionalmente, o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

6. O bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa consiste na probidade, que poderá ser realizada por conduta que resulte em enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação a princípios da Administração Pública.
7. A verificação da tipicidade do ato de improbidade exige a presença de três requisitos, sem os quais não haverá fato típico, e, por tal razão, sequer poderá ter início a apuração da responsabilidade: (i) tipicidade formal (conduta ilícita deve estar formalmente descrita na lei de regência); (ii) tipicidade material (conteúdo materialmente ilícito) e (iii) conduta dolosa – com o duplo fim especial de agir (intuito de realizar o resultado principal do tipo e visar à obtenção de proveito ou benefício indevido para si ou para outrem).
8. A improbidade administrativa consiste em modalidade de Direito Sancionador.
9. Há hipóteses concretas em que, para uma mesma conduta, a sanção a ser aplicada pelo regime da improbidade administrativa se apresenta mais gravosa do que a sanção a ser aplicada pelo sistema do Direito Penal.
10. A improbidade administrativa se encontra inserida no contexto de um Direito Sancionador de relevante gravidade, e se constitui em penúltimo ou até mesmo em último degrau da punibilidade do Estado, dada a extrema gravidade de suas sanções.
11. A atividade sancionatória do Estado, especialmente no âmbito judicial, deve observar o regime de garantias fundamentais previstas no texto constitucional, com especial enfoque para o devido processo legal – aí incluída a garantia efetiva de um processo que observe a ampla defesa e o contraditório.
12. A Lei de Improbidade Administrativa sofreu relevantes alterações recentes, por meio da Lei n. 14.230/2021 – em que se previu expressamente que o sistema da improbidade administrativa deve observar “os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador” (art. 1º, §4º, da Lei n. 8.429/1992, incluído pela Lei n. 14.230/2021).
13. No âmbito punitivo, a garantia dos direitos fundamentais dos acusados consiste em uma das vertentes do interesse público, merecendo ser objeto de tutela pelo próprio Estado.
14. O sistema da improbidade administrativa deve observar os princípios da legalidade/tipicidade, da culpabilidade, da individualização da pena, da vedação

ao *bis in idem* e da retroatividade da lei mais benéfica – ainda que com nuances ou matizes.

15. A justa causa se afigura em verdadeiro filtro processual, em que serão analisados, efetivamente, os direitos fundamentais dos acusados – será examinada a viabilidade concreta da acusação formulada, de modo tal que possam ser assegurados a ampla defesa e o contraditório em favor do acusado. Dessa maneira, caso ausente a justa causa para a persecução punitiva, a ação de improbidade administrativa não possuirá viabilidade processual para ser sequer iniciada.
16. A justa causa, inserida no contexto global do Direito Sancionador, possui bases teóricas e normativas que se aplicam seja ao Direito Penal, seja ao âmbito da improbidade administrativa – aí também abrangidas, portanto, as garantias fundamentais que informam o procedimento de persecução punitiva do Estado-acusador.
17. A justa causa consiste em um filtro jurídico para o prosseguimento de ações punitivas, capitaneadas pelo Estado-acusador, como forma de garantia dos direitos fundamentais dos acusados, que somente podem ser afrontados em seu patrimônio jurídico caso existam elementos efetivos de viabilidade concreta da acusação.
18. As condições da ação próprias do Direito Processual Civil (interesse de agir e legitimidade da parte, na forma do art. 17 do Código de Processo Civil) são institutos que andam ao lado da justa causa, mas que com ela não se confundem.
19. A justa causa se trata de elemento próprio de todo o Direito Sancionador, e que consiste em um filtro mínimo cuja superação se torna exigência jurídica para que a pretensão acusatória possa prosseguir, após um exame fundamentado da narrativa e dos elementos concretos (e probatórios) juntados pela peça de acusação.
20. A exigência da justa causa em procedimentos punitivos apresenta também uma justificativa empírica, baseada na noção de regulação responsiva – além daquela justificativa jurídico-dogmática, resultante do regime de direitos fundamentais.
21. Como se viu no tópico próprio, o estudo de regulação responsiva concluiu que o ser humano tende a reagir negativamente diante de modelos em que a punição seja a primeira e principal resposta.

22. Tal afirmação não implica dizer que a sanção seria algo descartável, mas, sim, que deverá ser usada somente em casos mais graves, após infrutíferas as etapas de persuasão e de aplicação de penas menos severas - adverte-se, no entanto, que a punição de sujeitos que insistem em não se adequar aos comandos normativos funciona inclusive como um incentivo para aqueles que são majoritariamente cooperativos.
23. Como se viu também ao longo do trabalho, a ação de improbidade administrativa detém um estigma muito contundente, e o só fato de responder a uma ação de tal natureza possui, por si só, uma sanção implícita, com possibilidade de ônus emocionais e pecuniários relevantes.
24. De tal maneira, o ajuizamento e o recebimento de ações de improbidade administrativa sem o exame aprofundado da justa causa resultariam, a rigor, em um modelo em que a punição passa a ser a primeira e principal resposta, não gerando os estímulos necessários para o alcance dos objetivos constitucionais endereçados à Administração Pública.
25. Portanto, o rigor na admissibilidade da inicial acusatória, com um exame fundamentado da justa causa, parece atender melhor aos anseios da Administração, pois permite, ao mesmo tempo, evitar punições exageradas para condutas meramente irregulares que poderiam ser solucionadas por outras searas; e também permite que no Judiciário tramitem apenas ações com razoável gravidade, o que possibilita que o caso seja analisado e decidido com a cautela e instrução adequadas.
26. Esta preocupação ganha nova dimensão também com os novos prazos de prescrição intercorrente previstos na reforma da Lei de Improbidade Administrativa, de maneira tal que os casos graves merecem uma atenção especial, para que não haja uma indevida prescrição em relação a graves condutas, cuja punição se faz recomendável – conforme se viu pela noção de regulação responsiva.
27. Dessa maneira, o exame rigoroso da justa causa na improbidade administrativa dialoga de forma contundente com a noção de regulação responsiva – por funcionar como filtro a proteger os bens intencionados (agentes cooperativos) e por possibilitar o efetivo prosseguimento e mais célere condenação nos casos dotados de gravidade (agentes não cooperativos).

28. Ademais, um excesso de formalismo, que não produza resultados satisfatórios do ponto de vista social e do ponto de vista de garantia do mínimo existencial, já não encontra mais espaço na complexidade da vida atual, que requer, como indispensável, uma Administração mais cooperativa, mais dinâmica, mais democrática – e, principalmente, que atue como ente central e impulsionador da melhoria do bem-comum, em raciocínio que também auxilia a interpretação sobre os limites do sistema da improbidade administrativa.
29. O início do processo punitivo da ação de improbidade administrativa exige, como regra, a individualização das condutas de modo condizente com os elementos probatórios mínimos – “documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado”, salvo se houver comprovada impossibilidade da apresentação dos referidos elementos concretos.
30. A tipificação na inicial acusatória da improbidade administrativa deve indicar apenas uma única capitulação do tipo ilícito imputado ao acusado.
31. Pesquisa jurisprudencial dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal aponta um conteúdo conceitual mínimo da justa causa, em que se exige, para a pretensão punitiva, um juízo de probabilidade de condenação, a ser realizado por meio da análise dos elementos probatórios concretos, que devem ser sérios e idôneos – sob pena de impossibilidade da continuidade da persecução punitiva, por ausência de justa causa.
32. O Superior Tribunal de Justiça tem um entendimento aparentemente sedimentado, no sentido e que o recebimento da petição inicial acusatória da ação de improbidade administrativa deverá respeitar dois pilares: (i) a presença da justa causa; e (ii) o princípio do *in dubio pro societate*.
33. Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, há uma tendência de prevalência da aplicação do *in dubio pro societate* no recebimento das iniciais acusatórias de ações de improbidade administrativa.
34. Há, contudo, decisões do Superior Tribunal de Justiça, anteriores à reforma legislativa, que entendem que o brocardo *in dubio pro societate* não tem o condão de, por si só, fundamentar o recebimento da inicial acusatória de improbidade administrativa.

35. Para o presente estudo, a inicial acusatória somente deverá ser recebida caso seja verificada, em concreto, a justa causa – o que deve ser realizado, por certo, de forma fundamentada e atentando-se aos elementos concretos do feito.
36. Entende-se que a aplicação do brocardo *in dubio pro societate*, por não ter valor se aplicado como único fundamento, apenas reforça o espaço de dúvidas já permitido pela noção da justa causa – e, portanto, não deteria, aparentemente, força argumentativa suficiente para a fundamentação exigida no recebimento da inicial acusatória.
37. Em linhas gerais, a justa causa, relacionada à fase judicial da ação de improbidade administrativa, pode ser conceituada como um filtro legalmente previsto para o exame sobre a admissibilidade da ação judicial destinada à persecução sancionatória da improbidade administrativa.
38. A justa causa, observando também os parâmetros legalmente dispostos, exige, como regra, a individualização das condutas de modo condizente com os elementos probatórios mínimos – que, por sua vez, deverão comprovar a veracidade do fato e o elemento doloso.
39. Assim, a instrução da petição inicial deve ser suficiente inclusive para a comprovação, na cognição própria desta fase, a respeito do tipo subjetivo – consistente na conduta dolosa, realizada com o objetivo de atingir o fim ilícito de um dos tipos de improbidade administrativa, além de ter também por fim a obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem (art. 17, §6º, II c/c art. 1º, §1º c/c art. 11, §1º, todos da Lei de Improbidade Administrativa, na nova redação).
40. Dessa forma, a petição inicial deve narrar os fatos e trazer as provas próprias deste momento processual – devendo também indicar uma única e específica tipificação (em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório), além de explicitar todos os elementos objetivos e subjetivos que dêem suporte à imputação do ato de improbidade administrativa – sob pena de verificar-se a ausência da justa causa.
41. Com o fim de evitar-se desproporcionalidade na aplicação da lei de regência, a evolução do instituto da improbidade administrativa exige dois tipos de filtros jurídicos para que se chegue a uma adequada imputação do ato de improbidade administrativa: (i) critérios objetivos, ligados à tipicidade formal e material; e

- (ii) critérios subjetivos, ligados à culpabilidade e à exigência de uma conduta dolosa (conforme o novo texto legal).
42. Dentro dos critérios objetivos, deve ser analisada primordialmente a noção da tipicidade formal e material, em que são levados em conta critérios como a produção de resultado danoso, a insignificância e a imputação objetiva (pautada na noção de criação de riscos proibidos).
43. Também no âmbito dos parâmetros objetivos de exame do ato de improbidade administrativa, a persecução punitiva encontra obstáculos jurídicos relacionados à prescrição, ao denominado *bis in idem* e à necessidade de observância de decisões judiciais que já tenham apreciado os mesmos fatos, conforme os parâmetros fixados pela lei de regência.
44. Afigura-se elementar, em um regime constitucional garantidor do devido processo legal, que a acusação, em um processo punitivo, seja iniciada por meio de um ato formal de imputação ao acusado, consistente na indicação clara e específica sobre os fatos imputados e sobre a adequação normativa da conduta tida por ilícita – além da juntada dos elementos probatórios mínimos suficientes para subsidiar a acusação.
45. A exigência de tipicidade – como lei prévia e certa que preveja a conduta ilícita – decorre do próprio texto constitucional.
46. O nexo causal entre a eventual conduta e o resultado também merece uma atenção detida e vinculada aos fatos concretos investigados, podendo, se for o caso, afastar ou confirmar a responsabilização do agente.
47. A mera ocupação de função ou cargo com poderes de chefia ou hierárquicos não faz com que seja possível, necessariamente, a imputação de ato de improbidade administrativa ao agente (art. 1º, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).
48. Na especificidade do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, a imputação formal deverá, ao mesmo tempo, (i) indicar de forma precisa e objetiva qual o ilícito imputado, com a indicação das normas violadas; e (ii) indicar a magnitude da lesividade imputada.
49. A justa causa não se satisfaz apenas com a mera acusação formalizada: deverão ser ainda observados outros parâmetros objetivos, ligados à tipicidade material, bem como ao *bis in idem* e à prescrição, além também da necessidade

constitucional da verificação da presença dos demais requisitos subjetivos (culpabilidade e elemento subjetivo doloso, com o duplo fim especial de agir).

50. O art. 17-C, §1º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021 prevê, expressamente, que “[a] ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade”. Portanto, a mera subsunção de uma conduta a um dever imposto por lei não resulta, por si só, em um ato de improbidade administrativa.
51. Ademais, a tipicidade material, que ultrapassa o plano da mera ilegalidade, também exige a existência de um conteúdo material do tipo, de modo tal que condutas que não produzam riscos proibidos ou que não sejam suficientes lesivas ao bem jurídico tutelado (como as condutas insignificantes) tampouco poderão ser enquadradas como improbidade administrativa – restando apenas o exame de legalidade do ato, pelos meios próprios, uma vez que o legislador passou a tratar a questão como de gravidade insuficiente para a persecução punitiva pela via da ação de improbidade administrativa.
52. Na análise da justa causa da improbidade administrativa, deve-se também levar em conta que o ordenamento jurídico permite que haja, por exemplo, determinados riscos tolerados, e que, por tal razão, não são aptos a gerar a configuração do ato de improbidade administrativa, ainda que tenham resultado naturalístico que atingiria, em uma análise literal, algum dos bens jurídicos tutelados.
53. A noção dos riscos permitidos se constitui em hipótese objetiva de não incidência da norma-tipo do ato de improbidade administrativa, em razão de que a conduta se apresenta como juridicamente tolerada, em uma análise objetiva – seja por norma expressa, seja também pela adequação social ou cultural do ato ou omissão.
54. A noção de riscos permitidos se justifica em razão de que determinados riscos acabam por ser tolerados pelo regime da improbidade administrativa, ainda que possam produzir perigos, em razão de gerarem outros ganhos à coletividade e à democracia, por exemplo. Nesses casos, resta afastada a possibilidade de responsabilização pessoal ainda que eventuais resultados sejam verificados na realidade fenomenológica.

- 55.** A imputação objetiva se trata de uma concepção interpretativa que pretende avaliar as causas de determinado resultado juridicamente indesejado (por atingir bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico) a partir de uma ótica objetiva, consistente na verificação sobre a atuação do agente e sobre a produção ou não, na conduta, de riscos proibidos ou riscos permitidos.
- 56.** A imputação objetiva é também aplicável ao regime da improbidade administrativa, considerando-se que existem espaços de tolerância a determinados riscos produzidos por agentes públicos.
- 57.** A Lei de Improbidade Administrativa previu expressamente um direito ao erro na hipótese de (i) 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; e (ii) formatação de políticas públicas, ainda que se entendam por ilegais ou inadequadas - tratando-se, em tais casos, de risco permitido, o que possibilita o afastamento da ilicitude ou da tipicidade já no exame da justa causa, no limiar da ação judicial de improbidade administrativa.
- 58.** O exame da justa causa também deverá analisar, de forma detida, a lesividade da conduta imputada, à luz do princípio da insignificância, devendo ser rejeitada, de pronto, a ação judicial que não atribua ao acusado, com elementos mínimos de prova, a relevante lesividade ao bem jurídico tutelado – notadamente nas imputações que decorrem do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.
- 59.** Com o advento da Lei n. 14.230/2021, por determinação expressa do legislador, o princípio da insignificância se tornou aplicável, indubitavelmente, também no âmbito da improbidade administrativa – mesmo no exame sobre a justa causa.
- 60.** A prescrição consiste também em mais um parâmetro objetivo para a análise da justa causa na improbidade administrativa, seja no momento do recebimento da petição inicial, seja, de modo superveniente, no caso de prescrição intercorrente. Assim, se a conduta investigada foi alcançada pela prescrição, em momento anterior ou mesmo durante o trâmite da ação judicial, não mais subsistirá justa causa para o processamento da ação de improbidade administrativa, eis que a probabilidade de futura condenação tem valor igual a zero.

61. Em razão de a improbidade administrativa estar inserida no regime constitucional do Direito Sancionador, a norma prescricional, acaso mais benéfica, deverá retroagir em benefício do réu, razão pela qual deverá ser aplicada de imediato, ainda que as condutas em exame tenham sido praticadas anteriormente à vigência da Lei n. 14.230/2021.
62. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema 897 do STF, em repercussão geral, fixou a tese de que “[s]ão imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.
63. O Superior Tribunal de Justiça fixou a tese, no Tema Repetitivo n. 1089, de que “[n]a ação civil pública por ato de improbidade administrativa é possível o prosseguimento da demanda para pleitear o ressarcimento do dano ao erário, ainda que sejam declaradas prescritas as demais sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92”.
64. Do ponto de vista da análise da justa causa no ajuizamento da ação, tem-se que o exame da prescrição deverá observar a regra que seja mais benéfica ao acusado, e, caso constatada a prescrição, não haverá justa causa para o recebimento da ação, pois estará desde logo extinta a pretensão sancionadora relativa ao ato de improbidade administrativa imputado.
65. Ainda na análise dos parâmetros objetivos, não haverá justa causa para a ação de improbidade administrativa nos casos em que os mesmos fatos: (i) estejam já *sub judice* sob o regime jurídico da Lei n. 12.846/2013, e tenham sido imputados a pessoa jurídica; (ii) tenham sido abrangidos pelo manto da coisa julgada em sentenças civis que tenham concluído pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria; ou (iii) tenham sido objeto de absolvição criminal, confirmada por decisão colegiada, em qualquer das hipóteses previstas no art. 386 do Código de Processo Penal.
66. O sistema da improbidade administrativa pressupõe a observância do modelo constitucional de devido processo legal punitivo, de modo tal que se exige uma apuração aprofundada também sobre a culpabilidade e sobre o elemento subjetivo do agente responsável pela conduta investigada, com o fim de realizar-se a imputação subjetiva em relação ao fato típico.

67. A nova redação da Lei de Improbidade Administrativa, promovida pela Lei n. 14.230/2021, extinguiu, do ordenamento jurídico, a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa (art. 1º, §§1º e 2º, c/c art. 10 e c/c art. 17-C, §1º, todos da Lei de Improbidade Administrativa, com redação dada pela Lei n. 14.230/2021).
68. Do mesmo modo, a nova lei trouxe importantes parâmetros para o exame do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa – como a definição do conceito do dolo como “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” (art. 1º, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).
69. Também se determinou, expressamente, 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” (art. 1º, §3º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).
70. Em acréscimo, o texto legal passou a prever que não haverá a configuração do ato de improbidade a ação ou omissão que decorra de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada (art. 1º, §8º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).
71. A Lei de Improbidade Administrativa, na nova redação, também exige, para a configuração do ato de improbidade administrativa, a comprovação de que a conduta funcional do agente público tenha sido realizada com um fim específico, consubstanciado no “fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” (art. 11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluídos pela Lei n. 14.230/2021).
72. Ainda, com a Lei n. 14.230/2021, o rol do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (modalidade de improbidade por violação a princípio da Administração Pública) se tornou taxativo, e não meramente exemplificativo, exigindo-se também a indicação específica das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas (art. 11, §3º, incluído pela Lei n. 14.230/2021) – o que afasta, por exemplo, a possibilidade de condenação por violação de princípios implícitos no ordenamento jurídico.

73. A culpabilidade consiste na possibilidade jurídica de atribuir determinada sanção a um cidadão, sendo um direito fundamental também a ser verificado no sistema punitivo da improbidade administrativa.
74. A responsabilização pessoal própria da improbidade administrativa não admite a modalidade de responsabilidade objetiva, devendo haver um criterioso exame do elemento subjetivo da conduta (atualmente, na regra vigente, apenas o tipo subjetivo doloso admite a configuração do ato de improbidade administrativa).
75. A mera ocupação de função ou cargo com poderes hierárquicos não faz com que haja, necessariamente, a responsabilização por improbidade administrativa do agente.
76. Não haverá culpabilidade, no regime próprio da Lei de Improbidade Administrativa, em relação a condutas do agente público no âmbito privado, salvo se houver regra própria e explícita no regime legal que regulamenta a função ou o cargo.
77. Além do direito fundamental consubstanciado no princípio da culpabilidade, tem-se que a acepção culpabilidade também consiste em um elemento analítico a respeito da configuração ou não do ato de improbidade administrativa. Dentro de tal abordagem, a culpabilidade pode ser lida como a exigibilidade jurídica de conduta diversa – e, neste ponto, há um diálogo inclusive com a noção de riscos permitidos, própria da imputação objetiva do tipo.
78. Foge da moldura constitucional uma tipologia de previsão extremamente aberta sem que haja justificativa idônea, por tratar-se de medida legislativa claramente desproporcional e afrontosa ao devido processo legal e à ampla defesa – também prejudicando a análise do elemento subjetivo doloso da conduta.
79. No que diz respeito a condutas ainda previstas por meio de textos demasiadamente abertos na lei de regência, tem-se que, para a configuração do dolo, não há se falar em condutas que não sejam sequer previsíveis, sob pena de desconfiguração total do instituto (que exige que o agente aja com consciência e vontade) – especialmente no novo contexto normativo, que exige uma ação ou omissão específica, voltada a atingir o fim ilícito e a obter vantagem ou proveito indevido.
80. No texto original da Lei de Improbidade Administrativa e até a vigência da Lei n. 14.230/2021, havia a previsão expressa de que, no caso de ato de improbidade

que produzisse dano ao erário, a ação ou omissão culposa também seria suficiente como elemento subjetivo para a condenação.

- 81.** Atualmente, contudo, o referido dispositivo (art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa) passou a ter nova redação, exigindo o dolo como elemento subjetivo para a configuração da improbidade.
- 82.** Assim, a modalidade culposa de ato de improbidade administrativa foi extinta do ordenamento jurídico a partir do advento da Lei n. 14.230/2021.
- 83.** A extinção da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa é regra mais benéfica ao réu, por limitar o poder punitivo estatal, e, portanto, retroage em favor dos acusados.
- 84.** Sendo assim, na análise da justa causa, ainda que feita de modo superveniente (isto é, durante o trâmite processual), defende-se que toda ação que impute um ato de improbidade culposo ao acusado deverá ter esse pedido extinto, com resolução do mérito, por ausência de tipicidade, já que o tipo subjetivo culposo não mais subsiste no ordenamento jurídico, além de tais condutas terem passado a ser classificadas como realizadoras de um risco permitido, portanto não punível pelo regime da improbidade administrativa.
- 85.** O dolo previsto pela Lei de Improbidade Administrativa, em sua redação atual, deve ser lido como a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 da referida lei, não bastando a mera voluntariedade do agente, exigindo-se ainda, adicionalmente, que a conduta funcional do agente público tenha o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.
- 86.** Criou-se pela dicção expressa da lei, portanto, a exigência do dolo específico para a configuração do ato de improbidade administrativa.
- 87.** O novo regime jurídico-legal da improbidade administrativa não admite a figura do dolo genérico, tendo superado a anterior jurisprudência que o admitia – assim, para a configuração do ato de improbidade administrativa, exige-se o dolo específico. Tal norma também retroage, por ser mais benéfica aos acusados, uma vez que restringe as hipóteses de atuação do poder punitivo estatal.
- 88.** Como se viu, a constatação do dolo na improbidade administrativa passou a exigir também um duplo fim especial de agir: (i) 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; e (ii) o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade (art. 11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, na nova redação).
- 89.** A nova redação legal, portanto, afasta qualquer controvérsia, tendo optado por incluir expressamente, no elemento subjetivo do tipo, a má-fé e a desonestidade, já que tais concepções se encontram inseridas na conduta praticada com os dois fins especiais de agir.
- 90.** A má-fé e a desonestidade não se presumem, sendo um ônus da parte autora a sua comprovação, de modo tal que o fim especial de agir deve vir acompanhado de elementos concretos que evidenciem a conduta baseada em tais parâmetros – conforme, inclusive, exigência expressa da Lei de Improbidade Administrativa, ao tratar dos requisitos da petição inicial, que determina que a acusação deverá ser instruída com documentos ou justificção a respeito do dolo imputado (art. 17, §6º, II, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei n. 14.230/2021).
- 91.** Ao lado da exigência de dolo específico, entende-se também que não será possível a imputação subjetiva do denominado dolo eventual – que se conceitua, normativamente, como a conduta de assumir o risco de produzir o resultado proibido (na dicção do art. 18, I, do Código Penal, utilizado como baliza interpretativa). Racionalmente, não é possível cogitar-se de assumir o risco do resultado quando a lei exige um dolo específico de atuação com o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade – esta atuação tem que advir de um ato volitivo puro, ínsito da própria conduta, sequer se vinculando apenas ao risco do resultado.
- 92.** A circunstância prevista no art. 11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, na redação atual, opera no sistema binário – se estiver presente, será possível cogitar-se de ato ímprobo; se estiver ausente, não há sequer cogitar-se de ato ímprobo.
- 93.** Portanto, a ação judicial voltada à punição por ato de improbidade administrativa somente poderá ser iniciada se constatados, já na análise da justa causa, elementos indiciários que apontem para a presença do elemento subjetivo doloso – dolo específico (art. 1º, §1º, da Lei de Improbidade, incluído pela Lei n. 14.230/2021), bem como para a presença do especial fim de agir previsto no art.

11, §§1º e 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluídos pela Lei n. 14.230/2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AGRA, Walber de Moura. *Comentários sobre a lei de improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 371p.

AMORIM JUNIOR, Silvio Roberto Oliveira de. *Improbidade Administrativa: procedimento, sanções e aplicação racional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 170p.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no Processo Penal: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil*. Tese de doutorado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.

ANDRADE, Landolfo. A Repercussão do Artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) na Interpretação e Aplicação do Artigo 10 da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). *Gen Jurídico*, 19 de março de 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/03/19/a-repercussao-do-artigo-28-da-lei-de-introducao-as-normas-do-direito-brasileiro-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8-429-1992-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 12/05/2021.

ARANÍ MÉLO FILHO, Marconi. Da regulação responsiva à regulação inteligente: uma análise crítica do desenho regulatório do setor de transporte ferroviário de cargas no Brasil. *Journa lof Law and Regulation*, v. 6, n. 1, p. 144-163, 21 abr. 2020.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Os Regimes Jurídicos dos Servidores Públicos no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* (Impresso), v. 50, p. 201-234, 2007.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Papel e insuficiências del Derecho Disciplinario brasileño en el combate a los delitos de corrupción. In: *Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario (ICDD)*. (Org.). Colección Jurídica Disciplinaria ICDD. 1ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017, v. X, p. 155-182.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Reflexos da Decisão Judicial Penal na Esfera Administrativo-Disciplinar - Por Uma Perspectiva Ampliada da Questão. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula. (Org.). *Tendências e Perspectivas do Direito Administrativo: Uma Visão da Escola Mineira*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 59-71.

ARAÚJO, Márcio Sá. *In dubio pro societate e a decisão de recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa*. Dissertação de mestrado. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2020.

ARAÚJO, Paulo Henrique Figueredo de. A culpabilidade no ato ímprobo: aplicação da teoria normativa pura na análise da improbidade administrativa. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 217-238, jul./set. 2017.

ARAÚJO, Thiago C.; JÚNIOR; Fernando Ferreira; VORONOFF, Alice. *Delimitação do conceito de 'erro grosseiro' na jurisprudência do TCU*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/delimitacao-do-conceito-de-erro-grosseiro-na-jurisprudencia-do-tcu-15042019>. Acesso em: 04/05/2021.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 25, n. 129, p. 435-477, mar. 2017.

ARÊDES, Sirlene. *Responsabilização do agente público – individualização da sanção por ato de improbidade administrativa*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 198p.

AVILA, Thiago André Pierobom de; MARTINS, Teofábio Pereira. A recomendação ministerial como possível instrumento de delimitação do dolo da improbidade administrativa. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 16, p. 139-173, jan./jun. 2017.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, 1992.

BARBOSA, Maria Amélia Lourenço. O elemento subjetivo dolo como requisito para configuração do ato de improbidade administrativa. *Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 10, n. 36, p. 377-393, 2011. Edição Especial: 20 anos da Lei de improbidade administrativa.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BELO, Warley. As condições da ação penal e o julgamento de mérito abusivo, in *Revista dos Tribunais*, RT, v. 97, n. 874, ago/2008, p. 445-479.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; GARBIN, Maurício Augusto. Cidadania, princípio da razoabilidade e o problema do ato de improbidade administrativa culposos. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 43, p. 93-113, 2016.

BEZDOS, Clovis. Considerações em torno da lei de improbidade administrativa. *Revista do advogado*, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 44-61, dez. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018.

BINENBOJM, Gustavo; DIONISIO, Pedro de Hollanda. Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle. *Revista De Direito Administrativo*, 2021, p. 109–135.

BITENCOURT NETO, Eurico. 25 anos da lei de improbidade administrativa: desafios jurídicos ainda não superados. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, v. 141, p. 206-209, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. 25 anos da LIA: desafios jurídicos ainda não superados. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/25-anos-da-lia-desafios-juridicos-ainda-nao-superados-09082017>. Acesso em: 16/12/2021.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: Direito Administrativo e organização no século XXI*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2017. v. 1. 461p.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Conteúdo da Moralidade Administrativa*. JAM Jurídica (Salvador), Jam Jurídica, v. 5, p. 14-17, 2004.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. v. 1. 320p.

BITENCOURT NETO, EURICO. Estado social e administração pública de garantia. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 8, p. 289, 2017.

BITENCOURT NETO, Eurico. Há um Direito Fundamental à Boa Administração Pública? In: GODINHO, Helena Telino Neves; FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. (Org.). *Direito Constitucional em Homenagem a Jorge Miranda*. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v. , p. 151-170.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. v. 1. 145p .

BITENCOURT NETO, Eurico. Legalidade e Improbidade Administrativa: justa aplicação da Lei N. 8.429/92. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. (Org.). *Direito Público Moderno: homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho*. 1ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, v. , p. 233-258.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 4, p. 207-225, 2017.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

BOLONHA, Carlos Alberto Pereira das Neves; ALMEIDA, Maíra; LUCAS, Daniel de Souza. Um caminho possível para a operacionalização das capacidades institucionais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, setembro-dezembro 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coords.). *Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUTELER, Alfonso. El control de La corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo no ato de improbidade administrativa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, vol. 9, n. 16, p. 247-268, jan./jun. 2017, p. 249-254.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: *Dolo e Direito Penal: Modernas Tendências*. BUSATTO, Paulo César (coord.). São Paulo: Atlas, 2014.

CAMMAROSANO, Márcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos artigos 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10. *Interesse Público: IP*, Belo Horizonte, v. 16, n. 83, p. 27-38, jan./fev. 2014.

CAMMAROSANO, Marcio; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. O elemento subjetivo na improbidade administrativa: por uma responsável motivação das decisões judiciais. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, São Paulo, v. 12, n. 141, p. 253-274, set. 2017.

CAMPANA, Priscila de Sousa Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 9, n. 1, p. 189-216, 2017. Disponível em:

<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/252703892017090107>. Acesso em: 12/05/2021.

CAPEZ, Fernando. Dolo penal na improbidade administrativa. *Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/controversias-juridicas-dolo-penal-improbidade-administrativa>. Acesso em: 16/12/2021.

CAPEZ, Fernando. Retroatividade in melius da prescrição intercorrente na Lei de Improbidade. *Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-02/controversias-juridicas-retroatividade-in-mellius-prescricao-intercorrente-lei-improbidade>. Acesso em: 13/12/2021.

CAPEZ, Fernando. *Teoria da imputação objetiva nos atos de improbidade administrativa*. 2008. 382 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Improbidade administrativa - limites constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARPES, Artur. O direito fundamental ao processo justo: notas sobre o modelo de constatação nos processos envolvendo as ações de improbidade administrativa. In: *Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92*. LUCON, Paulo; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2013, p. 44-60.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAVALCANTI, Caio Mário Lana. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

COLLUCCI, Ricardo. *Juízo de admissibilidade da “ação de improbidade administrativa”*. 2011. 235 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

COPOLA, Gina. Improbidade administrativa: o elemento subjetivo do dolo: as modalidades de ato de improbidade administrativa previstas no art. 11 da lei improbidade administrativa. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 22, n. 12, p. 1334-1339, dez. 2006.

CÔRTEZ, Pâmela de Rezende; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; OLIVEIRA, André Matos de Almeida. Políticas Públicas Baseadas em Evidências Comportamentais – reflexões a partir do Projeto de Lei 488/2017 do Senado. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, p. 429-454, 2018.

- COSTA, Elisson Pereira da. Elemento subjetivo no ato de improbidade administrativa. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, São Paulo, v. 10, n. 111, p. 15-22, mar. 2015.
- CRUZ, Maria Gabriela Freitas. *O in dubio pro societate nas ações de improbidade administrativa: presunção de inocência e dever de motivação das decisões judiciais à luz da LINDB*. Dissertação de Mestrado. 2021. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O caráter retórico do princípio da legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso. *Revista de Direito Administrativo*, v. 274, p. 175-208, 2017.
- D'AVILA, Fábio Roberto. *Crime Culposos e a Teoria da Imputação Objetiva*. São Paulo: RT, 2001.
- DE LIMA, Bernardino. O contencioso administrativo na República. *Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1907.
- DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Quem é o 'administrador médio' do TCU? LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade. *Jota*, 22 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>>. Acesso em: 12/05/2021.
- DERZI, Misabel. *Direito Tributário, Direito Penal e Tipo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. A legitimidade das ações da Administração Pública em face dos cidadãos: desafio para um direito administrativo pós-moderno? *Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Izabela Hendrix*, Nova Lima/MG, v. 1, p. 109-126, 2003.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; CRISTO, Thais Karine de. O sistema de responsabilidade da teoria da unidade de valor, de Ronald Dworkin, como conceito epistemológico do princípio constitucional da moralidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 4, p. 79-98, 2018.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; TORCHIA, Bruno Martins. A necessidade de harmonização das esferas do poder punitivo estatal (Administrativa e penal) no combate à corrupção. In: FORTINI, Cristiana (Org.). *Corrupção e seus múltiplos enfoques jurídicos*. 1ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, v. 1, p. 205-229.

DINAMARCO, Pedro da Silva. Requisitos para a procedência das ações de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Resende (coord). *Improbidade Administrativa: Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

DIPP, Gilson e; CARNEIRO, Rafael Araripe. Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos. *Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicial-todos>. Acesso em: 12/05/2021.

DORNA, Mário Henrique de Barros. O juízo preliminar da lei de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 300/2020, p. 251-266.

DOTTI, Marinês Rastelatto. Improbidade Administrativa à Luz da Jurisprudência dos Tribunais. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 391-430.

FACCHINI, Maria Iraneide Olinda Santoro. Improbidade e o elemento subjetivo do agente público. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 13, p. 514-523, jul./dez. 2009.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3.ed. SP: Atlas, 2015.

FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristiana. *Sistema Anticorrupção e Empresa*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. 390 pg.

FÉRES, Marcelo Andrade; CHAVES, Natália Cristina. Responsabilidade Administrativa de Pessoas Jurídicas na Lei Anticorrupção: Sanções e Critérios de Fixação. In: Marcelo Andrade Féres; Natália Cristina Chaves. (Org.). *Sistema Anticorrupção e Empresa*. 1ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v. 1, p. 227-253.

FÉRES, Marcelo Andrade; LIMA, Henrique Cunha Souza. Compliance Anticorrupção: Formas e Funções na Legislação Internacional, na Estrangeira e na Lei n. 12.846/2013. In: Cristiana Fortini. (Org.). *Corrupção e seus Múltiplos Enfoques Jurídicos*. 1ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, v. 1, p. 145-174.

FÉRES, Marcelo Andrade; RIBEIRO, Rodrigo Araújo; ALMEIDA, Tiago Flecha de; NETO, Jason Soares de Albergaria; ANDRADE, Alberto Guimarães; LEVATE, Luiz Gustavo. [Orgs.]. *Advocacia Pública em Juízo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. v. 1. 799p.

FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. *Interesse Público - Revista Conjur*, São Paulo/SP, 29 de novembro de 2018. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu>. Acesso em: 12/05/2021.

FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. *Conjur - Interesse Público*, 10 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em: 12/05/2021.

FERRAZ, Luciano. Ausência de duplo grau de jurisdição obrigatório nas ações de improbidade administrativa. Coluna Interesse Público. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-30/interesse-publico-ausencia-duplo-grau-jurisdicao-obrigatorio-acoes-improbidade>. Acesso em: 28/02/2020.

FERRAZ, Luciano. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

FERRAZ, Luciano. *Controle e Consensualidade*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2019. v. 1. 198p .

FERRAZ, Luciano. Dano in re ipsa cria, sem lei, novo tipo de improbidade administrativa. *Interesse Público - Revista Conjur*, São Paulo/SP, 17 maio 2017. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-04/interesse-publico-dano-in-re-ipsa-cria-tipo-improbidade-administrativa>. Acesso em: 12/05/2021..

FERRAZ, Luciano. Entre os Conceitos de Ilegalidade e Improbidade Administrativa. *Interesse Público, Conjur*, 07 jul. 2016. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-07/interesse-publico-entre-conceitos-ilegalidade-improbidade-administrativa>. Acesso em: 12/05/2021.

FERRAZ, Luciano. Improbidade Administrativa à “freudiana”. *Interesse Público, Conjur*, 07 jul. 2016. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-07/interesse-publico-improbidade-administrativa-freudiana>. Acesso em: 28/08/2022.

FERRAZ, Luciano. Lei 13.964/19 e (in)significância na improbidade administrativa. Coluna Interesse Público. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-23/interesse-publico-lei-1396419-insignificancia-improbidade-administrativa>. Acesso em: 10/05/2022.

FERRAZ, Luciano. Nova LINDB reafirma o brocardo “tempus regit actum”. *Interesse Público – Conjur*, 18 de outubro de 2018. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2018-out-18/interesse-publico-lindb-reafirma-brocardo-tempus-regit-actum>. Acesso em: 12/05/2021.

FERRAZ, Luciano. Reflexões sobre a Lei no 12.846/2013 e seus impactos nas relações público-privadas: lei de improbidade empresarial e não lei anticorrupção. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 33-43, out./dez. 2014.

FERRAZ, Luciano. Reforma da Lei de Improbidade e novatio legis in mellius implícita. *Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-28/interesse-publico-reforma-lei-improbidade-novatio-legis-in-mellius-implicita>. Acesso em: 16/12/2021.

FERRAZ, Luciano; PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di ; MOTTA, F. . *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. 2ª Edição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 2. 207p.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira; FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *A moralidade administrativa e a responsabilização judicial do agente político: um estudo sobre a improbidade administrativa no Brasil*. 2020. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

FERREIRA, Vivian Maria. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, set./dez. 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004,

FONSECA, Sergio Roxo da; BUGALHO, Vinicius. Improbidade e a Busca pela Razoabilidade. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 537-539.

FORTINI, Cristiana (Coord.). *Corrupção de Seus Múltiplos Enfoques Jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FORTINI, Cristiana (Org). *Servidor Público: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*(2ed). 2. ed. , 2014.

FORTINI, Cristiana. Carta do ministro da Educação: improbidade ou ato irregular? *Consultor Jurídico – Conjur*, 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-28/interesse-publico-carta-ministro-educacao-ato-improbidade-ou-conduta-irregular>. Acesso em: 12/05/2021.

FORTINI, Cristiana. Comentários ao art. 17 (acordo de leniência nas contratações públicas). In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Thiago Marrara. (Org.). *Lei Anticorrupção comentada*. 3ed., 2020.

FORTINI, Cristiana. Excesso de punição a atos de corrupção não favorece interesse público. *Conjur*, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-10/interesse-publico-excesso-punicao-atos-corrupcao-nao-favorece-interesse-publico>.

Acesso em: 12/05/2021.

FORTINI, Cristiana. IVANEGA, Miriam Mabel (Org.). *Mecanismos de controle interno e sua matriz constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

FORTINI, Cristiana. Programas de integridade e a Lei Anticorrupção. In: AULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (Org.). *Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 193-201. ISBN 978-85-450-0473-8.. 1ed.: , 2018, v. 1, p. 193-201.

FORTINI, Cristiana. *Uma rápida comparação entre a Lei 12.846/13 e norte-americano foreign corrupt practices act (FCPA)*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/cristiana-fortini/uma-rapida-comparacao-entre-a-lei-1284613-e-norte-americano-foreign-corrupt-practices-act-fcpa>. Acesso em: 12/05/2021.

FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. Retroatividade benigna da Lei 14.230: o que dizer de decisões transitadas em julgado? *Conjur*, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-17/interesse-publico-retroatividade-benigna-lei-1423021>. Acesso em: 28/02/2022.

FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sob a ótica teórica de Eberhard Schmidt-Assmann. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael. (Org.). *Nova LINDB*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, v. , p. 239-266.

FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. O controle jurisdicional da atividade administrativa em tempos de crise: deferência, capacidades institucionais e seus reflexos sobre o federalismo. In: SCAFF, Fernando Facury; TORRES, Heleno Taveira; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; DERZI, Misabel Abreu Machado. *A crise do federalismo em estado de pandemia*. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

FORTINI, Cristiana; HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. O fim da improbidade por descumprimento de princípios e a Lei 13.655/18. *Consultor Jurídico – Conjur*.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-01/interesse-publico-improbidade-descumprimento-principios-lei-1365518>. Acesso em: 12/05/2021.

FORTINI, Cristiana; LACERDA, B. A. O Direito Administrativo e a fundamentalidade da pessoa. *Fórum Administrativo*, v. 10, p. 19-28, 2010.

FORTINI, Cristiana; MIRANDA, Júlian. A discricionariedade administrativa em face do princípio da eficiência. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, v. 05, p. 55-78, 2012.

FORTINI, Cristiana; REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo . O princípio da moralidade no direito administrativo e a ação popular. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 5, p. 561-582, 2008.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança corporativa e medidas preventivas contra a corrupção na Administração Pública: um enfoque à luz da Lei nº 13.303/2016. *REDAP*, 2016. p. 9.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

FORTINI, Cristina; SHERMAM, Ariane. Corrupção: causas, perspectivas e a discussão sobre o princípio do bis in idem. *Revista de Investigações Constitucionais* [online]. 2018, vol.5, n.2, pp.91-112. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/57614/35888>. Acesso em: 12/05/2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca [et al.]. *Comentários à Lei de improbidade administrativa* [livro eletrônico]: Lei 8.249 de 02 de junho de 1992. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020.

GARCIA, Emerson. A relevância da má-fé no delineamento da improbidade administrativa. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.15, n.59, p.47-65, jul./set. 2012. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista59/revista59_47.pdf.

Acesso em: 12/05/2021.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Flavio Amaral; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Contratos Públicos, Improbidade e o Estado Amedrontado (ou “Crime de Hermenêutica dos Outros é Refresco”). *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 241-252.

GHEDINI NETO, Armando. A autonomia constitucional da responsabilidade por improbidade administrativa e alguns reflexos na aplicação das infrações e sanções da Lei 8.429/92. *Jurisprudência mineira*, Belo Horizonte, v. 64, n. 206, p. 21-25, jul./set. 2013.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS et al (coords.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-905.

GRECO, Luís. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GUEDES, Néviton. O princípio da congruência na ação civil pública de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 275-310.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Revista Colunistas – Direito do Estado*, n. 71, 2016. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 12/05/2021.

HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção científicista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 199-219, out./dez. 2011.

HARGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa na modalidade culposa. *Interesse Público: IP*, Belo Horizonte, v. 11, n. 58, nov. 2009.

HARGER, Marcelo. A utilização de conceitos de direito criminal para a interpretação da lei de improbidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun, 2010. Disponível em: <http://bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67670>. Acesso em: 05/05/2021.

HARGER, Marcelo. *Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. Trad. de Maria del Mar Díaz Pita. In: *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1990, p. 909-932.

HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. A ação de improbidade administrativa e o devido processo legal: apontamentos sobre o regime processual de garantias fundamentais. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. v. 32, n. 3, p. 39-52, 17 dez. 2020.

HORTA, Raul Machado. Improbidade e corrupção. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 236, p. 121-128, abr./jun. 2004.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. PL 7448/2017 e sua importância para o Direito brasileiro. *Jota*, 18 de abril de 2018. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-justen/pl-7448-2017-e-sua-importancia-para-o-direito-brasileiro-18042018>. Acesso em: 12/05/2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022 (versão e-book Kindle).

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. A Análise Econômica do Direito como método e disciplina. *E-civitas*: Belo Horizonte, v. 1, p. 004, 2009.

LARA, Fabiano Teodoro de Rezende; GONTIJO, Guilherme Dias. Princípio da Eficiência: forjando uma Administração Pública pragmática? In: Roberto Correia da Silva Gomes Caldas; Joana Stelzer; Liane Francisca Hüning Birnfeld. (Org.). *Direito e administração pública I*. Florianópolis: Conpedi, 2014.

LARA, Fabiano Teodoro. Desenvolvimento, Instituições e Desenho de Mecanismos In: *Políticas públicas: planejamento e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.

LIMA JUNIOR, José César Naves de. O gradualismo eficaz do dolus malus na improbidade administrativa. *Carta Forense*, edição n. 110, julho de 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/o-gradualismo-eficaz-do-dolus-malus-na-improbidade-administrativa/8842>. Acesso em: 05/05/2021.

LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

LIRA, José-Ricardo Pereira. Um Combate Mal-Ajambrado à Corrupção. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 350-356.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

LUZ, Denise. *Direito administrativo sancionador judicializado: improbidade administrativa e o devido processo - aproximações e distanciamentos do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2014.

MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord.). *Nova LINDB: consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A justa causa e outros temas atuais da ação de improbidade administrativa: ensaio de crítica jurídica*. Fortaleza: Impreco, 2017.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Erro grosseiro*. Disponível em: <<https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/editorias/opiniaio/erro-grosseiro-1.1066428>>. Acesso em: 05/05/2021.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Improbidade Administrativa: breves estudos sobre a justa causa e outros temas relevantes de direito sancionador*. Fortaleza: Editora Curumim, 2014.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *Direitos e Garantias Fundamentais na Jurisdição Sancionadora*. Fortaleza: Editora Curumim, 2018, p. 152.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. FREITAS, Rafael Vêras. O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto. *Consultor Jurídico – Conjur*, 25 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniaio-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em: 12/05/2021.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras. *Comentários à Lei nº. 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)*. 2. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

MARQUES, Mauro Campbel; TESOLIN, Fabiano da Rosa. Aspectos processuais relacionados à competência e ao recebimento da petição inicial de improbidade administrativa. In: MARQUES, Mauro Campbel et al. *Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARQUES, Mauro Campbell (coord.). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARQUES, Mauro Campbell. Debate sobre improbidade administrativa é essencial à sociedade brasileira. *Consultor Jurídico – Conjur*, 8 de novembro de 2016. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-08/campbell-marques-debate-improbidade-administrativa-essencial>. Acesso em: 12/05/2021.

MARQUES, Mauro Campbell; TESOLIN, Fabiano da Rosa. Aspectos processuais relacionados à competência e ao recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade administrativa, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 257-274.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital De Direito Administrativo*, v.3.(1), p. 104-120. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/108986/107560>. Acesso em: 12/05/2021.

MARRARA, Thiago. Pequenas improbidades? *Jornal Carta Forense*, fevereiro de 2011, p. A-16.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTARAIÁ, Fabiana de Paula Lima Isaac; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Decisão de (in)admissibilidade da ação de improbidade administrativa, uma análise a partir da necessidade da fundamentação adequada. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 6, n. 10, p. 83126-83142, 2020.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando Ausente uma Justa Causa. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 05, n. 20, abr/jun 2005, Belo Horizonte.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa – Limites de Instauração*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAURO, Carlos; CASTAGNA, Ricardo; COUTINHO, Diogo; CABRAL, Gabriel. Para além da Pirâmide: regulação responsiva e comportamento humano. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/para-alem-da-piramide-regulacao-responsiva-e-comportamento-humano-07022020>. Acesso em: 12/05/2021.

MEDINA, José Miguel Garcia de; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. *Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo*, vol. 7, p.1015-1027, nov. 2012, DTR\2008\739.

- MEDINA, José Miguel Garcia. Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa – Possibilidade de Indeferimento da petição inicial ante a ausência de ato de improbidade – Inteligência do art. 17, §§8º e 11, da Lei 8.429/1992, c/c art. 295 do CPC. *Revista dos Tribunais*. Vol. 815/2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios Constitucionais de direito administrativo sancionador*. São Paulo, Malheiros, 2007.
- MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A improbidade administrativa no Supremo Tribunal Federal, in MARQUES, Mauro Campbell (coord). *Improbidade Administrativa - temas atuais e controvertidos*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 113-140.
- MERÇON-VARGAS, Sarah. *Teoria do Processo Judicial Punitivo Não Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
- MONTEIRO, Vera. Gestor público pode errar. *Jota*, 23 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/gestor-publico-pode-errar-23072019>. Acesso em: 12/05/2021.
- MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 3ª ed, 2016.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Improbidade administrativa e princípio da insignificância: uma história sem fim. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-21/mudrovitsch-pupe-improbidade-principio-insignificancia>. Acesso em: 10/05/2022.
- NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 331p.
- NEIVA, José Antônio Lisboa. *Improbidade administrativa: Legislação comentada artigo por artigo*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. Breves reflexões sobre a Lei de Improbidade Administrativa à luz dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, a. 2, n. 4, jan./abr. 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021(versão e-book Kindle).

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tercera edición ampliada. Madrid: Tecnos, 2002.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro: paradigmas de interpretação e aplicação do Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan. 2000.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. Improbidade administrativa: retroatividade e prescrição intercorrente. *Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-26/improbidade-debate-retroatividade-prescricao-intercorrente>. Acesso em: 13/12/2021; e

OLIVEIRA, Alexandre Albagli. A tormentosa abordagem do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa. In: *Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos*. OLIVEIRA, Alexandre Albagli; CHAVES, Cristiano; GHIGNONE, Luciano (orgs.). Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador: o pensamento de Hassemer e o Direito Penal Brasileiro*. 2012. 256f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 311-326.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A irretroatividade de normas mais favoráveis da Lei de Improbidade Administrativa reformada. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-irretroatividade-de-normas-mais-favoraveis-da-lei-de-improbidade-administrativa-reformada/>. Acesso em: 31/05/2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html. Acesso em: 12/05/2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 5ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Jurisdição*. Coimbra: Almedina, 2003.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e Acordo na Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PASSOS, Pedro Paulo Alves Corrêa dos. *In dubio pro societate à luz da justa causa nas ações de improbidade administrativa segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito)—Escola de Direito e Administração Pública, Instituto Brasiliense de Direito Público, 2019.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Tutela do Direito nas Ações de Improbidade Administrativa: um Olhar Garantista. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p.76-94.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Improbidade administrativa e dolo genérico: o risco de ser gestor público. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-administrativa-e-o-dolo-generico-10082015>. Acesso em: 12/05/2021.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; MAIA, Raphael Rocha de Souza. A inconstitucionalidade da “violação a princípios” como improbidade administrativa. São Paulo: *Jota*, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a->

[inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019](#). Acesso em: 12/05/2021.

PEREZ, Marcos Augusto. *O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: métodos para uma jurisdição ampla das decisões administrativas*. 2018. Tese (Livre Docência em Discricionariedade) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22042019-144541/pt-br.php>. Acesso em: 12/05/2021.

PIRES, Thiago Magalhães. Agentes Políticos e Improbidade Administrativa: uma Nova Reflexão aos 25 Anos da Lei nº 8.429/1992. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 508-525.

PUPPE, Ingeborg. *A Distinção entre Dolo e Culpa*. Tradução, introdução e notas de Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004.

RAGUES I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 15, v. 69, nov./dez. 2007.

RIBEIRO, Eduardo Kahler. *A imputação subjetiva na improbidade administrativa: dolo e culpa do agente público na Lei n. 8.429/92*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SÁ, Mayara Ruski Augusto; FEIJÓ, Ricardo de Paula. Hipótese de inocorrência de improbidade administrativa por lesão culposa ao erário. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC*, São Paulo v. 3, n. 16, p. 63-81, jan./fev. 2015.

SANTOS, Carlos Frederico Brito dos. Os agentes políticos e a responsabilidade por culpa em face do art. 10 da Lei de improbidade administrativa. *Atuação Jurídica*, Florianópolis, v. 4, n. 7, p. 41-51, dez. 2001.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil – Revista dos Tribunais, 2020.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Genérico ou específico? Afinal, qual o dolo exigível no novo regime de improbidade administrativa? Portal Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363419/qual-o-dolo-exigivel-no-novo-regime-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 28/05/2022.

SCAPINELLI, Christopher Pinho Ferro. Da diferenciação do dolo e da culpa na ação civil pública por improbidade administrativa. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, São Paulo, v. 10, n. 111, p. 9-14, mar. 2015.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri: INAP/Marcial Pons, 2003.

SOARES, Marcos José Porto; PEREIRA, Alexandre Araujo. Distinção entre corrupção, improbidade administrativa e a má gestão da coisa pública. *Revista dos Tribunais*. v. 959, p. 55 - 69, set. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.959.04.PDF. Acesso em: 12/05/2021.

SOUZA, Eduardo Nepomuceno de. Elemento subjetivo nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Eduardo_Sousa.html>. Acesso em: 05/05/2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª edição, 1ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014

SUNDFELD, Carlos Ari. Uma lei geral inovadora para o Direito Público: entra na reta final o projeto para modernizar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Jota*, 31 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/uma-lei-geral-inovadora-para-o-direito-publico-31102017>. Acesso em: 12/05/2021.

SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 156, 2002). Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=law_and_economics. Acesso em: 12/05/2021.

TOKANO, Tercio Issami. *Justa causa para a ação civil de improbidade administrativa*. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio Do. Políticas Públicas e Ações Civis Públicas: judicialização da política? *Direito em movimento*, v. 16, n. 2, n. Rio de Janeiro, p. 182–202, 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do; DIAS, Paula do Espírito Santo de Oliveira. Indeterminação dos direitos sociais e os desafios à efetividade: uma visão empírica. *A&C- Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 18, n 73, p. 207-228, jul/set-2018.

VEDOVATO, Luís Renato; LOPES, Thiago Henrique Teles. O processo civil no estado constitucional e seus reflexos nas ações de improbidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, 278. N. 1, p. 163–188, jan./abr. 2019.

VIANA, Eduardo. *Dolo como Compromisso Cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil*. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. Distribuição do Ônus da Prova no Processo de Improbidade Administrativa e o CPC/2015. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 275-283.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino, 2008.

ZENKNER, Marcelo. Histórico da Lei nº 8.429/1992: a Corrupção Lato Sensu e Seus Reflexos na Sociedade Brasileira Contemporânea. *Revista Síntese de Direito Administrativo*, n. 141, p. 371-390.