

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

Rodrigo da Silva Soares

**RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS E O
CONCEITO CONSTITUCIONAL DE IMPROBIDADE: uma análise à luz do Projeto
de Lei nº 10.887/2018**

Belo Horizonte
2021

Rodrigo da Silva Soares

**RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS E O
CONCEITO CONSTITUCIONAL DE IMPROBIDADE: uma análise à luz do Projeto
de Lei nº 10.887/2018**

Monografia de especialização apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Luciano de Araújo Ferraz

Belo Horizonte
2021

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

S676r Soares, Rodrigo da Silva
Responsabilização administrativa de agentes públicos e o conceito constitucional de improbidade [manuscrito]: uma análise à luz do Projeto de Lei nº 10.887/2018 / Rodrigo da Silva Soares. - 2021.

32 f.

Monografia (especialização) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 30 - 32.

1. Direito administrativo. 2. Improbidade administrativa. I. Ferraz, Luciano de Araújo. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 35.077(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

ATA DA DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DO ALUNO RODRIGO DA SILVA SOARES

Realizou-se, no dia 27 de agosto de 2021, às 10:00 horas, na modalidade virtual, em função do ensino remoto emergencial, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa do trabalho de conclusão de curso, intitulado **RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS E O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE IMPROBIDADE**: Uma análise à luz do Projeto de Lei no 10.887/2018, apresentada por **RODRIGO DA SILVA SOARES**, número de registro 2020664156, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do certificado de Especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof. Luciano de Araujo Ferraz - Orientador (UFMG), Prof. Eurico Bitencourt Neto (UFMG) e Prof. Pedro Henrique Magalhães Azevedo (Escola de Contas e Capacitação Prof. Pedro Aleixo).

A Comissão considerou o trabalho de conclusão de curso:

- Aprovado
 Reprovado

Finalizados os trabalhos, lavrada a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2021.



Documento assinado eletronicamente por **Pedro Henrique Magalhães Azevedo, Usuário Externo**, em 31/08/2021, às 14:54, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luciano de Araujo Ferraz, Professor do Magistério Superior**, em 31/08/2021, às 15:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Eurico Bitencourt Neto, Professor do Magistério Superior**, em 01/09/2021, às 08:30, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site



https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0936149** e o código CRC **9AFBA2A0**.

Referência: Processo nº 23072.245817/2021-08

SEI nº 0936149



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

FOLHA DE APROVAÇÃO

RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DE AGENTES PÚBLICOS E O CONCEITO CONSTITUCIONAL DE IMPROBIDADE: Uma análise à luz do Projeto de Lei no 10.887/2018

RODRIGO DA SILVA SOARES

Trabalho de conclusão de curso submetido à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Curso de ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO, como requisito para obtenção do certificado de Especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, área de concentração DIREITO ADMINISTRATIVO.

Aprovado em 27 de agosto de 2021, pela banca constituída pelos membros:

Prof. Luciano de Araujo Ferraz - Orientador
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Eurico Bitencourt Neto
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Pedro Henrique Magalhães Azevedo
Escola de Contas e Capacitação Prof. Pedro Aleixo

Belo Horizonte, 27 de agosto de 2021.



Documento assinado eletronicamente por **Pedro Henrique Magalhães Azevedo, Usuário Externo**, em 31/08/2021, às 14:54, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Luciano de Araujo Ferraz, Professor do Magistério Superior**, em 31/08/2021, às 15:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Eurico Bitencourt Neto, Professor do Magistério Superior**, em 01/09/2021, às 08:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site

[https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?](https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0)

[acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0](https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0936150** e o código CRC **6B5B223F**.

Referência: Processo nº 23072.245817/2021-08

SEI nº 0936150

Aos meus pais, com todo meu carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, pelo carinho, apoio e paciência de costume. Os valores morais e éticos sob os quais me criaram estão em cada linha deste trabalho.

A todos os professores do Curso de Especialização em Direito Administrativo da UFMG, agradeço pelas valiosas lições ao longo do curso, que mesmo em meio à assustadora pandemia, permitiram vislumbrar novos horizontes no Direito Administrativo. Um agradecimento especial ao Professor Luciano Ferraz, pela inspiração e orientação no desenvolvimento deste trabalho e por renovar em mim “a crença de que algum dia o Direito será direito.”.

Ao Filipe, agradeço pela fraternidade e por compartilhar os desafios, as angústias e as alegrias da vida na advocacia.

À Bruna Colombarolli, agradeço por todas as lições: acadêmicas, profissionais e de vida.

Aos colegas e amigos da UFMG, um agradecimento pela cumplicidade que torna os percursos acadêmicos mais leves e instigantes.

Num Estado bem governado poucas são as punições, não porque se concedem muitos indultos, mas porque há poucos criminosos: a abundância de crimes assegura sua impunidade quando o Estado decai.

Jean-Jacques Rousseau

Resumo

Essa pesquisa busca, a partir do pressuposto de aplicabilidade de direitos e garantias fundamentais a qualquer exercício de poder sancionador pelo Estado, indicar o conceito constitucional de improbidade administrativa. A partir deste conceito, analisa-se as pretensas alterações do Projeto de Lei nº 10.887/2018 na Lei de Improbidade Administrativa. Por fim, o trabalho busca identificar em que medida as possíveis alterações na Lei nº 8.429/1992 impactam na responsabilização dos agentes públicos na esfera administrativa, tendo em vista que os atos de improbidade costumam ser capitulados como faltas funcionais nos estatutos dos servidores públicos, geralmente penalizadas com a sanção de demissão.

Palavras-chave: Direito Administrativo; improbidade administrativa; direito sancionador; PL nº 10.887/2018.

Abstract

This research seeks, from the assumption of applicability of fundamental rights and guarantees to any exercise of sanctioning power by the State, to indicate the constitutional concept of administrative corruption. Based on this concept the article analyzes the alleged amendments from Bill 10.887/2018 to the Administrative Corruption Law. Finally, it seeks to identify to what extent the possible changes in Law N. 8.429/1992 impacts on the accountability of public agents in the administrative sphere, considering that misconducts in public offices are usually referred to as functional faults in the statutes of public servants, generally penalized with the sanction of dismissal.

Keywords: Administrative Law; administrative corruption; sanctioning law; Bill N. 10.887/2018.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	14
2 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	16
2.1 Fundamentos e esferas da responsabilização dos agentes públicos	16
2.2 Responsabilização dos agentes públicos por improbidade administrativa	18
2.3 O conceito constitucional de improbidade administrativa.....	20
3 O PROJETO DE LEI N° 10.887/2018 E AS ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	25
4 OS IMPACTOS DO PROJETO DE LEI N° 10.887/2018 NA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS AGENTES PÚBLICOS	30
5 CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS.....	37

1 INTRODUÇÃO

O surgimento de textos constitucionais com forte conteúdo axiológico a partir da segunda metade do século XX traz em seu âmago uma das principais características do Direito Administrativo contemporâneo: a sua constitucionalização (CORREIA, 2016).

Para além dos superprincípios orientadores, presentes na Constituição Federal de 1988, é certo que o ordenamento constitucional é o fundamento do Estado Democrático de Direito, podendo ser compreendido como um “núcleo básico” que abrange “as conquistas civilizatórias assentadas no binômio democracia e direitos humanos fundamentais-sociais.” (STRECK e MORAIS, 2013, p. 116).

Sob a rubrica de “Direitos e Garantias Fundamentais” a Constituição Federal de 1988 prevê uma série de direitos e garantias que tem como objetivo precípuo o respeito à dignidade dos indivíduos e a proteção contra a ingerência arbitrária do poder estatal na esfera individual. As chamadas garantias fundamentais são invioláveis e podem ser afastadas apenas diante de casos concretos, em situações excepcionais, autorizadas de maneira expressa (MORAIS, 2018, p. 123-127).

A Constituição 1988 consagrou ainda o princípio republicano como base do sistema político do Brasil, sendo um dos pilares do referido princípio o exercício responsável pelos agentes públicos de suas funções, sempre em prol do interesse público e da sociedade.

No Direito Administrativo brasileiro, conforme delineado pelo ordenamento constitucional, tem-se então a responsabilização dos agentes públicos¹ nas esferas político-cível (improbidade administrativa), penal e administrativa. A responsabilização dos agentes públicos nas referidas instâncias tem como objetivo principal garantir a submissão destes aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme delineado pelo art. 37 da Constituição Federal de

¹ Anota-se que a opção pela terminologia “agentes públicos” decorre da necessidade de uma denominação mais ampla, que abarque todos aqueles envolvidos no exercício de funções públicas, com ou sem vínculo empregatício, na administração direta ou indireta. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011) aponta que a Constituição Federal de 1988, após a Emenda Constitucional nº 18/1998, abarca quatro categorias sob a denominação de agentes públicos: os agentes políticos, os servidores públicos, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público.

1988. Todavia, a promoção dessa responsabilização deve ocorrer em consonância com os direitos e garantias fundamentais mencionados acima.

Para a responsabilização na esfera político-cível, o art. 37, §4º, da Carta Magna traz a previsão de responsabilização daqueles que cometam os chamados “atos de improbidade administrativa”. O referido dispositivo constitucional delega ao legislador ordinário a regulamentação da matéria, o que ocorreu com a publicação da Lei de Improbidade Administrativa em 1992 (Lei nº 8.429/1992).

De outro lado, na esfera administrativa, em regra regulada pelos estatutos dos servidores públicos de cada ente federado, também costuma-se prever entre as hipóteses de responsabilização a prática de atos de improbidade administrativa.

Ocorre que ao longo dos quase 30 anos de vigência e aplicação da Lei nº 8.429/1992, algumas de suas disposições foram objeto de interpretações polêmicas, que levaram à ampliação das hipóteses de responsabilização dos agentes públicos.

A interpretação extensiva da Lei nº 8.429/1992, em especial pelo Superior Tribunal de Justiça, levou ao exercício do poder punitivo do Estado em desacordo com o sistema de garantias individuais previsto pela Constituição Federal de 1988.

A ampliação das hipóteses de responsabilização por improbidade administrativa em face do seu conceito constitucional, aliada às demais limitações impostas pelo confuso e ineficiente sistema de controle, com instâncias superpostas, gera elevado grau de insegurança jurídica, coibindo a atuação dos gestores públicos e impedindo, em última análise, a consecução do vasto rol de direitos sociais prescritos pela Constituição Federal de 1988 (MODESTO, 2016).

Os entendimentos decorrentes dessa interpretação extensiva também são objeto de críticas devido ao fato de que a responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade administrativa encerra regime jurídico qualificado, que deve obediência às normas constitucionais para exercício do poder sancionador pelo Estado como a tipicidade, a segurança jurídica e a legalidade (PEREIRA e MAIA, 2019).

Inserido em um recente contexto de alterações legislativas acerca do exercício do chamado Direito Administrativo sancionador, o Projeto de Lei nº 10.887/2018 busca promover diversas alterações na Lei de Improbidade Administrativa, atacando seus pontos controversos.

Entre as principais alterações trazidas pelo Projeto de Lei nº 10.887/2018, pode-se citar a nova redação a ser dada ao art. 11, que passaria a prever que a

violação a princípios da Administração Pública apenas caracteriza ato de improbidade quando gerar enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

A alteração, como se demonstrará, implica em verdadeira mudança do conceito e da tipificação dos atos de improbidade administrativa, com grandes impactos ao exercício do Direito Administrativo sancionador. Isso porque, conforme apontado acima, os atos tipificados como improbidade administrativa geram a responsabilização dos agentes públicos não só na esfera político-cível, mas também na esfera administrativa, uma vez que as legislações que estabelecem os regimes jurídicos aplicáveis aos agentes públicos nos diversos entes federados utilizam-se desta tipificação, geralmente culminando aos atos de improbidade a sanção mais gravosa aplicável na esfera administrativa: a demissão.

Nesse sentido, o presente estudo buscará demonstrar de maneira sintética, com especial fundamento na doutrina, quais as limitações impostas pela Constituição Federal de 1988 à conceituação dos atos de improbidade administrativa, verificando-se, em seguida, sua compatibilidade com a nova redação a ser dada ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa pelo Projeto de Lei nº 10.887/2018.

Por fim, utilizando como referência a Lei nº 8.112/1990, buscar-se-á compreender os impactos da alteração no conceito e na tipificação dos atos de improbidade na responsabilização dos agentes públicos na esfera administrativa.

2 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO CONCEITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No presente tópico, buscar-se-á compreender, de maneira breve, quais as limitações impostas pelos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 ao exercício do poder sancionador do Estado perante os Agentes Públicos, em especial em relação ao conceito de improbidade administrativa.

2.1 Fundamentos e esferas da responsabilização dos agentes públicos

Conforme ensina José Manuel Sérvulo Correia (2016), um dos principais traços do Direito Administrativo no século XXI é a sua constitucionalização. Após a Segunda Guerra Mundial, a ascensão do constitucionalismo e o aumento do poder normativo das Constituições, com relevante papel axiológico e orientador, aproximou o Direito Constitucional e o Direito Administrativo.

Verifica-se então que os fundamentos do Direito Administrativo brasileiro se encontram atualmente reunidos na Constituição Federal de 1988, inclusive com as definições que orientam os regimes jurídicos aplicáveis aos agentes públicos e à sua responsabilização.

A vinculação da atuação dos agentes públicos aos princípios expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 é elemento essencial à consecução dos objetivos do Estado, na medida em que a atuação dentro destes parâmetros garante o “[...] alcance dos fins para os quais todo poder administrativo é legalmente conferido.” (BRITTO, 2013, p. 822).

Com efeito, o fundamento para a responsabilização dos agentes públicos traça sua origem ao princípio republicano, insculpido no art. 1º da Constituição Federal de 1988. A esse respeito, Geraldo Ataliba (1998, p. 13) apontava que a “república é o regime político em que os exercentes das funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, **fazendo-o com responsabilidade**, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente” (g.n.).

Em complemento, trazendo o contexto de evolução histórica da disciplina de responsabilização dos agentes públicos, Lewandowski (2005) leciona que:

[...] sob a égide da Constituição, de 1824, a pessoa do imperador era “inviolável e sagrada” em contraste com as cartas republicanas que a ela se seguiram, nas quais, sem exceção, previu-se que o chefe de Estado pode perder o mandato pela prática de crime de responsabilidade, sem prejuízo de outras sanções. Essa pena, em nosso ordenamento legal, não é privativa do supremo mandatário da nação, **aplicando-se, também, a todos os representantes eleitos, que são afastados das respectivas funções, assim como os demais servidores estatais, consonância com os postulados da *accountability* e da *responsiveness*, caso pratiquem atos incompatíveis com o múnus público que lhes é cometido.** (g.n.)

Tem-se assim que os fundamentos do princípio republicano são a separação entre a coisa pública e a privada, a responsabilização dos agentes públicos e a alternância de poder. Disso decorre que a prevalência do princípio republicano depende de um sistema de responsabilização dos agentes públicos que se desviem das normas impostas à sua atuação, a fim de garantir, sobretudo, a separação entre o público e o privado.

Essa responsabilização dos agentes públicos que agem em desacordo com os postulados de interesse público legalmente estabelecidos ocorre, no atual sistema

constitucional, em quatro esferas, conforme ensina Hely Lopes Meirelles (2016, p. 613):

Os servidores públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las, podem cometer infrações de quatro ordens: administrativa, civil, criminal e improbidade administrativa. Por essas infrações deverão ser responsabilizados no âmbito interno da Administração e/ou judicialmente.

Di Pietro (2016, p. 772), no mesmo sentido, indica a possibilidade de responsabilização nas esferas administrativa, civil e penal, além da reponsabilidade por atos de improbidade administrativa, que, apesar de ser processada na seara cível, produz efeitos que ultrapassam a esfera patrimonial.

2.2 Responsabilização dos agentes públicos por improbidade administrativa

A responsabilização por improbidade administrativa está intimamente vinculada à ideia de honestidade na Administração Pública, sendo a moralidade princípio de observação obrigatória (art. 37, *caput*, Constituição Federal de 1988) e a sua lesão identificada como improbidade administrativa (art. 37, §4º, Constituição Federal de 1988).

A lesão à moralidade na Administração Pública também é prevista como ato ilícito na Constituição Federal de 1988 pelo art. 85, inciso V (crime de responsabilidade do Presidente da República), e pelo art. 15, inciso V (causa de perda ou suspensão dos direitos políticos).

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988 representou inovação frente às constituições anteriores, que previam a improbidade como infração apenas para os agentes políticos, sendo agora um princípio aplicável à toda a Administração Pública (DI PIETRO, 2016, p. 974).

Tem-se por certo, no entanto, a clara diferenciação entre imoralidade e improbidade, na medida em que esta é caracterizada pelo cometimento de um ato necessariamente ilícito. Nesse sentido, Di Pietro (2016, p. 975) afirma que²:

² Ressalta-se, entretanto, o entendimento de Di Pietro (2016, p. 975) no sentido de que “Para ser ato de improbidade, não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato; basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa.”. O referido entendimento é contrário ao de Ferraz, exposto em sequência, ao qual este trabalho se filia por motivos expostos alhures.

[...] quando se fala em improbidade como **ato ilícito**, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões *improbidade* e *imoralidade*, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429, de 2-6-92), a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.

Em verdade, conforme ensina Ferraz (2019, p. 144-146), a responsabilização por improbidade administrativa decorre da violação simultânea ao direito (princípio da legalidade) e à moral (moralidade administrativa)³. O autor indica que:

Parece indisputável, portanto, a distinção entre os conceitos de ilegalidade e improbidade, exigindo-se que a configuração desta última se dê a partir de uma ilegalidade (pressuposto desrespeito à lei) coadjuvada pela lesão aos princípios da moralidade e boa-fé (pressupondo violação a tais princípios).

[...]

É que a extraordinária gravidade das sanções cominadas pela Constituição (art. 37, §4º) e pela Lei nº 8.429/1992 aos atos de improbidade administrativa não se coaduna com condutas imbuídas de boa-fé, com ilícitos de menos ou de nenhuma repercussão no campo normativo da moral, como também não se coaduna com potenciais divergências sobre a melhor interpretação do direito (delitos da exegese). Essa parametrização (que segrega improbidade de ilegalidade) decorre diretamente da Constituição da República e deve iluminar a interpretação da legislação infraconstitucional (Lei nº 8.429/1992), fundamentalmente para definir o elemento subjetivo necessário para o fim de tipificar atos de improbidade administrativa.

A regulamentação acerca da forma e da gradação para aplicação das sanções de suspensão de direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário decorrentes dos atos de improbidade administrativa ocorreu com a publicação na Lei nº 8.429/1992, por delegação do art. 37, §4º, da Constituição Federal de 1988 ao legislador ordinário.

A Lei de Improbidade Administrativa foi sancionada em 2 de junho de 1992 pelo então Presidente da República Fernando Collor de Mello, poucos dias após a eclosão de um escândalo de corrupção no qual estava envolvido.

³ No mesmo sentido, Cammarosano e Pereira (2013), entendem a improbidade administrativa como o “[...] comportamento de quem objetivou resultado cuja especial antijuridicidade, qualificada pela desonestidade, tinha plena consciência.”. Ou seja, para os autores, a improbidade administrativa também decorre de um ato ilegal qualificado pela desonestidade do agente.

Na exposição de motivos do Projeto de Lei⁴ encaminhado à Presidência da República pelo Ministro da Justiça em agosto de 1991 demonstra a intenção da proposta em atender aos anseios populares pelo combate à corrupção, um dos principais elementos do discurso de campanha de Fernando Collor (ALMEIDA, 2013, p. 5).

Os atos de improbidade administrativa são tipificados na Lei nº 8.429/1992 pelos artigos 9º (Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito), 10 (Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário), 10-A (Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação Indevida de Benefício Financeiro ou Tributário) e 11 (Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública).

Tem-se na estrutura de redação, em especial dos artigos 9º, 10 e 11, uma previsão genérica no *caput*, seguida por incisos que elencam de forma específica quais seriam os atos de improbidade respectivos. Verifica-se, entretanto, a existência de divergências doutrinárias acerca da taxatividade destas condutas (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1157).

2.3 O conceito constitucional de improbidade administrativa

Justamente na discussão acerca da taxatividade das condutas tipificadas como improbidade administrativa, ladeada pela necessidade de verificação do elemento subjetivo e pela possibilidade de presunção de dano ao erário, é que residem as maiores polêmicas acerca da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Isso porque a tipificação aberta verificada na Lei de Improbidade Administrativa⁵ (HARGER, 2014), o esvaziamento do dolo nas hipóteses dos arts. 9º e 11⁶ (CAMMAROSANO e PEREIRA, 2013) e a presunção de dano ao erário (*in re ipsa*) pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça são objeto de críticas contundentes por parte da doutrina, no sentido de que não atendem a direitos e

⁴ Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-exposicaodemotivos-149644-pl.html>>. Acesso em 25/07/2021.

⁵ Conforme anota Harger (2014), “Há quem pretenda que a afronta a qualquer dos princípios da Administração Pública acarrete a incidência do [...]” art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

⁶ Cammarosano e Pereira (2013) apontam o risco acerca da aplicação de sanções por dolo genérico no âmbito da jurisprudência do STJ, fazendo referência em especial ao posicionamento do Ministro Herman Benjamin no REsp nº 765.212.

garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 para o exercício do poder sancionador.

É que paralelamente aos fundamentos que norteiam o exercício responsável das funções públicas, a Constituição Federal de 1988 traz, em suas cláusulas pétreas, garantias fundamentais que permitem aos indivíduos exigir do Poder Público o seu cumprimento (MENDES, 2018). Entre essas garantias, podemos identificar normas de natureza processual e penal aplicáveis ao exercício do poder sancionador do Estado.

A esse respeito, Gilmar Mendes (MENDES e BRANCO, 2015, p. 641) aponta que os direitos fundamentais devem ser entendidos não apenas como uma proibição aos excessos do Estado, mas também uma obrigação de sua atuação de forma suficiente para garantir esses direitos. Segundo o autor, “[...] a ideia de um dever genérico de proteção, fundado nos direitos fundamentais, relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.”.

Ainda acerca da extensão dessas garantias, ao abordar os princípios da legalidade e da anterioridade penal na Constituição Federal de 1988, Gilmar Mendes (MENDES e BRANCO, 2015, p. 495) aponta que o conceito de crime não abarca apenas “[...] o fato como tal definido na lei penal, mas também as contravenções e as infrações disciplinares.” e que o conceito de pena “[...] refere-se a toda e qualquer medida estatal caracterizável como reação a uma conduta culpável (direito sancionador).”.

Em verdade, conforme aponta o administrativista espanhol Alejandro Nieto (2012, p. 131), pode-se dizer que os princípios do direito penal possuem função integradora ao direito administrativo sancionador, contribuindo para a constituição de um regime jurídico próprio.

Entre os princípios penais aplicáveis ao direito administrativo sancionador, pode-se citar a culpabilidade, a inexigibilidade de conduta diversa, a imputação objetiva, a anterioridade, a retroatividade da lei mais benéfica, a taxatividade, a proporcionalidade e razoabilidade, a adequação social, a insignificância, o juiz natural, o devido processo legal, a ampla defesa, a vedação ao *reformatio in pejus*, a presunção de inocência, a duração razoável do processo, a vedação ao uso de provas obtidas ilicitamente e a individualização da pena (LIMA, 2014).

O que se observa é que os referidos princípios não são afetos apenas à seara penal, mas sim ao exercício de qualquer espécie de poder sancionador pelo Estado.

Como ensina Karl Larenz (1997, p. 479), os princípios ético-jurídicos elevados a nível constitucional “[...] hão-de ter-se em conta também na interpretação da legislação ordinária e na concretização de ‘cláusulas gerais’.”.

Ocorre que a aplicação desses princípios tem sido desatendida pela jurisprudência pátria⁷, que não tem reconhecido, por exemplo, que “a leitura sistemática do texto constitucional revela que a improbidade é forma qualificada de descumprimento da moralidade administrativa, vinculada ao desvio de finalidade, que, por sua vez, é incompatível com a culpa.” (CAMMAROSANO e PEREIRA, 2013).

A crítica quanto ao desatendimento às garantias constitucionais supramencionadas pode ser estendida ao próprio texto da Lei de Improbidade Administrativa, em especial à redação do art. 10. Se a improbidade administrativa é forma qualificada de violação ao princípio da moralidade, caracterizada pela violação simultânea à legalidade e à moralidade administrativa, o raciocínio lógico dedutivo impõe a impossibilidade de tipificação de qualquer modalidade de improbidade sem a presença do elemento subjetivo de dolo. Nesse sentido, Ferraz (2019, p. 147) leciona que:

A modalidade culposa de improbidade administrativa, contida no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, segundo se compreende, não tem compatibilidade com o conceito normativo constitucional da espécie. Se a improbidade deve ser entendida como ilegalidade qualificada pela afronta simultânea aos princípios da moralidade e da boa-fé, impossível que a sua configuração se perfaça sem a presença do intuito desonesto de agentes público.

Registre-se então o entendimento de que o ato de improbidade é – e sempre foi – um ato doloso, apresentando-se como parcialmente inconstitucional o art. 10 da Lei nº 8.429/92, quando admite a responsabilização por culpa. A ideia de improbidade administrativa, mercê da necessidade de lesão simultânea ao direito e à moral, não se coaduna com a mera ideia de culpa, que pressupõe a licitude dos fins da conduta almejada pelo agente.

Também no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa pode ser identificada a violação a garantias constitucionais aplicáveis ao direito sancionador, na medida em que a previsão de violação à princípios da Administração Pública como

⁷ Citam-se, a título exemplificativo alguns entendimentos do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no REsp: 1784729 SP 2018/0293075-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 15/09/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/10/2020; REsp: 1622290 AL 2016/0224838-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 06/12/2016, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2016; AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 14/03/2017.

hipótese de improbidade administrativa não atende ao princípio da tipicidade (ou à taxatividade), previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988.

Conforme aponta Harger (2014, p. 195-204), o referido princípio não admite, para o exercício do poder sancionador, hipóteses tão abstratas e imprecisas como a violação de deveres principiológicos, sendo necessário que o destinatário da norma possa “[...] identificar claramente entre dois possíveis comportamentos qual deles é o proibido.”

Ainda sobre o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, o referido autor indica que:

O único dos itens previstos no artigo 11, que possui determinação suficiente para acarretar a incidência de sanção, é a afronta à legalidade. Ocorre que esse critério não pode ser aplicado sozinho. Exige-se a ocorrência do elemento desonestidade agregado à ilegalidade, conforme já se expôs em tópicos anteriores. Isso significa dizer que a correta interpretação a ser dada ao referido artigo é a que exige o elemento desonestidade e considera que os seus incisos estabelecem *numerus clausus* para as hipóteses que dão ensejo à incidência de penalidade por afronta aos princípios da Administração Pública.

É certo que haverá quem diga que a interpretação ora dada ao artigo 11 limita em muito a aplicação da Lei de Improbidade dando margem à impunidade. Aqueles que assim afirmam têm razão parcial. Realmente, a aplicação da lei de improbidade fica reduzida. Isso, contudo, não significa dar margem à impunidade. Significa reconhecer que não se pode punir a qualquer custo, pois historicamente essa sempre foi uma opção que trouxe mais malefícios do que benefícios. Todas as vezes que os aplicadores da lei tiveram a liberdade suprema de punir de acordo com critérios próprios, acabaram por abusar e condenar pessoas à fogueira simplesmente por discordarem de suas opiniões.

Os exemplos supracitados demonstram como a negligência na aplicação dos direitos e garantias fundamentais levou não só a uma interpretação extensiva e arbitrária da Lei nº 8.429/1992, sem aderência à Constituição Federal de 1988, mas também à tipificação das hipóteses de improbidade administrativa em desacordo com o seu conceito constitucional.

Para além da violação aos preceitos básicos impostos ao exercício do poder sancionador do Estado, “[...] a avaliação dos diversos controles institucionalizados do Brasil revela insuficiências e inefetividades.”, como há muito adverte Odete Medauar (2018, p. 375).

Também sobre os problemas da superposição das instâncias de controle estruturadas pela Constituição Federal de 1988, Paulo Modesto (2016, p. 3) faz referência a um descontrole do controle:

É preciso evitar o descontrole do controle, a superposição de controles, o retardamento inútil de medidas saneadoras, a falta de motivação de medidas restritivas, a ausência de indicação de alternativas válidas de gestão. Numa palavra, é importante parametrizar o controle e oferecer segurança jurídica ao Estado e aos particulares tanto na atividade de controle quanto na atividade de gestão. O controle não é uma atividade com fim em si mesma; é meio para a realização de fins materiais prezados pela comunidade e meio para garantir a dignidade humana.

Luciano Ferraz (2019, p. 79-81) ensina ainda que o controle da Administração Pública se desenvolveu sob o paradigma legalista, e que:

O fato de a construção teórica do direito administrativo ter sido sedimentada em torno da figura do ato administrativo manifestou repercussões também no sítio da atividade controladora.

É verdade que os Estados, em geral, apresentaram alternativas mais amplas e técnicas para ampliação das atividades de controle da Administração Pública quando instituíram organismos especializados, alheios ao âmbito judicial (tribunais de contas, ministérios públicos, controladorias internas, corregedorias). Todavia, a despeito dessas iniciativas, não enfrentaram o pecado original do problema, que residia justamente na concepção eminentemente legalista e atomizada, que qualificava a visão antiga da atividade de Administração Pública.

De todo esse contexto, conclui-se que o controle da Administração Pública não tem um fim em si mesmo, sendo necessário superar o paradigma legalista para que se possa permitir uma gestão pública criativa e eficiente (art. 37, *caput*), capaz de atender a complexidade social decorrente da coexistência de múltiplos interesses públicos, em busca de formas mais dialógicas e concertadas de atuação administrativa, marca do novo paradigma do Estado Democrático de Direito do século XXI (BITTENCOURT NETO, 2017).

O conceito de improbidade administrativa na perspectiva constitucional é então o de forma qualificada de violação à moralidade, caracterizada pela violação simultânea da legalidade e da moralidade administrativa, sendo, de toda forma, limitado pelos direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao exercício, a qualquer título, do direito sancionador do Estado.

Demais disso, considerando a necessidade de exercício das atividades de controle da Administração Pública de forma eficiente, que permita e incentive a consecução dos diversos direitos sociais previstos pela Constituição Federal de 1988, é necessário que a interpretação das hipóteses de improbidade administrativa, além

das balizas já mencionadas, seja feita não com base no paradigma legalista, já superado, mas sim com vistas a atender ao interesse público primário.

3 O PROJETO DE LEI Nº 10.887/2018 E AS ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A fim de ajustar o exercício das atividades de controle às necessidades indicadas acima, é possível identificar em tempos mais recentes respostas do direito positivo no sentido de restabelecer as garantias individuais trazidas pela Constituição Federal de 1988 em face do exercício do poder punitivo do Estado.

O grande marco dessa resposta sistêmica é a publicação da Lei 13.655/2018 que altera a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“LINDB”) para incluir regras “sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

Entre os 10 artigos adicionados à LINDB, destacam-se as disposições que vedam aos órgãos de controle, inclusive judicial, a tomada de decisões com base em “valores jurídicos abstratos”, prescrevem a obrigatoriedade de consideração por esses órgãos das consequências decorrentes de suas decisões e a necessidade de consideração dos obstáculos e dificuldades enfrentados pelo gestor público.

Outra relevante alteração trazida pela Lei nº 13.655/2018, com impactos na disciplina dos atos de improbidade administrativa, diz respeito à necessidade constatação de dolo ou erro grosseiro para responsabilização dos agentes públicos quando da tomada de decisões ou emissão de opiniões técnicas. Ferraz (2020, p. 179-180) aponta inclusive que a alteração reorienta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em relação ao elemento subjetivo na configuração dos atos de improbidade, sendo parcialmente insubsistente o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa frente às novas disposições da LINDB, seja pelo critério de incompatibilidade, seja pelo critério de funcionalidade:

Convém acrescentar que a Lei nº 13.655/18 incluiu na LINDB o art. 28, passando a dispor que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Trata-se, a bem da verdade, de uma reorientação, pela via legislativa, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, conquanto se tenha firmado no sentido da necessidade da comprovação do dolo ou culpa grave para fins de capitulação das condutas no artigo 10 da Lei nº 8.429/92, vinha sofrendo

ataques oriundos de decisões da Segunda Turma, admitindo a configuração do ato de improbidade lastreado em culpas simples.

A nova disposição da LINDB afeta diretamente a regra do artigo 10 da Lei nº 8.429/92, na medida em que transforma em pressuposto da responsabilização do agente público (que decide ou emite opinião técnica) exclusivamente o dolo e o erro grosseiro (culpa grave), afastando, pois, a ideia de responsabilização por culpa *stricto sensu*. A antinomia entre o artigo 10 da Lei nº 8.429/92 e a Lei nº 13.655/18 é resolvida pelo critério da incompatibilidade, mercê da aplicação da regra do artigo 2º, §1º, da LINDB: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. Também pode ser resolvida por um critério de funcionalidade, considerando o caráter de metanorma (lei das leis) que é atribuído à LINDB no contexto do direito brasileiro.

Com efeito, a norma do artigo 28 da Lei nº 13.655/18, com relação aos casos por ela especificados, ao estabelecer um âmbito de responsabilização administrativa mais restrito do que a lei anterior (artigo 10 da Lei nº 8.429/92), é incompatível e funcionalmente dissidente, determinando-lhe, pois, a insubsistência parcial.

No mesmo sentido, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) traz em seu Título IV, Capítulo III, em especial no art. 169, §3º, e no art. 170⁸, disposições que afastam a perspectiva puramente legalista das atividades de controle, privilegiando a manutenção dos atos maculados por “simples impropriedade formal” e a adoção de “critérios de oportunidade, materialidade,

⁸ Art. 169 [...]

§ 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte:

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste §3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei.

§ 1º As razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos.

§ 2º A omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e de deliberação.

§ 3º Os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

§ 4º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei.

relevância e risco”, considerando “as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação”.

Nessa esteira, o Projeto de Lei nº 10.887/2018⁹ busca promover alterações na Lei de Improbidade Administrativa, justamente em relação a pontos controversos, cuja interpretação extensiva levou à criação de um regime de responsabilização que não atende às garantias individuais estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

A primeira e talvez mais relevante alteração trazida pelo Projeto de Lei nº 10.887/2018 à Lei de Improbidade Administrativa refere-se à extinção da possibilidade de imputação a agente público de ato de improbidade administrativa na modalidade culposa.

A nova redação a ser dada ao art. 10 da Lei nº 8.429/1992, bem como a revogação de seu art. 5º, trazem a necessidade do elemento subjetivo de dolo para configuração do ato de improbidade.

Ressalta-se a harmonia desta disposição com a atual redação da LINDB, que após a edição da Lei nº 13.655/2018, como já mencionado, passou a prever em seu art. 28 que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”.

O Projeto de Lei nº 10.887/2018 também altera a competência para proposição da ação de improbidade administrativa. Conforme atual redação do art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, a competência para o ajuizamento é do Ministério Público e também da pessoa jurídica de direito público interessada, ou seja, que sofreu a suposta lesão que leva à propositura da ação.

O Projeto de Lei nº 10.887/2018 propõe a alteração do referido dispositivo, que passaria a atribuir privativamente a competência para ajuizamento das ações de improbidade administrativa ao Ministério Público.

A alteração é acertada, na medida em que evita o ajuizamento temerário de ações por entes públicos, muitas vezes comandados por agentes políticos adversários de antigos gestores, sobretudo no âmbito municipal. Assim, a limitação da competência para ajuizamento das ações de improbidade administrativa ao Ministério Público evita, na medida do possível, perseguições de cunho político-ideológico.

⁹ Aqui faz-se referência ao projeto substitutivo ao Projeto de Lei nº 10.887/2018, apresentado pelo Deputado Carlos Zarattini (PT/SP), relator da Comissão Especial responsável pela análise da proposição.

Outra relevante inovação trazida pelo Projeto de Lei nº 10.887/2018 é o escalonamento das sanções aplicáveis pela prática dos atos de improbidade. As alterações a serem promovidas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa permitem ao juiz promover a aplicação de penas adequadas a cada caso concreto, aproximando-se do sistema de dosimetria utilizado no direito penal.

A redação atual da Lei de Improbidade Administrativa limita a aplicação das penas em patamares fixos, já pré-estabelecidos pelos incisos do art. 12, havendo singela menção pelo parágrafo único acerca da adequação das penalidades previstas de acordo com “a extensão do dano causado, bem como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”.

Nesse sentido, a nova redação traz critérios que visam balizar de forma mais objetiva a aplicação das sanções, permitindo, além da aplicação de penalidades por prazos diversos, como passa-se a prever nos incisos I e II do art. 12, a limitação à multa como sanção a ser imposta (art. 12, §5º) e a dedução de ressarcimentos referentes ao mesmo dano já obtidos em outras esferas (art. 12, §6º).

Outro ponto relevante é a fixação de regras básicas para a celebração de acordos de não persecução cível. O art. 17, §1º, da atual Lei de Improbidade Administrativa, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019, já traz essa possibilidade. Todavia, a simples leitura da Lei nº 8.429/1992 permite constatar que não há qualquer regulamentação, nem mesmo a presença dos requisitos básicos para celebração desse tipo de acordo.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 10.887/2018 acrescenta o art. 17-A à Lei de Improbidade Administrativa, com previsões que visam trazer as bases jurídicas necessárias à celebração destes acordos, como as regras para as suas negociações, seus requisitos mínimos e os limites de transigência por parte do Ministério Público.

A regulamentação da matéria pelo Projeto de Lei nº 10.887/2018, apesar de singela, merece elogios, uma vez que a elaboração de contratos substitutivos de exercício de poderes administrativos repressivos é caminho inevitável para a consecução de uma Administração Pública consensual e alinhada às premissas da Constituição Federal de 1988 (COLOMBAROLLI, 2018).

O Projeto de Lei nº 10.887/2018 também altera a Lei nº 8.429/1992 no que diz respeito aos prazos prescricionais incidentes sobre os atos de improbidade administrativa. A matéria, regulada de maneira mais tímida pelo art. 23, ganha

contornos mais específicos, com regras acerca dos prazos para instauração e conclusão de inquérito civil e para a proposição da ação após o seu término.

A prescrição quinquenal, que antes tinha como termo inicial “o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança”, passa a ser contada a partir da ocorrência do fato. Há também nova previsão específica acerca da prescrição para condenações a perda de bens e valores de origem privada, de dez anos.

O Projeto de Lei nº 10.887/2018 prevê ainda a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento de danos ao erário, consolidando na legislação o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema de Repercussão Geral nº 897 (RE 852.475).

As especificações acerca da matéria são de grande relevância, na medida de evitam debates jurídicos e traz mais clareza à aplicação de importantes regras de direito temporal.

Por fim, de especial interesse para o presente trabalho, destacam-se as alterações a serem promovidas do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. A atual redação permite a responsabilização de agentes públicos por condutas não bem delineadas, por meio de previsões de amplitude excessiva.

Dessa falha nos elementos objetivos, aliada às interpretações acerca do elemento subjetivo da improbidade, decorrem, por vezes, situação absurdas, como a condenação de agentes públicos por divergências interpretativas da legislação.

Trazendo um maior garantismo à Lei de Improbidade Administrativa, o Projeto de Lei nº 10.887/2018 acrescenta o §1º ao art. 11, com a determinação de que não caracteriza improbidade administrativa “a ação ou omissão decorrente de interpretação razoável de lei, regulamento ou contrato.”. Com isso, o Projeto de Lei nº 10.887/2018 busca trazer maior segurança jurídica, afastando divergências interpretativas e conferindo maior objetividade à caracterização dos atos de improbidade.

As alterações ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa pelo Projeto de Lei nº 10.887/2018 são ainda mais proeminentes. Isso porque a nova redação a ser dada ao *caput* do referido artigo prevê que a violação a princípios da Administração Pública apenas caracteriza ato de improbidade quando gerar enriquecimento ilícito ou dano ao erário.

A nova redação a ser dada ao caput do referido artigo implica em substantiva alteração na tipificação dos atos de improbidade administrativa, sendo certo que terá impactos na aplicação do regime do Direito Administrativo sancionador não apenas na esfera político-cível, mas também na esfera administrativa.

Nada obstante os significativos avanços, tem-se por certo que a reforma pretendida para a Lei de Improbidade Administrativa, com a atual redação que tramita no Senado Federal, ainda não é suficiente para alinhar a aplicação desta modalidade de exercício do poder sancionatório do Estado a todos os direitos e garantias fundamentais aplicáveis à espécie.

Cite-se, por exemplo, que apesar de excluir a possibilidade de configuração de improbidade administrativa mediante culpa, o texto nada fala quanto à configuração de improbidade por dolo genérico, o que é amplamente admitido pela jurisprudência, mas incompatível com o conceito normativo constitucional do instituto jurídico.

Também do ponto de vista do princípio da taxatividade, deve-se criticar a manutenção da expressão “notadamente” ao final do *caput* dos artigos 9º, 10 e 11, na medida em que permitem a exegese de que os rols que seguem são exemplificativos, o que, por certo, viola a garantia expressa no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988.

4 OS IMPACTOS DO PROJETO DE LEI N° 10.887/2018 NA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS AGENTES PÚBLICOS

Como se sabe, os atos de improbidade administrativa são fundamento para a responsabilização dos agentes públicos não apenas na esfera político-cível, mas também na esfera administrativa. Considerando que a tipificação dos referidos atos ocorre na Lei de Improbidade Administrativa, tem-se por certo que eventuais alterações nesta resultam, necessariamente, em impactos também na responsabilização dos agentes públicos na seara disciplinar.

Perante os mesmos requisitos para configuração de ilícito civil (ato ou omissão ilícita, dolo ou culpa e dano), os agentes públicos também respondem pelos ilícitos administrativos previstos nos estatutos que estabelecem seu regime jurídico (DI PIETRO, 2016, p. 778).

Essa responsabilização, de caráter disciplinar, tem como objetivo garantir a ordem do serviço público, tendo como fundamento o mesmo poder sancionatório do Estado, mas sendo certo que, como já mencionado, não é a única esfera de responsabilização dos agentes públicos. Nesse sentido, Mônica Nicida Garcia (2007, p. 166), indica que:

Com a responsabilização administrativa de um agente público, pela prática de um ilícito administrativo, pretende-se, pois, a tutela e a proteção da ordem interna dos serviços, do bom funcionamento da máquina administrativa e, conseqüentemente, do serviço público.

A responsabilidade administrativa do agente público é a que decorre de sua sujeição ao poder sancionatório disciplinar do Estado. Ressalta-se que o Estado dispõe de um poder sancionatório, inerente ao poder de polícia, que pode ser exercido, de uma maneira geral, sobre todos os administrativos (impondo regras e sanções em caso de desobediência para, por exemplo, proteger o meio ambiente, a saúde pública) e, de maneira particular, sobre os agentes públicos, integrados em sua organização. É deste último caso que se trata na esfera de responsabilidade administrativa, na qual não se esgota, como se vê, a possibilidade de exercício, pelo Estado, de seu poder de aplicar sanções.

As legislações que estabelecem os regimes jurídicos aplicáveis aos agentes públicos nos diversos entes federados costumam prever como hipótese de responsabilização destes, na esfera administrativa, os atos de improbidade, cominando-lhes, em regra, a sanção mais gravosa aplicável na esfera administrativa: a demissão.

Nesse sentido, tem-se, por exemplo, o art. 132, inciso IV, da Lei nº 8.112/1990¹⁰ (Estatuto dos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações públicas federais), que prevê que a pena e demissão será aplicada nos casos de improbidade administrativa.

A Lei nº 8.112/1990, todavia, não se ocupa em tipificar os atos de improbidade, sendo o conceito destes atos necessário à aplicação do mencionado art. 132, inciso IV, retirado da Lei de Improbidade Administrativa. Disso decorre que todas as violações a direitos e garantias fundamentais verificados na tipificação dos atos de improbidade na Lei nº 8.429/1992 ocorrem de maneira reflexa na responsabilização por improbidade na esfera disciplinar.

¹⁰ Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

IV - improbidade administrativa;

Diante da utilização dos conceitos da Lei de Improbidade Administrativa para aplicação de sanções também na seara disciplinar e da necessidade de interpretação e compreensão do direito de forma sistêmica, sobretudo frente aos princípios constitucionais orientadores (LARENZ, 1997), é importante vislumbrar os possíveis impactos do Projeto de Lei nº 10.887/2018 na responsabilização dos agentes públicos na esfera administrativa.

Considerando tratar-se de possível alteração legislativa em matéria de direito sancionatório e, portanto, submetida às regras constitucionais do direito administrativo sancionador, tenta-se aqui vislumbrar quais os possíveis impactos da eventual alteração levando em conta a aplicação da lei no tempo, analisando seus reflexos em casos futuros, presentes e passados.

Primeiramente, tem-se que o Projeto de Lei nº 10.887/2018 terá (provavelmente em maior volume) impactos diretos na aplicação de sanções na esfera administrativa por atos de improbidade *no futuro*. Essas consequências, de ordem lógica, decorrem das próprias alterações a serem promovidas na Lei nº 8.429/1992, na medida em que será necessário que eventuais imputações de atos de improbidade para responsabilização na esfera administrativa adequem-se às alterações acerca da tipificação, da necessidade de elemento subjetivo de dolo (que também compõe a tipificação) e do escalonamento das sanções.

Os impactos das alterações na tipificação decorrem justamente do fato de que os estatutos dos servidores públicos nos diversos entes da federação trazem os atos de improbidade como hipótese de responsabilização de forma genérica, sendo certo que os conceitos utilizados para essa responsabilização são extraídos da Lei nº 8.429/1992. Se se altera a tipificação dos atos de improbidade na Lei de Improbidade Administrativa, alteram-se também as hipóteses de responsabilização na esfera administrativa.

A necessidade do elemento subjetivo de dolo, vista como uma das principais alterações a serem promovidas pelo Projeto de Lei nº 10.887/2018 também impactam na responsabilização disciplinar, sendo certo que a interpretação sistêmica do direito impõe que, caso não se admitam atos culposos de improbidade administrativa na esfera político-cível, também na esfera administrativa não sejam admitidos. Essa alteração demonstra que a adequação (ao menos em parte) da Lei de Improbidade Administrativa ao conceito constitucional afeto à espécie, em uma esfera, impacta de forma direta na outra.

Parece também lógico que os ajustes na Lei de Improbidade Administrativa acerca do escalonamento das sanções sejam estendidos à esfera disciplinar. Sendo certa a aplicabilidade ao exercício do direito administrativo sancionador dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena (LIMA, 2014), entende-se pela necessária obediência a estes quando da aplicação de sanções disciplinares aos agentes públicos.

Também os processos administrativos disciplinares atualmente *em andamento* serão impactados pelas alterações da Lei de Improbidade Administrativa quanto à tipificação, à necessidade de elemento subjetivo de dolo e ao escalonamento das sanções.

Eventuais alterações na tipificação dos atos de improbidade pelo Projeto de Lei nº 10.887/2018 impõe a reavaliação dos atos de instauração dos processos administrativos disciplinares por ato de improbidade administrativa. Caso se verifique a incompatibilidade entre os fatos imputados ao agente público e os novos conceitos de improbidade administrativa, deve-se anular a instauração do procedimento sancionatório, tendo em vista sua incoerência com a nova disposição legal.

Caso, após a referida análise, verifique-se que a adequação dos fatos à tipificação permanece, será então necessário analisar a presença do dolo, essencial à imputabilidade de qualquer ato de improbidade, conforme o conceito constitucional e a nova redação a ser dada à Lei de Improbidade Administrativa.

Por fim, verifica a existência do elemento subjetivo de dolo e atendidos os demais requisitos para a aplicação das sanções, é importante que esta ocorra de forma proporcional e individualizada, coerente com a gravidade e as consequências do ato, inclusive em atendimento às novas disposições da LINDB.

O último e talvez mais complexo impacto a ser enfrentado pelas alterações do Projeto de Lei nº 10.887/2018 na responsabilização dos agentes públicos na esfera disciplinar diz respeito a *situações já consolidadas no tempo*. Desta forma, impõe-se analisar as possíveis incidências das alterações do ponto de vista do direito intertemporal. Quanto à intertemporalidade dos atos administrativos, ensina Cretella Júnior (1997, p. 3):

Cumpra, em segundo lugar, distinguir o *ato administrativo especial*, constitutivo de direito, do *ato administrativo intertemporal*: consiste o primeiro em manifestação una, autônoma, no mundo jurídico, como, por exemplo, a promoção levada a efeito no presente, mas com a "cláusula a partir de", alcançando fato ocorrido no passado; consiste o segundo em medida editada

no presente, mas que entra em choque com os efeitos de outra manifestação editada no passado, cuja *eficácia* perdura, encontrando-se com a irradiada do novo ato.

Desse modo, poderemos ter casos mais simples de atos administrativos, editados hoje, com efeitos que alcancem o passado, e casos de *direito administrativo intertemporal*, isto é, de colisão de efeitos do ato *de hoje* com os do ato *de ontem*. Enfim, conseqüências *ex tunc* originárias e conseqüências *ex tunc* colidentes, envolvendo, estas últimas, problemas de direito intertemporal.

Tratando-se então de situação já consolidada no tempo, o advento de nova legislação, na qual determinado fato não é mais tipificado como ato de improbidade administrativa, impõe a retroação da norma atual no tempo, no sentido de extinguir a punição do agente administrativo, uma vez que a conduta não é mais vista como reprovável pela legislação que fundamentou a punição.

Essa retroatividade decorre, como aponta FERRAZ (2020) ao comentar sobre a Lei nº 14.039/2020, do fato de a responsabilização por improbidade administrativa integrar o microssistema do Direito Administrativo sancionador, ao qual são aplicáveis os princípios do Direito Penal, sendo certo que:

“A ressonância da regra constitucional da retroatividade da lei mais benéfica (artigo 5º, XL, da Constituição) no campo do Direito Administrativo sancionador decorre naturalmente do reconhecimento da interseção entre os princípios do Direito Penal e os temas do Direito Administrativo sancionador.

Recorrendo também ao Direito Penal, tem-se a figura da *abolitio criminis*, que gera a extinção imediata dos efeitos da condenação devido à atipicidade posterior da conduta. Sobre o instituto, ensina Bitencourt (2013, p. 125):

Ocorre *abolitio criminis* quando a lei nova deixa de considerar crime fato anteriormente tipificado como ilícito penal. A lei nova retira a característica de ilicitude penal de uma conduta precedentemente incriminada. Nessa hipótese, partindo da presunção de que a lei nova é a mais adequada, e de que o Estado não tem mais interesse na punição dos autores de tais condutas, aquela retroage para afastar as conseqüências jurídico-penais a que estariam sujeitos os autores (art. 2º do CP).

A *abolitio criminis* configura uma situação de lei penal posterior mais benigna, que deve atingir, inclusive, fatos definitivamente julgados, mesmo em fase de execução. A *abolitio criminis* faz desaparecer todos os efeitos penais, permanecendo os civis.

Havendo alteração no rol de condutas tipificadas como improbidade administrativa, deve-se reconhecer a necessidade de revisão das decisões proferidas

anteriormente pela Administração em que há imposição de sanções a agentes públicos na esfera disciplinar, revogando-se aquelas que sejam incompatíveis com a nova tipificação¹¹ e avaliando a adequação da sanção aplicada ao caso concreto.

Assim, com relação a condenações anteriores na esfera disciplinar, tem-se grandes impactos, pela possível necessidade de revisão e eventual anulação de diversos atos administrativos.

5 CONCLUSÃO

A responsabilização dos agentes públicos possui assento constitucional e fundamenta-se no próprio princípio republicano, na medida em que o exercício responsável das funções públicas, ao lado da separação entre a coisa pública e a privada e da alternância de poder, é essencial à manutenção do sistema político vigente.

Paralelamente, tem-se que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 impõe uma série de balizas ao exercício do poder administrativo sancionador do Estado, que também se fundamenta nesta. Tem-se assim o conceito constitucional de improbidade administrativa como forma qualificada de violação à moralidade, caracterizada pela violação simultânea da legalidade e da moralidade administrativa, sendo aplicável à disciplina os princípios constitucionais (de natureza penal e processual penal) do direito sancionador.

Diante de violações a essas garantias na aplicação de sanções, sobretudo aos agentes públicos, é possível verificar, nos últimos anos, um movimento do direito positivo no sentido de adequar algumas das normas referentes ao exercício do poder administrativo sancionador aos comandos constitucionais.

Nesse contexto, o Projeto de Lei nº 10.887/2018 busca promover alterações da Lei de Improbidade Administrativa, podendo-se indicar como principais pontos de mudança: a necessidade do elemento subjetivo de dolo, a alteração da competência para ajuizamento das ações de improbidade, a imposição de critérios para o escalonamento na aplicação de sanções, a disciplina acerca da celebração de

¹¹ Aqui também compreendida a necessidade de dolo como elemento subjetivo da tipificação, necessária ao preenchimento dos requisitos para configuração da conduta passível de sanção.

acordos de não persecução cível, alterações no regime de prescrição e na tipificação dos atos de improbidade administrativa.

Dessas possíveis alterações, identificam-se impactos na responsabilização dos agentes públicos na seara disciplinar, em especial com relação aos elementos objetivo (descrição da conduta) e subjetivo (necessidade de dolo) da tipificação e ao escalonamento na aplicação de sanções. Utilizando-se o critério temporal para análise, tem-se possíveis impactos com relação a casos que tratem de improbidade administrativa no futuro, no presente e no passado.

No futuro, os impactos decorrentes das alterações nos elementos objetivo e subjetivo da tipificação impõe a reinterpretação e reenquadramento dos atos de improbidade, previstos de forma genérica pela legislação disciplinar de cada órgão da Administração Pública. Impõe-se também a adequação das sanções ao sistema de escalonamento, devendo ser aplicadas com base nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena.

No presente, a eventual alteração da Lei de Improbidade deverá impor a reavaliação da instauração de Processos Administrativos Disciplinares, que também deverão se adequar à nova tipificação dos atos de improbidade e ao escalonamento das sanções trazidos pelo Projeto de Lei nº 10.887/2018.

Com relação aos casos de responsabilização por improbidade administrativa na esfera disciplinar já julgados, tem-se que as alterações na tipificação são capazes de gerar inclusive a extinção da pretensão punitiva do Estado com relação a fatos já ocorridos, tendo como base a ideia da *abolitio criminis*, bem como a necessidade de revisão da adequação das sanções aplicadas, conforme imposto pelas possíveis alterações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mônica Piccolo. *A trajetória de Fernando Collor rumo à Presidência: Estratégias Eleitorais Televisivas*. In: Simpósio Nacional de História, 27., 2013, Natal. Anais. Disponível em: <
http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1369672113_ARQUIVO_Textocompleto-MonicaPiccolo.pdf> Acesso em: 25 de julho de 2021.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 13.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. V. 1, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Prefácio*. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral, 1*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTENCOURT NETO, Eurico. *Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI*. In: Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. *Comentário ao art. 37*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 822.

CAMMAROSANO, Márcio. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ*. In: Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 61, p. 115-121, set./dez. 2013.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CORREIA, José Manuel Sérulo. *Os grandes traços do direito administrativo no século XXI*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, J. Retroatividade do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 127, p. 1-15, 3 jan. 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores Públicos na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re) Pensando a Pesquisa Jurídica*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERRAZ, Luciano. *Presunção de singularidade tem efeito retroativo*. Disponível em https://www.conjur.com.br/2020-nov-19/interesse-publico-presuncao-singularidade-efeito-retroativo#_ftn1>. Acesso em: 18 de agosto de 2021.

FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERRAZ, Luciano. *Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substitutivos e instrumentos afins)*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do Agente Público*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HARGER, Marcelo. *Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa*. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 187-211, jan./mar. 2014.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Reflexões em torno do princípio republicano*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 100. jan./dez. 2005. p. 189-200.

LIMA, Rogério Garcia Medeiros de. *Os princípios do Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador*. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). *Servidor público: estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MAIA, Raphael Rocha de Souza. PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *A inconstitucionalidade da 'violação de princípios' como improbidade administrativa*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019>>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar F. BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MODESTO, Paulo. *O controle público e o fetiche da culpa*. In: *Direito do Estado*, ano 2016, n. 114, 21 de março de 2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/o-controle-publico-e-o-fetiche-da-culpa>. Acesso em: 05 de agosto de 2021.

MORAIS, Alexandre de. et. al. *Constituição Federal Comentada*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5 ed. Madrid: Tecnos, 2012.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Sanções disciplinares: o alcance do controle jurisdicional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Antônio de Pádua Danesi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

STRECK, Lênio L.; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Comentário ao artigo 1º*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 116.