

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

APLICAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO EM ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
MATO GROSSO DO SUL

Wellison Muchiutti Hernandes
Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira

Brasília – DF

2022

WELLISON MUCHIUTTI HERNANDES

**APLICAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO EM ATO DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
MATO GROSSO DO SUL**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação Mestrado Profissional, como parte do requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira.

Brasília – DF

2022

H557a Hernandez, Wellison Muchiutti

Aplicação do dolo específico em ato de improbidade administrativa na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul / Wellison Muchiutti Hernandez. – Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2022.

90 p.

Inclui bibliografia.

Dissertação de mestrado (Direito, justiça e desenvolvimento).

Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira.

1. Improbidade administrativa. 2. dolo específico. 3. má-fé. 4. controle interno. 5. mera irregularidade. I. Título.

CDD: 341.3

WELLISON MUCHIUTTI HERNANDES

**Aplicação do dolo específico em ato de improbidade administrativa na jurisprudência
do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação Mestrado Profissional, como parte do requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira.

Brasília, _____ de _____ de _____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira
Orientador

Prof. Dr.
Instituição:

Prof. Dr.
Instituição

Prof. Dr.
Instituição

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois, me deu a sabedoria necessária para que eu pudesse seguir e trilhar o caminho correto.

À minha mãe Edna e ao meu padrasto Amandino Terra. Sem eles, nada seria possível. Desde minha concepção, não mediram esforços para proporcionarem o melhor para que eu pudesse alcançar esse grande momento.

Certamente, minha mãe é o pilar da minha formação como ser humano e o apoio incondicional que dela recebi foi fundamental.

À minha esposa Roberta, que esteve ao meu lado desde o início, presente nos momentos difíceis, suportando meu estresse, e tudo o mais durante a elaboração deste trabalho. Com a chegada do nosso amado filho Joaquim, e da nossa Maria Isabel, os dias ficaram melhores. Seu apoio constante, de igual modo, foi muito importante para que chegasse até aqui.

Por fim, ao meu Orientador, Prof. Dr. Ricardo Geraldo Rezende Silveira, que com sua paciência e dedicação me ajudou e conferiu suas opiniões, bem como aos demais professores membros da banca, pelos ensinamentos e sugestões que aprimoraram este trabalho.

RESUMO

O trabalho ora apresentado tem por finalidade verificar o elemento subjetivo do agente público com a aplicação do dolo específico em ato de improbidade administrativa, em decorrência das alterações introduzidas pela Lei n. 14.230/2021, que modificou substancialmente a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). O estudo apresenta reflexões sobre a necessidade de se filtrar a subjetividade do agente em sua intenção para a aplicação da sanção por ato de improbidade, diferenciando-o de meras irregularidades dentro da Administração Pública. Demonstram-se as diferenças na aplicação da sanção quando o agente público toma decisões por inabilidades administrativas e para salvaguardar outros setores na gestão pública, evitando prejuízos maiores. Para discutir o contexto investigado durante o trabalho, utiliza-se um julgado do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul como estudo de caso. Nele, o gestor público, deixando de seguir os ditames da lei, reteve contribuição previdenciária patronal dos servidores públicos, caracterizando em 1ª instância, ato de improbidade administrativa. Todavia, após o recurso de apelação interposto pelo gestor, o Tribunal reformou a decisão dias após a vigência da Lei n. 14.230/2021. Em que pese não tenha sido aplicada a nova norma, os desembargadores entenderam pela necessidade do dolo específico para configurar ato de improbidade administrativa. Assim, o gestor não poderia ser punido por mera inabilidade, seguindo o entendimento do relator. Demonstra-se no presente estudo que as alterações da Lei de Improbidade Administrativa trouxeram segurança jurídica na aplicação da norma sancionadora levando à punição dos agentes apenas se identificado o dolo específico como elemento subjetivo, após a real intenção de se cometer uma ilegalidade qualificada.

Palavras-chave: Improbidade administrativa; dolo específico; má-fé; controle interno; mera irregularidade.

ABSTRACT

The purpose of the work presented herein is to verify the subjective element of the public agent with the application of specific malice in acts of administrative misconduct, as a result of the changes introduced by Law No. 14.230/2021, which substantially altered the Law of Administrative Misconduct Law No. 8.429/1992. The reflections on the need to filter the agent's subjectivity in his intention to apply the sanction for act of improbity were presented, differentiating it from mere irregularities within the Public Administration. This study demonstrates the differences in the application of the sanction when the public agent makes decisions due to administrative inabilities, or to safeguard other sectors in public management, avoiding greater damage. To demonstrate the context applied in the work, a trial of the Court of Justice of Mato Grosso do Sul was used as a case study, in which the public manager, even not following the dictates of the law, withheld the employer's social security contribution of public servants, characterizing in the first instance, an act of administrative misconduct, however, after the appeal filed by the manager, the high court reformed the decision days after the effectiveness of Law No. 14.230/2021. Although the new rule was not applied, the judges understood that it is necessary the specific intention to characterize the act of administrative misconduct and that the manager could not be punished for mere inability, following the understanding of the other judges, in this context, it is demonstrated in this study, that the changes in the law of administrative misconduct, brought legal certainty in the application of the sanctioning rule, thus, the agents will only be punished if the specific intention is identified as a subjective element, after the real intention to commit a qualified illegality.

Keywords: Administrative improbity; specific deceit; bad Faith; internal control; mere irregularity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	12
2.1	As ramificações jurídicas na improbidade administrativa	14
2.2	A unidade do ilícito	16
2.3	Direito penal ou direito administrativo sancionador	19
3	A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	32
3.1	O elemento subjetivo na improbidade administrativa	32
3.2	O critério para identificação do elemento subjetivo na motivação do ato administrativo	35
3.3	Da necessidade do ato de gestão frente o elemento subjetivo da improbidade administrativa	40
4	O TRATAMENTO DO DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	53
4.1	A teoria significativa do dolo	54
4.2	O conteúdo do dolo específico na improbidade administrativa	56
4.3	A Lei n. 14.230, de 26 de outubro de 2021 e a segurança jurídica	61
5	O JULGADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL: estudo de caso	65
5.1	Do desenvolvimento do estudo de caso	67
6	CONCLUSÃO	79
	REFERÊNCIAS	81

1 INTRODUÇÃO

Uma das maiores discussões contemporâneas quando o assunto é ato de improbidade diz respeito à conduta subjetiva do agente público. Ainda que o tema já tenha sido explorado por filósofos e grandes estudiosos do direito, não há consenso sobre a aplicação dos seus elementos constitutivos.

A maior dificuldade encontrada diz respeito ao conceito de dolo (presente em diversos ramos do direito), e elemento que se traduz no foco central da improbidade administrativa. Seu estudo deve se dar em proximidade a outros ramos do direito, como o civil e o penal, o que leva à abertura de uma intensa discussão sobre as características que lhe são intrínsecas.

Na ausência de uma definição do elemento subjetivo da improbidade administrativa, os Tribunais Superiores estavam aplicando desde a culpa até o dolo genérico, contemplando diversas linhas de pensamento que sempre debateram o assunto. Entretanto, a partir da vigência da Lei n. 14.230/2021, sancionada em 25-10-2021, estabeleceu-se que somente as condutas dolosas geram responsabilização por ato de improbidade administrativa.

Trata-se de uma mudança substancial na Lei n. 8.429/1992 que também trouxe maior segurança jurídica quanto à sua aplicação, retirando a forma genérica do dolo prevista pela lei. Neste sentido, extirpou a modalidade culposa, mantendo apenas o dolo específico, abrindo, assim, um novo leque de debates a respeito do conteúdo desse dolo: a nova lei evidenciou a aplicação do direito administrativo sancionador, ou seja, que o caminho mais lógico a ser seguido é o da doutrina do direito penal, ao menos quando se analisa a conduta dolosa.

Esta dissertação, inicialmente pautada na metodologia de revisão bibliográfica, traz também um estudo de caso acerca de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, nos autos n. 0800080-24.2016.8.12.0045, logo após a vigência da Lei n. 14.230/2021. Dessa forma, ao apresentar análise doutrinária e a solução judicial empregada – limitando-se apenas ao dolo específico da conduta dos agentes – o estudo revela-se um importante apoio à nova legislação da improbidade administrativa.

O primeiro capítulo da pesquisa introduz o tema da improbidade administrativa, apresentando suas ramificações no direito, somada à análise da incidência nos ramos do direito civil e penal. Ainda na Introdução, ficou composta a unidade do ilícito para se iniciar a discussão sobre o ato de improbidade, procurando demonstrar a aproximação entre o direito administrativo sancionador e o direito penal.

No segundo capítulo, afere-se a imputação subjetiva no âmbito da improbidade administrativa, apresentando seus elementos e os critérios utilizados na motivação dos agentes públicos.

Outrossim, é necessária uma divisão entre o ato e a gestão frente ao ato de improbidade na parte em que a punição contra agentes públicos é aplicada sem ao menos aferir-se o controle interno ou externo da questão, freando aqueles que buscam inovar na gestão ou mesmo que, por mera inabilidade, cometeram pequenas irregularidades e, por isso, são punidos severamente.

Partindo para o terceiro capítulo, que traz o tratamento do dolo na improbidade administrativa, discute-se a aplicação da Lei n. 14.230/2021. Neste ponto, menciona-se a aplicação do *dolus ex re* nas ações de improbidade administrativa.

O conteúdo aferido, ainda que não decidido pelos Tribunais Superiores ante o Tema n. 1.199 que está afetado em Repercussão Geral no Supremo Tribunal de Federal, tem obstado qualquer menção de jurisprudência, porém, pelos Tribunais Estaduais, já são inúmeras as decisões pela aplicação retroativa da norma.

O quarto capítulo dedica-se ao estudo de caso com base nos autos n. 0800080-24.2016.8.12.0045, julgado pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul em 23-11-2021, um mês após a vigência da Lei n. 14.230/2021, comparando com os posicionamentos adotados pelo mesmo tribunal antes da vigência da nova lei acima mencionada.

Nesse caso em específico, identifica-se um gestor que, diante da necessidade de quitar e saldar outros compromissos essenciais, reteve contribuição previdenciária dos servidores públicos durante alguns meses, mas, antes de findar seu mandato, quitou os valores com juros e correções monetárias devidas. O Ministério Público Estadual percebeu que o gestor, além de outros agentes públicos, cometera ato de improbidade. Todos foram condenados em primeira instância somente pela devolução dos juros e correções dos valores pagos. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul analisou o caso pela 4ª Câmara Cível e absolveu todos os envolvidos. O fundamento da decisão contava com o elemento subjetivo dos agentes que, em tese, seria a mesma forma de aplicação da nova legislação, deixando de condenar por meras irregularidades ou inabilidade.

A discussão é relevante, requer o estabelecimento de limites para a abordagem do tema de forma proveitosa para, ao final, trazer conclusão viável e prática voltada à solução do problema, levar para o campo da atuação suas aplicações, além de investigar a possibilidade de se aplicar o dolo específico nas ações por ato de improbidade administrativa.

A vigência da Lei n. 14.230/2021 propicia o debate por se tratar de uma nova fase, ainda sem decisões consolidadas nos Tribunais. Há, ainda, toda uma construção doutrinária a ser feita a respeito.

Na conclusão desta dissertação, destacam-se os pontos cruciais desenvolvidos em cada capítulo no intuito de trazer relevante contribuição para o deslinde do tema-problema proposto.

2 O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para se iniciar um trabalho de pesquisa a respeito do tema improbidade administrativa e suas ramificações, é necessário abrir um panorama mais amplo, com o objetivo de saber como o instituto se situa no ordenamento jurídico. Igualmente, faz-se necessário entender a qual ramo do direito o instituto se vincula para traçar as limitações no estudo que seguirá.

Em um primeiro momento, quando não atendida a probidade, configura-se o ato de improbidade administrativa, que importa em sanções específicas, sinalizadas inicialmente pela Constituição Federal de 1988 e complementadas pela Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa)¹.

A origem da palavra “improbidade” traz à tona no contexto social a ideia de comportamentos antagônicos do bem e do mal, entre as classificações das atitudes humanas. Sob esse aspecto, é necessário considerar e refletir, dentre as dúvidas originárias da sociologia, sobre o comportamento do ser humano em sociedade. A velha discussão do início de nossas formações traz o dilema entre o pensamento propagado por Jean-Jacques Rousseau², de que o homem nasce bom e a sociedade o vicia, e o ideário de Thomas Hobbes³, ao afirmar que o homem é, desde o início, mau, perverso e egoísta.

A despeito do debate, relembre-se de que o surgimento de uma Lei serve para combater, por experiências anteriores, algo que deve ser modificado. Nesse contexto, foi elaborada e aperfeiçoada no tempo a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que à época de sua edição foi a saída encontrada para, ao menos, amenizar a situação enfrentada no país naquele momento de crise institucional entre os Poderes Executivo e Legislativo.

O conceito de improbidade administrativa, a partir do entendimento de Fábio Medina Osório, pode ser assim definido: “a improbidade é uma espécie de imoralidade administrativa qualificada”⁴. Todavia, trata-se de uma definição sem muita profundidade, tanto doutrinária quanto jurisprudencial. O autor busca demonstrar ainda que a imoralidade anunciada não é um mero posicionamento particular dos agentes públicos, mas, uma qualificação pelo direito

¹ ROCHA, Kelson Ferreira. Lei de improbidade administrativa: uma análise sobre sua aplicação, os elementos subjetivos e os entendimentos acerca da inconstitucionalidade da modalidade culposa. **Revista Processus Multidisciplinar**, n. 4, v. 2, 2021, p. 38-58.

² PEREIRA, Vilmar Alves; SILVA, Simone Gonçalves-. Compreendendo a infância nas perspectivas de Descartes e Rousseau. *Perspectiva*, Erechim. v. 35, n. 132, p. 54, 2011.

³ HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 45.

⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2018.

administrativo, de forma que os agentes públicos estão submetidos a seu regime próprio de direito público, ou seja, mais severo⁵.

Ademais, na esfera pública, é muito provável a presença de atributos negativos na condução dos negócios administrativos. Nesse contexto, Calil Simão sinaliza que quando o ato de improbidade se reveste de certas características, é possível classificá-lo como ato de improbidade administrativa.

Outrossim, resumidamente, é possível definir improbidade administrativa como conduta ímproba exercida no exercício de uma função pública ou em razão dela, desde que especificamente vinculada ao seu exercício. Esse conceito pressupõe a presença de três requisitos essenciais (constitutivos): agente público, elemento subjetivo e tipicidade⁶.

Alguns autores percebem uma dificuldade na conceituação que define o ato de improbidade por entenderem que há estreita ligação com o princípio da juridicidade⁷, tendo em vista que a violação de qualquer princípio jurídico tem potencial de configurar ato de improbidade administrativa.

Diante disso, o termo “improbidade administrativa” pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, geralmente de forma dolosa, contra as entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública⁸.

Na terminologia do vocábulo latino, *improbitate* significa “desonestidade” e a expressão *improbus administrator* quer dizer “administrador desonesto ou de má-fé”. Diante disso, improbidade administrativa é a violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, isto é, ao dever de o agente público agir sempre com probidade (honestidade, decência, honradez) na gestão dos negócios públicos⁹.

⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**: má gestão pública, corrupção e ineficiência. 4. ed. São Paulo: RT, 2018, nota 3, p. 82.

⁶ SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Mizuno, 2019, p. 48.

⁷ O princípio da juridicidade está atrelado à nova ordem de subordinação da Administração Pública ao direito no atual Estado Democrático de direito ou tão-somente o Estado social. As mudanças operadas na segunda metade do século XX, já referidas – alteração do sentido e do conceito material de lei; alargamento do domínio juridicamente relevante; desenvolvimento exponencial das esferas de atuação administrativa – tem como consequência ampliar e diversificar as relações entre a Administração e o Direito, gerando um novo paradigma. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-juridicidade/#_ftn18. Acesso em: 01 set. 2022.

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2014, p. 9.

⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 113.

Nesse diapasão, vê-se que a probidade administrativa é um direito transindividual, pois decorre do Estado Democrático, ou seja, não pertence a ninguém individualmente e seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder pode ser exercido¹⁰.

Assim, o microsistema de regramento da improbidade administrativa deve ser encarado com mais cautela e precisão, já que possui particularidades a serem atendidas e observadas em vista de sua natureza sancionatória e repressiva.

O ato de improbidade administrativa, por ser objeto de ação civil pública, requer de seus proponentes se valerem de um filtro mais adequado, que defina a subjetividade do agente e demonstre a real intenção de se praticar a conduta violadora dos princípios que regem a administração pública causando, assim, danos ao erário. É diferente, portanto, de uma mera ilegalidade, que só deve ser punida quando houver falta da boa-fé, o que o qualifica para o ato ímprobo.

2.1 As ramificações jurídicas na improbidade administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa tem ligações com diversos ramos do direito pátrio. Por se tratar de matéria coletiva, sua discussão gira em torno dos seus campos material e processual. Trata-se de uma Lei cuja aplicação envolve normas e princípios de direito processual penal e de direito processual civil; soma-se a isso, conforme rege a Lei n. 14.230/2021, art. 1º, § 4º, os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Para se estudar o dolo na Lei de Improbidade Administrativa, importante analisar sua aplicação nos ramos do direito penal e civil, para assim, se chegar a uma breve conclusão sobre o que tem prevalecido acerca do assunto.

As sanções aplicadas em razão do cometimento de ato de improbidade administrativa orbitam entre o direito penal e o direito civil, frutos de tentativas da imposição da punição na legislação civil. Revestem-se, ainda, do conjunto de garantias afetas ao direito penal, conforme acolhidas pela doutrina e pela jurisprudência.

Ao se admitir que o modelo adequado às improbidades administrativas tem caráter híbrido, ou seja, posta-se entre o direito penal e o direito civil, resta averiguar quais critérios justificam a aproximação do modelo intermediário concreto a um ou outro paradigma. Nesta linha, considera-se para estipular o que se chamou de âncoras de fixação, a definição do legislador, a natureza do injusto de que trata a Lei n. 8.429/1992, as modalidades de pena

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direito. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005, p. 91-92.

previstas e as finalidades por elas buscadas, além do estigma decorrente de eventual condenação¹¹.

No mais, as jurisprudências empregam termos menos técnicos e bastante abertos quando o assunto é o dolo no âmbito da improbidade administrativa, revelando uma confusão entre má-fé, desonestidade e outras condutas. Nesta senda, arvora-se a necessidade de um conceito legal para suprir essa imprecisão.

Da mesma forma, em que pese a aplicação ser de outros ramos, a tendência tem sido a prevalência pelo âmbito do direito penal em detrimento das características afetas ao direito civil, principalmente em função das alterações trazidas pela Lei n. 14.230/2021, que descreve a aplicação do direito administrativo sancionador, a ser tratado mais adiante nesta dissertação, com mais detalhamento.

Importante frisar que para a construção de um fundamento teórico mais sólido, esboçando as características das quais devem se revestir as análises dos elementos subjetivos na improbidade administrativa, tendo em vista algumas situações específicas, é necessário um aprofundamento no estudo do dolo.

Justifica-se essa premissa em razão da necessidade de se conhecer melhor a inter-relação entre o dolo e sua prova no campo da improbidade administrativa, sempre relativizando suas proximidades com o direito penal, sem abrir mão do conjunto de garantias que um Estado Democrático de Direito possui quando o assunto é medido em caráter punitivo.

Uma vez comparados o dolo e a culpa – respeitando a vontade do legislador – e após fixar o caráter de direito administrativo sancionador, a Lei n. 14.230/2021 veio a superar teses frequentemente utilizadas como culpa, erro grosseiro, dolo genérico, mantendo apenas o dolo específico na conduta subjetiva.

Ademais, como tomada de posição, afirma-se que para as improbidades administrativas não incide, por analogia, a regra legislativa do art. 18, I, do Código Penal, segundo o qual o dolo apenas ocorre quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. A elaboração de um modelo híbrido tem por alicerce a construção dogmática, não se prestando a ser uma costura legislativa cerzida com analogias injustificáveis¹².

Igualmente, não se pode negar que entre os pontos fundamentais da Lei n. 8.429/1992, em seu caráter eminentemente civil, consta a função ressarcitória das medidas de punição,

¹¹ NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 235.

¹² NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 238.

conforme destacam a jurisprudência, a lei e a Constituição Federal de 1988. As demais punições, à exceção do ressarcimento, são ligadas diretamente ao direito penal.

Há uma certa proteção quando o assunto é a forma de o Estado punir, para se evitar arbitrariedades. No ponto sob análise, a conclusão é inelutável quanto à ramificação e à proximidade do direito penal com o modelo intermediário da improbidade administrativa a ser debatido no decorrer deste estudo.

2.2 A unidade do ilícito

Em um primeiro momento, antes de se adentrar qualquer fato, apesar de lógicas as distinções e divisões entre matérias e ramos jurídicos, deve-se lembrar que o direito é uno e indivisível. Suas divisões devem ser compreendidas tendo em vista que são firmadas essencialmente para objetivos didáticos com a finalidade de oferecer uma melhor compreensão da ciência do direito.

Quando se inicia a vida acadêmica, são ensinadas as divisões dos ramos jurídicos que servem como importante sistematização da ciência jurídica a adequar algumas premissas e princípios próprios de cada ramo. Todavia, não se deixa de lado o entendimento de que o ordenamento jurídico continua sendo sempre um conjunto de normas sólido e indivisível.

Nesse contexto, salientam-se definições de cada ramo apresentado, a exemplo do direito público e do direito privado, as dogmáticas afetas à solução dos casos e a divisão de regras específicas atinente a cada matéria. Tudo isso, no entanto, não retira do direito o seu caráter uno¹³.

Assim, ainda que o ordenamento jurídico tenha suas particularidades didáticas, está em sua essência ser unitário e indivisível, embora apresente características de interação entre si, mantendo a unidade incorporada.

Diante disso, o Estado quando atua nos limites impostos pelo ordenamento jurídico, pautando-se pelo princípio da legalidade estrita, exerce a atividade punitiva, a qual decorre da prática de um ilícito ou de um ato antijurídico por alguém.

¹³ Segundo Valmir Pontes, “o Direito é uno e essencialmente indivisível. Não tem compartimentos estanques, isto é, inteiramente isolados uns dos outros. Por isso mesmo, todas as divisões do Direito se interligam, ou se intercomunicam, através de um fio ininterrupto que as percorre e lhes imprime unidade e harmonia. Essa interligação ou intercomunicação dos vários compartimentos do Direito é que forma a ordem jurídica, conjunto sistematizado das normas de Direito”. PONTES, Valmir. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968, p. 31. Aliás, toda e qualquer divisão na realidade é de algum modo arbitrária, sendo feita pela mente humana apenas para fins de organização da atividade cognitiva.

Importante, sobretudo, o requisito da presença de um ato ilícito ou vedado pelo ordenamento jurídico. Em direito público, o princípio da legalidade ganha contornos próprios, visto que autoriza os agentes públicos a agirem apenas segundo a lei¹⁴.

Concebido o princípio da legalidade como a pedra angular do sistema jurídico brasileiro, o que torna indispensável a compatibilização do fato com a norma para que seja possível a consecução dos efeitos jurídicos almejados, tornou-se necessário fixar um mecanismo que conferisse maior mobilidade ao ordenamento jurídico, o que, longe de representar um elemento deflagrador do árbitro, permitisse a célere adequação do padrão normativo aos valores subjacentes a determinado grupamento no momento de sua aplicação¹⁵.

Ademais, a atuação da atividade estatal, dentro do exercício do *ius puniendi*, cercada de regras e pautada no princípio da legalidade, tem o dever de fiscalizar e regular, de atuar com o direito punitivo em sua forma mais usual, o direito administrativo sancionador, termo utilizado para definir o exercício do *ius puniendi* estatal.

Quando se atenta contra o ordenamento jurídico, ou seja, quando se pratica ato passível de sanção, surge o dever de punir do Estado. Como forma de debater a questão, Regis Fernandes de Oliveira levanta importantes pontos de atenção por entender que “a infração, em sentido genérico, é a repulsa que o ordenamento jurídico estabelece em relação aos comportamentos desviantes”¹⁶.

Tendo em vista que o direito é uno, as diferenças existentes entre os ilícitos penal, administrativo e civil irão convergir para o mesmo conceito, para o mesmo ordenamento jurídico, ou seja, não se distingue este ou aquele ordenamento jurídico, mas aplicam-se sanções de forma universal, independentemente do lugar e do tempo em que tiverem vigência¹⁷.

Resta claro que a atividade punitiva do Estado ocorre quando o ilícito em si violar uma determinação estabelecida no ordenamento jurídico ao qual se está sujeito. Embora a sanção jurídica seja praticada em dependência ou correlação quanto à matéria do ramo do direito a que pertence a norma, ela existe universalmente.

Mesmo diante da obrigação do Estado de punir quando o ato ilícito é sancionável, questiona-se: quais são as normas e os instrumentos mais adequados a serem utilizados para se aplicar a sanção?

¹⁴ SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Mizuno, 2019, p. 90.

¹⁵ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 345.

¹⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **A civilização repressora e o direito administrativo sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 56.

¹⁷ VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52.

O Estado deve responder de forma instrumental, sob a égide da legalidade, analisando o valor social, sob todos os seus parâmetros, a partir da norma descumprida. Essa é a resposta ao comportamento antijurídico, considerando a gravidade da sanção, que deve ser também razoável e proporcional ao ato cometido.

Sua atividade de *ius puniendi*, de fato, não pode ser aplicada abruptamente, sem antes serem analisados os aspectos de interesses e os bens jurídicos tutelados, em razão justamente das graves consequências que serão impostas a quem pratica os atos ilícitos.

Não se trata de flexibilizar a norma ou de enfraquecer o princípio da certeza jurídica, a partir do surgimento da equidade cíclica – a qual será informada pelos valores que complementam a norma no momento de sua aplicação – afastando-se a mutação normativa, que é uma decorrência necessária das modificações estruturais do grupamento. A flexibilidade da linguagem, aliás, é inerente à sua própria essência. Disso resulta, por exemplo, que termos aparentemente claros hoje têm potencialidade para não mais ostentarem essa condição em um momento futuro¹⁸.

Em razão dessa indeterminação no ramo do direito, quando ocorrem ilícitos e suas especificidades, deve-se analisar o nível de gravidade e o objeto de tutela envolvido na situação. Deve-se verificar, por exemplo, se estão correlatos à aplicação da lei, se a punição está à altura do ato cometido, ou se há excesso devido às circunstâncias de cada ramo do direito e seus desdobramentos.

Sobre a real avaliação do ilícito cometido, Cristina Krussewski¹⁹ desenvolve um trabalho partindo da premissa de que o ilícito é uma categoria jurídica e um conceito lógico-jurídico, e que tem por elementos: “[...] ato ou omissão humanos, a infringência à norma legal”²⁰ do ramo considerado, o dano e a responsabilidade; em suma, trata-se de alguém causando desequilíbrio na ordem natural-legal da sociedade e, pelo seu restabelecimento, devendo responder²¹.

Nesse ponto, trata-se de uma categoria jurídica, segundo explica Daniel Ferreira²², pois é uma “[...] expressão adotada para designar as formas puras de conceituação jurídica, a partir

¹⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 146.

¹⁹ KRUSSEWSKI, Cristina. **Direito administrativo sancionador**: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o direito penal. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2010, p. 45.

²⁰ BITTENCOURT, Terezinha Maria da Fonseca Passos. **Sobre a infração da norma como um recurso estilístico** – a infração da norma: um recurso estilístico. 2. ed. Niterói: [s.n.], 1991.

²¹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 23.

²² FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 77.

das quais é possível adicionar os elementos peculiares e específicos, para situá-las em qualquer dos ramos em que o Direito se divide, e integrá-las nas disciplinas correspondentes".

Delineado o contexto, é possível definir improbidade administrativa como um aspecto a ser tratado pelo viés punitivo estatal, pois envolve um ilícito administrativo. A improbidade administrativa, melhor dizendo, tem sua interação direta ligada ao direito administrativo sancionador, provoca a discussão sobre se os aspectos relativos à sua aplicação possuem ligações com o direito penal ou com algum outro ramo do direito, tendo em vista a existência de uma tensão constante na doutrina envolvendo a relação entre o direito penal e o direito administrativo.

Os posicionamentos doutrinários divergem quando se defende, por exemplo, que a transposição do direito garantista penal deve ser aplicado ao direito administrativo sancionador. Ao contrário, argumenta-se ser algo impossível, por se tratar de uma construção própria no direito público, com origem no direito administrativo.

Entretanto, como já delineado, as sanções no ordenamento jurídico possuem apenas uma origem, distinta de ramos do direito. Quanto à sua aplicação, não há que se falar em distinção, visto que o ilícito é uma unidade. Assim, a sanção deve ser aplicada independentemente do ramo do direito. É o caso do direito administrativo sancionador, que possui extrema proximidade com o direito penal geral.

2.3 Direito penal ou direito administrativo sancionador

Por muitos anos, discutiu-se sobre a aplicação do direito administrativo sanção ao ato de improbidade administrativa. Neste aspecto, a natureza jurídica das sanções previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 é de direito administrativo sancionador. Isso porque as infrações são reguladas pelo direito administrativo, igualmente, as respectivas sanções²³, conforme sedimentado na doutrina majoritária. Não há oposição à tese em relação à aplicação do direito administrativo sancionador em sanções por ato de improbidade administrativa²⁴.

²³ PGE-RJ. Administração Pública. Risco e Segurança Jurídica. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado, 2014, p. 455.

²⁴ "Veja-se artigo publicado na Revista de Administración Pública (RAP) da Espanha 149, em 1999, nosso trabalho pioneiro nesta matéria, quando introduzimos no Brasil um novo conceito de sanção administrativa, que permitiu o alargamento do regime do direito administrativo sancionador para o campo das ações de improbidade administrativa. Na primeira edição de nossa obra *Direito Administrativo Sancionador*, em 2000, reafirmamos o conceito de sanção administrativa que permitiu sua aplicação pelo Poder Judiciário, alcançando as ações de improbidade administrativa, conceito este que teve repercussão na formação do convencimento dos Tribunais Superiores sobre essa matéria. Com efeito, a concepção alcançou o entendimento dos Tribunais Superiores. A jurisprudência do STJ, em matéria de improbidade administrativa, tem sido sensível aos princípios do Direito Administrativo Sancionador, como se vê inúmeros julgados do STJ, destacando-se este julgamento paradigmático:

Entretanto, é necessário analisar os institutos a serem apresentados no presente estudo, por se tratarem de características utilizadas para se definir o ramo aplicado na improbidade administrativa. A partir das modificações implantadas pela Lei de Improbidade Administrativa, abriu-se um novo debate sobre o tema, principalmente no que diz respeito aos aspectos relativos tanto ao direito administrativo sancionador quanto ao direito penal naqueles pontos em que se tangenciam.

Em sua maioria, a doutrina entende que a aplicação do direito administrativo sancionador nasce e se alimenta de muitos princípios do direito penal, balizando-se, portanto, em princípios normativos constitucionais que objetivam, em última análise, limitar o arbítrio do Estado, em respeito às liberdades públicas e individuais do cidadão²⁵.

Guardadas as devidas proporções, o direito administrativo sancionador sofre influxo de todas as garantias e proteções constitucionais do direito penal, haja vista a identidade ontológica do *ius puniendi*²⁶, tese defendida por Flávio Unes²⁷.

Ademais, parece ser fácil perceber esta identidade:

a sanção é a consequência de um ilícito. É assim no campo do direito civil, do direito penal e do direito administrativo. Ontologicamente não há diferença entre umas e outras, consistindo o ilícito na inobservância de um dever jurídico, tenha ele natureza civil, penal ou administrativa²⁸.

Conforme sintetiza Miguel Reale Júnior:

[h]á um *jus puniendi* do Estado, que se expressa pela via penal ou administrativa, mas ambos os caminhos submetidos aos mesmos princípios de proteção do sujeito sancionado, normas essas comuns, estabelecidas no capítulo das garantias individuais

“O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais”. OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 300; BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RESP 87.360- SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17-06-2008.

²⁵ “A norma jurídica não se confunde com o texto legislativo. O sistema brasileiro adotou a teoria dos precedentes. Direito Penal e Direito Administrativo confluem para dar nascimento ao Direito Administrativo Sancionador. Há princípios constitucionais comuns ao Direito Público punitivo. Ao Direito Administrativo Sancionador se aplicam os princípios do direito penal e processual penal, com matizes, por simetria. A teoria da pena deve ser observada à luz do direito positivo brasileiro e não de uma perspectiva abstrata do direito estrangeiro, o que exige um compromisso com os precedentes da *civil law*”. OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 11.

²⁶ Dentre outros: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: RT, 2015; MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; REALE JÚNIOR, Miguel. *Ilícito administrativo e o jus puniendi* geral. São Paulo: RT, 2007. In: PRADO, Luiz Régis (coord.). **Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir**. São Paulo: RT, 2007; MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Garantismo judicial na ação de improbidade administrativa: crítica ao punitivismo e ao eficientismo legalista no domínio do direito sancionador**. Fortaleza: Curumim, 2015.

²⁷ Manifestação como *amicus curiae* pelo IDADF, no Tema n. 1.199, perante o Supremo Tribunal Federal.

²⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

de nossa Constituição Federal. Isto é, há “um *jus puniendi* geral, ao qual se aplica um regime jurídico do Estado punitivo consoante com o Estado de Direito”²⁹.

Conforme se verifica, os princípios devem ser aplicados com algumas ressalvas. Não se trata da simples importação de institutos associados ao direito penal para o direito administrativo, o que não é possível, tendo em vista as especificidades de cada um desses ramos do direito.

O que se debate é apenas a identidade do *ius puniendi*, que embora possa delinear à luz da Constituição Federal de 1988 pelo regime jurídico do Estado punitivo consoante o Estado de Direito, reconhece que a expressão encontra limites normativos distintos.

Para se analisar as normas de estrutura, esses limites normativos são divididos em regras primárias e secundárias, quando dizem a respeito à criação, à alteração e à dinâmica das próprias normas jurídicas. As normas de conduta, criadas conforme as formalidades estabelecidas pelas normas de estrutura, têm por objeto regulamentar condutas humanas indicando o que “deve ser”³⁰.

Nesse contexto, Rafael Munhoz de Mello observa que “[...] a norma de conduta pode tornar um determinado comportamento (i) proibido, (ii) permitido ou (iii) obrigatório”. Entretanto, essa escolha é feita pela pessoa competente para estabelecer as normas de conduta, conforme as disposições constantes das normas de estrutura, em geral, o Poder Legislativo³¹.

A partir desse entendimento, diz-se que as regras punitivas materiais de direito penal ou de direito administrativo sancionador são, em tese, complexas, formadas pelo conceito primário o qual estabelece uma obrigação ou uma abstenção em que se reflete o conteúdo da norma que tutela determinado interesse elevado à categoria de bem jurídico³² e, por um preceito

²⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. **Ilícito administrativo e o *jus puniendi* geral**. São Paulo: RT, 2007, p. 96.

³⁰ KRUSSEWSKI, Cristina. **Direito administrativo sancionador**: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o direito penal. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2010.

³¹ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

³² Bem jurídico é inserido aqui porque se trata de uma construção teórica ainda necessária, como aponta Juarez Cirino dos Santos: “Na verdade, o bem jurídico é critério de criminalização porque constitui objeto de proteção penal – afinal, existe um núcleo duro de bens jurídicos individuais como a vida, o corpo, a liberdade e a sexualidade humanas, que configuram a base de um Direito Penal mínimo e dependem de proteção penal, ainda uma resposta legítima para certos problemas sociais. Assim, evitar a criminalização da vontade do poder, ou das expectativas normativas, parece insuficiente para rejeitar o bem jurídico como objeto de proteção penal; além disso, admitir a proteção de bens jurídicos pela criminalização não exclui a necessidade de relevância do bem jurídico para constituir objeto de proteção penal – sempre subsidiária e fragmentária –, nem implica incluir todos os bens jurídicos como objeto de proteção penal. Mas ainda, se a fonte exclusiva de bens jurídicos selecionados para proteção é a Constituição da República – o fundamento político do moderno Estado Democrático de Direito – então, a criminalização da vontade do poder ou de meras expectativas normativas parece remota; ao contrário, a rejeição do bem jurídico como objeto de proteção fragmentária e subsidiária da criminalização poderia criar um vazio legal preenchível pela vontade do poder, ou pelas expectativas normativas como objetos de criminalização

secundário, no qual se estabelece a punição a ser infligida àquele que violar o preceito primário³³.

A natureza sancionatória da ação de improbidade já era proclamada pela doutrina (cf., por todos, Fábio Medina Osório³⁴) e pela jurisprudência (ADI 6.678 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01.10.2021, e do voto do Min. Teori Zavascki na Pet 3.240 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Rel. p/ Ac: Min. Roberto Barroso, DJe 10.05.2018³⁵). A Lei n. 14.230/2021 apenas tornou incontroversa esta natureza sancionatória e impôs a diretriz interpretativa a ser observada.

Importante registrar que demorou um tempo até se chegar à construção doutrinária de um regime jurídico de direito administrativo sancionador voltado às ações de improbidade administrativa. Foi necessário, inicialmente, superar o conceito clássico estatutário de direito administrativo e abarcar uma visão substantiva do direito administrativo³⁶.

Nesse ponto, Rafael de Munhoz de Mello oferece algumas contribuições:

Muito embora seja também uma manifestação do poder punitivo estatal, ao lado da sanção penal, a sanção administrativa é tratada no direito brasileiro como se fosse medida punitiva de importância secundária, incapaz de atingir de modo grave a esfera jurídica dos particulares. Com efeito, nota-se na doutrina e na jurisprudência pátria certa resistência à aplicação, no direito administrativo sancionador, de princípios que há mais de dois séculos são utilizados no direito penal. Em certos aspectos, revela-se muito atual no Brasil a expressão que García de Enterría utilizou para qualificar o direito administrativo sancionador espanhol na década de 70: pré-beccariano³⁷.

– sem falar na incômoda proximidade com a teoria sistêmica de JAKOBS, que despreza o bem jurídico tanto como objeto de proteção, quanto como critério de criminalização" e "Na atualidade, juristas criminólogos críticos propõem reservar o conceito de bem jurídico para os direitos e garantias individuais do ser humano, excluindo a criminalização (a) da vontade do poder, (b) de papéis sistêmicos, (c) do risco abstrato, (d) ou dos interesses difusos característicos de complexos funcionais como a economia, a ecologia, o sistema tributário etc. Essa posição reafirma os princípios do Direito Penal do fato, como lesão do bem jurídico, e da culpabilidade, como limitação do poder de punir, excluindo a estabilização das expectativas normativas das concepções autoritárias do funcionalismo de JAKOBS, por exemplo. Desse ponto de vista, consideradas todas as limitações e críticas, o conceito de bem jurídico, como critério de criminalização e como objeto de proteção parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação capital/trabalho assalariado, em que se articulam as classes sociais fundamentais do neoliberalismo contemporâneo". SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 15-16; 17-18.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

³⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

³⁵ Por absoluta lealdade a esta Corte, frise-se que o Min. Teori Zavascki restou vencido apenas quanto ao foro por prerrogativa.

³⁶ "Consiste a sanção administrativa em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pro futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão". Disponível em: <https://www.fabiomedinaosorio.com.br/retroatividade-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa/>. Acesso em: 28 ago. 2022.

³⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. **Rev. de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 22, Curitiba, 2005, p.1.

De forma mais contundente, Celso Antônio Bandeira de Mello entende e reconhece a natureza administrativa de uma infração pela natureza da sanção que lhe corresponde, e se reconhece a natureza da sanção pela autoridade competente para impô-la. Não há, pois, cogitar de qualquer distinção substancial entre infrações administrativas e infrações e sanções penais. O que as aparta é única e exclusivamente a autoridade competente para impor a sanção³⁸.

A partir daí, observa-se um impasse doutrinário. Definido que a improbidade tem caráter de direito administrativo sancionador, ou seja, punitivo em sua essência quando comparado ao direito penal, divide-se, no entanto, sob a égide da aplicação pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário.

De forma mais ampla, quando há improbidade administrativa e as devidas sanções são aplicadas, não vem ao caso discutir a qual ramo elas pertencem, mas, sim, o caráter sancionatório da prática do ilícito, de um ato antijurídico. Se considerados os ramos secundários, por exemplo, tem-se o caráter eleitoral da sanção (suspensão dos direitos políticos), civil (ressarcimento) e administrativo (perda da função pública), entre outros.

Diante disso, observa-se que havia alguns pontos divergentes sobre o caráter da improbidade administrativa, por se confundir a *sanção administrativa* com o chamado *poder administrativo sancionador*. Neste ponto, coaduna-se com o propósito de reinserir as sanções administrativas no universo do direito administrativo material, como consequência dos ilícitos, e não apenas como produto de um processo de formalização de quaisquer ilícitos.

Evidente que existe uma distinção entre a sanção administrativa e o conteúdo administrativo.

Ademais, a Lei n. 14.230/2021, em seus arts. 1º, § 4º, e 17-D, positivou o que já era pacificado nos Tribunais Superiores³⁹ e discutido na doutrina. Com isso, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, fixa-se o conceito do direito administrativo sancionador a partir da norma inserida na nova lei⁴⁰.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 805.

³⁹ O Min. Alexandre de Moraes expressamente admitiu a aplicação do direito administrativo sancionador nas ações de improbidade no julgamento de admissão de repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 1.175.650 (Paraná).

⁴⁰ BRASIL. **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. § 4º. Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. 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

Assim, como já é cabível a aplicação do direito administrativo sancionador pela Lei de Improbidade Administrativa, o único debate que ainda impera envolve os aspectos do direito administrativo sancionador, ou seja, sua natureza penal geral.

Neste ponto, entende-se que ele se aplica – no que diz respeito a garantias particulares do direito administrativo sancionador – com base no direito penal geral, mas não em sua totalidade, tendo em vista o limite normativo de cada ramo.

Superada a discussão do caráter da Lei de Improbidade Administrativa no que tange à sua aplicabilidade, iniciou-se, então, um debate envolvendo a possibilidade da aplicação da retroatividade da lei mais benéfica, tendo em vista a proximidade do direito administrativo sancionador com o direito penal.

Sobre a aplicação da retroatividade da lei mais benéfica, quando transportada ao direito administrativo sancionador, observa-se que a sanção no campo da improbidade administrativa levantou divergências.

Após a publicação das alterações trazidas pela Lei n. 14.230/2021, as ações em trâmite, inclusive aquelas relativas a condenado que já estava cumprindo a pena, receberam manifestações pela aplicação da norma em caráter retroativo. O assunto passou a ser discutido no Poder Judiciário, levando o Ministro Alexandre de Moraes, relator do Tema n. 1.199 do Supremo Tribunal Federal, a manifestar-se pela afetação em sede de Repercussão Geral no ARE 843.989, que foi acolhido por unanimidade, questionando a (ir)retroatividade da lei, da aplicação do dolo e culpa, e da prescrição.

Sem data de julgamento, e tendo em vista a pouca doutrina disponível sobre a recente alteração legislativa, é necessário buscar precedentes utilizados em outras oportunidades pela Corte Suprema.

Ainda nesse contexto, para se aplicar os princípios e as garantias informadores do direito penal ao direito administrativo sancionador, é inegável a necessidade de incidência da retroatividade da lei mais benigna⁴¹.

Na doutrina, Fábio Medina Osório, atento aos diferentes limites normativos, manifestou-se favoravelmente à tese⁴². Para o autor, a retroatividade da norma mais benéfica

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 n. 14.230/2021).

⁴¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 300-301.

⁴² Não há dúvidas de que, na órbita penal, vige, em sua plenitude, o princípio da retroatividade da norma benéfica ou descriminalizante, em homenagem a garantias constitucionais expressas e a uma razoável e racional política jurídica de proteger valores socialmente relevantes, como a estabilidade institucional e a segurança jurídica das relações punitivas. Se esta é a política do Direito Penal, não haverá de ser outra a orientação do Direito Punitivo em geral, notadamente do Direito Administrativo Sancionador, dentro do devido processo legal. Se há uma mudança nos padrões valorativos da sociedade, nada mais razoável do que estender essa mudança ao passado,

no âmbito do direito penal está arraigada nos conceitos filosóficos do Iluminismo e se deve, sobretudo, à proteção dos direitos humanos, de maneira que sua importação para o âmbito administrativo se reveste de cuidados, já que essas características não se fazem presentes, além do maior dinamismo deste último ramo do direito. Isso não impede, contudo, que o princípio da retroatividade da norma mais benéfica se manifeste em intensidades distintas⁴³.

Por fim, destaca:

O problema [da retroatividade da norma benéfica no âmbito do direito administrativo sancionador] há de ser resolvido à luz de alguns critérios gerais facilmente perceptíveis na ordem jurídica brasileira, não se podendo partir, aprioristicamente, de forma absoluta, de uma presunção de retroatividade das normas mais benéficas no Direito Administrativo Sancionador⁴⁴.

Haveria, então, três possíveis cenários: o primeiro deles diz respeito à afirmação expressa por parte do legislador da retroatividade (o que foi reconhecido pelo Senado Federal durante os trabalhos legislativos), hipótese na qual haverá "reforço explícito a um conjunto de valores abrigados na Constituição e no devido processo legal".

Um segundo cenário seria a proibição expressa de retroatividade, que deve ser justificada considerando o sentido e a funcionalidade desta proibição e o tipo de direito fundamental que será afetado pela proibição da retroatividade.

Segundo Fábio Medina Osório, o critério interpretativo aqui deve ser restritivo para evitar que “o legislador possa proibir retroatividade a efeitos de normas mais benéficas, dirigidas a direitos fundamentais indisponíveis, abrigando valores estáveis que deveriam sofrer o impacto das alterações normativas”⁴⁵.

A hipótese mais difícil seria exatamente aquela que se desenha no caso concreto, quando há o silêncio do legislador: “O desafio mais difícil consiste em interpretar o silêncio legal na

reconhecendo uma evolução do padrão axiológico, preservando-se, assim, o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais. O engessamento das normas defasadas e injustas não traria nenhuma vantagem social. A retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do Direito Punitivo, em face dos efeitos da isonomia. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

⁴³ “A ausência de equiparação apenas demonstra que eventual retroatividade poderia ocorrer em níveis diferenciados, com intensidade variada. É possível homologar a tese da retroatividade das normas mais favoráveis aos interesses dos acusados em geral, em homenagem aos valores constitucionais que dão suporte à norma penal veiculadora desse mesmo benefício. As normas podem ser distintas em seus contornos, intensidades e alcances, mas os valores que as embasam podem assemelhar-se, até mesmo assumindo identidade comum no campo constitucional, sem prejuízo aos espaços divergentes”. OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 288-291.

⁴⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: RT, 2000, p. 276-277.

⁴⁵ Teses reforçadas e elaboradas pelo Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal, Flávio Unes, em defesa como *amicus curiae* pelo Instituto de Direito Administrativo do DF no Tema n. 1.199 no STF.

cadeia de normas sucessivas. Uma norma sancionadora mais favorável nada dispõe sobre o tema, deixando ambígua sua posição”⁴⁶.

A retroatividade aqui aludida decorre da “evolução do padrão axiológico” e a necessidade de se preservar “o princípio constitucional da igualdade e os valores relacionados à justiça e à atualização das normas jurídicas que resguardam direitos fundamentais”. Quer-se dizer, então, que a “retroatividade decorre de um imperativo ético de atualização do direito punitivo em face dos efeitos da isonomia”⁴⁷.

Outros autores também sustentam a retroatividade da norma mais benéfica no âmbito administrativo, dentre eles, Régis Fernandes de Oliveira⁴⁸, Daniel Ferreira⁴⁹, Heraldo Garcia Vitta⁵⁰ Edilson Pereira Nobre Jr.⁵¹, Sérgio Ferraz, Adilson Abreu Dallari⁵² e Miguel Reale Jr.⁵³.

Recentemente, Heraldo Vitta⁵⁴ reviu o posicionamento adotado, divergindo para a não aplicação da retroatividade quando já ocorrido a *res judicata*.

Aqueles que defendem a irretroatividade da norma sancionadora, como Rafael Munhoz de Mello, afirmam que leis são “editadas para regular situações futuras” e a excepcionalidade da retroatividade da lei penal se dá em razão de peculiaridades específicas daquele ramo, notadamente “razões humanitárias, relacionadas diretamente à liberdade do criminoso, bem jurídico diretamente atingido pela pena criminal”. Um segundo argumento utilizado em defesa da retroatividade da norma penal mais benéfica é que estas representam um “desvalor ético”, o que não ocorre com as normas de direito administrativo⁵⁵.

Outro ponto a ser considerado na possibilidade da aplicação da retroatividade da norma sancionadora mais benéfica está previsto no art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica, que não restringe a incidência do princípio ao direito penal, motivo pelo qual seria plenamente possível a sua aplicação às ações de improbidade administrativa⁵⁶.

⁴⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 337-338.

⁴⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 337-338.

⁴⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: RT, 1985.

⁴⁹ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 138-139.

⁵⁰ VITTA, Heraldo Garcia. A retroatividade da norma jurídica favorável ao acusado e a coisa julgada. **Migalhas**. 12 jul. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/361830/retroatividade-da-norma-juridica-ao-acusado-e-a-coisa-julgada>. Acesso em: 01 maio 2022.

⁵¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 775, v. 85, 2000, p. 449-470.

⁵² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Ilícito administrativo e o jus puniendi geral**. São Paulo: RT, 2007.

⁵⁴ VITTA, Heraldo Garcia. A retroatividade da norma jurídica favorável ao acusado e a coisa julgada. **Migalhas**. 12 jul. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/361830/retroatividade-da-norma-juridica-ao-acusado-e-a-coisa-julgada>. Acesso em: 01 maio 2022.

⁵⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. São Paulo: Malheiros, p. 154-155.

⁵⁶ O art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica, na forma do anexo ao Decreto n. 678/1992, dispõe: "Princípio da Legalidade e da Retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que

O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se claramente sobre a possibilidade da aplicação da retroatividade mais benéfica no âmbito dos processos administrativos disciplinares, conforme se vê, por exemplo, dos precedentes AgInt no RMS: 65486 RO 2021/0012771-8⁵⁷.

O entendimento pela possibilidade da aplicação da retroatividade da lei mais benéfica no direito administrativo sancionador também é seguido pelo Supremo Tribunal Federal, o que se observa, por exemplo, no RE 600817⁵⁸ (voto do Ministro Luiz Fux) e na Reclamação n. 41.557/SP (voto do Ministro Gilmar Mendes)⁵⁹, que acolheu a aplicabilidade do direito administrativo sancionador ao campo da improbidade administrativa.

Importante frisar que a questão aqui debatida também está presente em ordenamentos jurídicos internacionais diversos. João Trindade Cavalcante Filho, ao defender a retroatividade da Lei n. 14.230/2021, analisa a legislação estrangeira, concluindo que Portugal consagra expressamente a retroatividade da norma administrativa sancionadora mais benéfica. Na

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.

⁵⁷ Por essa razão, a Primeira Turma do STJ declarou que o princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado também no âmbito dos processos administrativos disciplinares. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgInt no RMS: 65486 RO 2021/0012771-8, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17-08-2021, Segunda Turma, Public. 26-08-2021. 3. A norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa. Precedente: REsp 1.153.083/MT, Rel. p/ Acórdão Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, Dje 19-11-2014. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1402893/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 11-04-2019, Public 22-04-2019. Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/2003, 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. Precedente. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS 37.031/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 08-02-2018, DJe 20-02-2018.

⁵⁸ “[...]. O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa. A lei, expressão da democracia e garantia das liberdades individuais, não pode ter a sua incidência manietada, quando se trata de favorável os direitos fundamentais, sendo esse o caso da *novatio legis in melius*”.

⁵⁹ “Nessa linha, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) estabelece, a partir do paradigmático caso Oztürk, em 1984, um conceito amplo de direito penal, que reconhece o direito administrativo sancionador como um “autêntico subsistema” da ordem jurídico-penal. A partir disso, determinados princípios jurídico-penais se estenderiam para o âmbito do direito administrativo sancionador, que pertenceria ao sistema penal em sentido lato (OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador, 2012, p.128). Acerca disso, afirma a doutrina: ‘A unidade do *jus puniendi* do Estado obriga a transposição de garantias constitucionais e penais para o direito administrativo sancionador. As mínimas garantias devem ser: legalidade, proporcionalidade, presunção de inocência e *ne bis in idem*’. (OLIVEIRA, Ana Carolina. Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador, 2012, p. 241). A assunção desse pressuposto pelo intérprete, principalmente no tocante ao princípio do *ne bis in idem*, resulta na compreensão, como será observado, que tais princípios devem ser aplicados não somente dentro dos subsistemas, mas também, e principalmente, na relação que se coloca entre ambos os subsistemas – trata-se aqui justamente de uma baliza hermenêutica para a qualidade da relação”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Rcl n. 41.557/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 15-12-2020, Public. 09-03-2021.

Argentina, é a doutrina que sinaliza a retroatividade da norma administrativa sancionadora mais benéfica⁶⁰.

Para além dos posicionamentos da doutrina amplamente majoritária e da jurisprudência dominante do STJ, pesquisa realizada em relação à tramitação parlamentar do Projeto de Lei (PL) n. 2.505/2021 revela que a própria Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal abordou o tema específica da retroatividade das novas normas⁶¹.

Assim, ao rejeitar a Emenda n. 40 – que visava a inserir no texto do PL referência expressa à retroatividade das normas benéficas – o Relator do PL, em manifestação acolhida pelo colegiado, assim se manifestou⁶².

Ao se analisar os debates sobre a aplicação da retroatividade da lei mais benéfica, quando ainda na CCJ do Senado Federal, foi mencionado a *mens legislatoris*, que não é elemento vinculante da interpretação da norma objetivada⁶³. Todavia, no caso em apreço, considerou-se desnecessário constar em lei essa retroatividade, por já ser aplicada expressamente no STJ.

Ademais, a negativa da CCJ do Senador Federal em incluir a regra expressa da retroatividade, considerando-a desnecessária, deve ser mais um argumento favorável à sua aplicação, conforme trazido por Rodrigo Mudrovitsch e Guilherme Pupe⁶⁴.

Como se depreende, diante das possibilidades da aplicação da retroatividade da norma mais benéfica no campo do direito administrativo sancionador frente ao direito penal, como já mencionado, tem-se acompanhado a manifestação da CCJ do Senado Federal durante a tramitação do PL n. 2.505/2021, que deu origem à Lei n. 14.230/2021.

⁶⁰ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Retroatividade da reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2021.

⁶¹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Retroatividade da reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2021. Texto para discussão n. 305, 2021.

⁶² A Emenda n. 40 do Senador Dário Berger propõe a inclusão de artigo, onde couber, no Projeto de Lei n. 2.505/2021, para que as alterações dadas pela presente proposição se apliquem desde logo em benefício dos réus. Rendendo homenagens ao Senador Dário Berger, **deixo de acolher a proposta tendo em vista que já é consolidada a orientação de longa data do Superior Tribunal de Justiça, na linha de que, “considerando os princípios do Direito Sancionador, a novatio legis in mellius deve retroagir para favorecer o apenado**. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp n. 1.153.083/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 19-11-2014; BRASIL. **Senado Federal**. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer SF n. 14/2021, de 29 de setembro de 2021, Rel. Sem. Weverton, p. 44.

⁶³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

⁶⁴ Concordamos que a previsão expressa de retroatividade é conveniente, ainda que desnecessária. Concordamos também que, no silêncio da lei – o que se aplica à reforma em análise – a retroatividade opera. Discordamos, contudo, de que seria lícito ao legislador impedir a retroatividade de norma benéfica, sendo para nós simples o raciocínio de que essa ressalva, fruto de lei infraconstitucional, não poderia se sobrepor ao art. 5º, XL, da Constituição, nascendo com a pecha da inconstitucionalidade. MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa e Retroatividade**. **Conjur**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-22/improbidade-debate-reforma-lei-improbidade-administrativa-retroatividade>. Acesso em: 10 mar. 2022.

Embora objeto de intenso debate, a questão, mesmo positivada, não apresenta simples solução. Esta dissertação também não tem a pretensão de trazer soluções nesse sentido, embora seja inegável que seus contornos delimitam a sua aplicação.

No mais, relevante destacar alguns fatores existentes antes da vigência da nova legislação administrativa impostos para diferenciá-la e distingui-la do direito penal. O primeiro deles é a legitimidade para se aplicar a legislação – a depender se se trata de ilícito penal ou ilícito administrativo – visto que ambas as legislações têm finalidades diversas.

Outro conceito muito utilizado, no qual o direito penal tem a figura protagonista da imputação subjetiva, é o dolo. Antes de ser alterada, a Lei de Improbidade Administrativa possibilitava a aplicação da culpa.

Assim, tendo em vista as recentes alterações legislativas – que define a aplicação das sanções e deixa o dolo específico para uma possível sanção na Lei de Improbidade Administrativa, além de explicar que a Lei é de caráter do direito administrativo sancionador – caem por terra as discussões nestes pontos.

Diante disso, para aplicar de forma mais cuidadosa e atenta os direitos e garantias fundamentais diante do que enfrenta o acusado, o aplicador da lei não pode utilizar técnicas de interpretação extensiva, mas deve analisar todas as dificuldades encontradas pelos agentes públicos no decorrer do exercício da sua função, especialmente sua conduta subjetiva.

Como a Lei está vigente, os Tribunais de Justiça dos vários estados brasileiros têm aplicado a retroatividade da Lei n. 14.230/2021 em inúmeros precedentes que serão abordados mais adiante. Importante ressaltar que a afetação no âmbito da Repercussão Geral atingiu apenas os Recursos Especiais e Extraordinários, porém, em algumas manifestações, o STJ tem retornado os autos suspendendo sua análise até o julgamento do Tema 1.199 no STF, conforme AREsp 1.884.853/MS⁶⁵.

A análise mais aprofundada será feita pelo juízo de piso para aplicar o que será definido em âmbito de Repercussão Geral. Enquanto isso, o processo ficará sobrestado. Já no Supremo Tribunal Federal, algumas matérias já foram alvo de petições manifestando-se pela aplicação imediata da Lei n. 14.230/2021, conforme entendeu o Ministro Edson Fachin, em despacho monocrático⁶⁶. Embora a aplicação tenha sido anterior à afetação da Repercussão Geral, ainda

⁶⁵ Ante o exposto, determino a devolução dos autos ao Tribunal de origem, com a respectiva baixa, para que, após a publicação do acórdão a ser proferido na Repercussão Geral (Tema 1.199 do STF) e, em observância ao art. 1.040 do CPC/2015: a) negue seguimento ao recurso se a decisão recorrida coincidir com a orientação exarada pelo STF; ou b) proceda ao juízo de retratação na hipótese de o acórdão vergastado divergir da decisão sobre o tema posto em repercussão geral (AREsp 1.884.853/MS).

⁶⁶ [...] “quanto à aplicabilidade da nova Lei de Improbidade (fato superveniente), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, em sede extraordinária, não é aplicável o art. 462 do CPC/1973 (art.

assim os Tribunais têm entendido pelo tema da retroatividade, conforme se vê do acórdão proferido em tribunal no Rio de Janeiro⁶⁷.

Na Justiça Federal, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região vem aplicando imediatamente a retroatividade da Lei mais benéfica⁶⁸, assim como o fez o Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgados recentes das 3ª e 9ª Câmaras de Direito Público⁶⁹, nas quais prevaleceram a aplicação da retroatividade da lei mais benéfica.

Por outro lado, a 2ª e a 13ª Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁷⁰ não aplicam a retroatividade da Lei n. 14.230/2021, por ausência de previsão expressa, seguindo o art. 6º da LINDB. Outro Tribunal que aplica a retroatividade da Lei mais benéfica em seus precedentes é o Tribunal de Justiça do Paraná⁷¹.

Um dos motivos que tem levado à extinção de ações a partir da aplicação da nova lei é no sentido de que os Tribunais de Justiça seguiam os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, quando as descrições dos fatos na petição inicial já eram suficientes para a condenação,

493 do CPC/ 2015). E mais: “eventual aplicabilidade da alteração da Lei 8.429/1992, pela Lei 14.203/2021, no tocante às sanções por cometimento de atos de improbidade administrativa, é de competência do juízo de execução”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ARE 1351472 ED/SP. Decisão monocrática. Rel. Min. Edson Fachon, j. 21-02-2022, Public 23-05-2022.

⁶⁷ Trata-se, na origem, de ação de improbidade administrativa. A Lei n. 14.230/2021 trouxe mudanças significativas procedimentais e materiais sobre a matéria. Entre essas alterações, o legislador destacou a natureza sancionatória da Lei de Improbidade, o que pode impactar de maneira imediata os processos em curso, notadamente as alterações referentes à legitimidade, às condutas, às sanções e à prescrição. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo em Recurso Especial n. 1880213/ RJ 2021/0117623-0. Min. Og Fernandes, DJe 09-03-2022.

⁶⁸ Nesse contexto, certo é que as normas que dispõem sobre os atos de improbidade administrativa possuem um peculiar caráter punitivo estatal, constituindo o denominado direito administrativo sancionador, na medida em que são estabelecidas sanções e penalidades, submetendo-se, portanto, aos princípios gerais consagrados na Constituição Federal no que se refere às garantias para a persecução penal. Dessa forma, à luz das garantias estabelecidas no texto constitucional, tem-se que, no caso da Lei n. 14.230/2021, que acabou por limitar a atividade repressora do Estado, deve ser observado o princípio da retroatividade da lei mais benéfica, sendo, portanto, de aplicação imediata para as ações em andamento. BRASIL. **Tribunal Regional Federal (4ª Região)**. AC 5001456-74.2017.4.04.7009, Terceira Turma, Rel. Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 16-11-2021.

⁶⁹ Respectivamente: BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 3010759-26.2013.8.26.0451, Rel. José Luiz Gavião de Almeida, 3ª Câmara de Direito Público, Foro de Piracicaba, 1ª Vara da Fazenda Pública, j. 15-12-2021, Registro: 15-12-2021; BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 1002216-54.2019.8.26.0323, Rel. Carlos Eduardo Pachi, 9ª Câmara de Direito Público, Foro de Lorena, 1ª Vara Cível, j. 9-2-2022, Registro: 9-2-2022.

⁷⁰ Respectivamente: BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2264638-92.2021.8.26.0000, Rel. Carlos von Adamek, 2ª Câmara de Direito Público, Foro de Pirassununga, 2ª Vara, j. 27-1-2022, Registro: 27-1-2022; BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2014648-82.2022.8.26.0000. Rel. Borelli Thomaz, 13ª Câmara de Direito Público, Foro de Porangaba, Vara Única, j. 7-2-2022, Registro: 7-2-2022.

⁷¹ 2.1 A Lei n. 14.230/2021 revogou o inciso I do art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Desta forma, a conduta imputada aos réus – praticar ato visando a fim proibido em lei ou praticar ato que não é da competência do agente público – deixou de ser considerada como ato ímprobo. A ação de improbidade administrativa tem cunho repressivo e sancionatório. Por isso, aplicam-se os princípios constitucionais do direito sancionador, como o art. 5º, XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. É por isso que a Lei n. 14.230/2021 retroage seus efeitos para fatos ocorridos antes da sua vigência. Não será mais censurado o que deixou de ser ato ímprobo. BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. 3ª Vara Federal de Curitiba. Juíza Luciana da Veiga Oliveira. Public. 13-12-2021.

ou seja, não era obrigatório acrescentar nos pedidos da ação a sua tipificação exata. Em sua análise, o magistrado poderia acolher o pedido e tipificar por conta própria, decidindo qual das sanções deverá ser aplicada ao agente público ou terceiro.

A partir da nova legislação, ficou positivado que deverá ser capitulado especificamente o ato de improbidade cometido, ou seja, não pode mais ser descrito genericamente, entendimento que já foi acolhido com a nova lei pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Outro ponto fundamental alterado diz respeito ao fim do dano ao erário presumido, aplicado exhaustivamente pelo STJ, o que levava à possibilidade de culpa e de dolo genérico. Com a mudança da aplicação pela obrigação em lei – a exigir a necessidade de se demonstrar especificamente o dolo na conduta – o Tribunal de Justiça de São Paulo já aplicou o entendimento com base na Lei n. 14.230/2021.

Por não se tratar de matéria nova a aplicação do direito administrativo sancionador na Lei de Improbidade Administrativa, os Tribunais têm seguido a doutrina dominante e a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores pela sua aplicação.

Por consectário lógico, somente uma mudança histórica no julgamento pendente no STF quanto ao Tema n. 1.199 fará mudar os posicionamentos que até o momento têm sido adotados pelas Cortes Superiores. Enquanto isso, a maioria dos Tribunais tem aplicado – e assim devem continuar a fazê-lo – a retroatividade da norma mais benéfica no direito administrativo sancionador.

Por fim, a alteração e a inclusão na Lei de Improbidade Administrativa do instituto do direito administrativo sancionador apenas consolidaram a proximidade da improbidade administrativa com o direito penal.

3 A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O primeiro capítulo dedicou-se a contextualizar a evolução do combate à improbidade administrativa até o surgimento da Lei n. 8.429/1992, que definiu seu conceito e regulamentou a norma em questão.

No mesmo sentido, transcorreu-se sobre as mudanças recentes trazidas pela vigência da Lei n. 14.230/2021, que servirá como base para a discussão nesta seção. A mudança drástica na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa trouxe taxatividade e impôs aspectos extremamente técnicos que geram um amplo debate.

A finalidade deste capítulo é analisar a configuração de uma conduta, em especial, o ato de improbidade administrativa, para verificar qual o enquadramento do fato na hipótese normativa, entre os quais contrariam o direito ou a antijuricidade e o elemento subjetivo do agente.

Conforme já debatido, os conceitos abertos na Lei n. 8.429/1992 trouxeram fórmulas ao definirem conceitos no que tange ao ilícito, ainda que ditem regras previstas na esfera civil e penal⁷².

Assim, abordaremos com mais densidade o elemento subjetivo na improbidade administrativa, a fim de compreender uma eventual similaridade entre os conceitos já delineados e a aproximação entre eles feita nas decisões.

3.1 O elemento subjetivo na improbidade administrativa

Para se compreender o tema principal no estudo da improbidade administrativa, relevante observar os inúmeros debates acerca do dolo, traçados tanto na doutrina quanto na jurisprudência, nos quais continuam ocorrendo mudanças. Por apresentarem condições comuns às matérias de natureza coletiva, importantes são as discussões a respeito tanto no campo material quanto no campo processual.

A Lei de Improbidade Administrativa possui normas que orbitam entre o direito processual penal e o direito processual civil e que, a partir da recente modificação nos termos

⁷² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, n. 16, v. 9, São Paulo, 2017, p. 251-252.

do art. 1º, § 4º, da Lei n. 14.230/2021, se referem aos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador⁷³.

Para melhor desenvolvimento do tema proposto, o dolo na improbidade administrativa deve ser observado no que disciplina a Lei n. 14.230/2021, e a partir de uma detalhada análise nos âmbitos do direito civil e penal.

Os elementos subjetivos da improbidade administrativa são tratados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, todos a demandar a necessidade do elemento subjetivo dolo, não bastando a mera voluntariedade.

No que tange ao art. 11, §§ 1º e 2º⁷⁴, este, incorporou ao sistema brasileiro de improbidade a Convenção de Mérida⁷⁵, conforme disciplinado em seu art. 28⁷⁶, trazendo para si o elemento objetivo-normativo do tipo sancionador, arroladas nos artigos que tipificam a improbidade.

Outrossim, conforme amplamente observado na doutrina, os termos empregados quando se trata do dolo são abertos, a exemplo da má-fé e da desonestidade. Diante disso, é necessário tratar uma linguagem mais precisa, a partir de conceitos legais para suprir essa imprecisão⁷⁷. Neste aspecto, é preciso comparar o direito civil e o direito penal ao se analisar o conteúdo do dolo na improbidade administrativa. No direito moderno, assume ares de dogma a

⁷³ BRASIL. Lei n. 14.230/2021. Art. 1º, § 4º. Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 8.429/1992. Art. 11, § 1º. Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. § 2º. Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

⁷⁵ BRASIL. Decreto n. 5.687/2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003.

⁷⁶ BRASIL. Decreto n. 5.687/2006. Art. 28. O conhecimento, a intenção ou o propósito que se requerem como elementos de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção poderão inferir-se de circunstâncias fáticas objetivas.

⁷⁷ Daí porque é fundamental identificar a gramática da imputação subjetiva na improbidade, é dizer, identificar os usos linguísticos que dão sentido e fundamento às ideais de culpa e dolo na improbidade. Isso porque, são justamente as regras gramaticais que estabelecem os “padrões para o uso correto de uma expressão, que ‘determinam’, seu significado; dar o significado de uma palavra é especificar sua gramática”. O “conceito” de dolo e culpa depende, pois, de qual gramática é a mais adequada a sustentar o significado de tais expressões, pois, afinal, como afirma Glock, com base na teoria de Wittgenstein: O sentido de uma proposição é determinado por seu lugar no sistema gramatical, no sentido de que este determina suas relações lógicas com outras proposições (PG 152-3). A gramática de uma língua é o sistema global de regras gramaticais, das regras constitutivas que a definem, pela determinação daquilo que faz sentido dizer ao usá-la (PR 51; LWL 46-59; PG 60, 133, 143; PI § 496). No direito brasileiro existem dois grandes sistemas gramaticais que podem, pois, dar suporte significativo ao conceito de dolo e culpa para improbidade administrativa, considerando que, como foi visto, a Lei de Improbidade Administrativa não funda uma nova gramática, pelo menos, nesse tema. Nesse sentido, existem as concepções de dolo e culpa do Direito Civil e do Direito Penal. A questão é, pois, verificar qual desses dois sistemas de referência é mais adequado para fundamentar a imputação subjetiva dos atos de improbidade administrativa. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. *Rev. Justiça e Sistema Criminal*, n. 16, v. 9, p. 251-252. São Paulo, 2017.

concepção de que não é admissível a *imputatio juris* de um resultado danoso sem um fator de ligação psíquica que a ele vincule o agente⁷⁸.

Ressalvando os casos em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta e o resultado lesivo, ou seja, inexistindo um vínculo subjetivo unindo o agente à conduta, e, esta, ao resultado. Assim, não será possível demonstrar o menosprezo ou o descaso pela ordem jurídica, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*mallus passionais ob malum actionis*)⁷⁹.

Considerando a alteração na Lei de Improbidade e o elemento subjetivo que deflagra o elo de encadeamento lógico de vontade, tanto a conduta quanto o resultado só podem ser demonstrados de uma única forma: o dolo. Anteriormente à discussão do elemento subjetivo mencionava-se o dolo (específico e genérico) e a culpa (simples, grave ou erro grosseiro), essa última extirpada da Lei n. 8.429/1992.

Na senda dos inúmeros estudos já desenvolvidos na seara penal, entende-se por dolo a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou mesmo a mera aceitação do risco de produzi-lo. Quando a vontade visa à consecução do resultado, e a conduta é exercida em razão dele, diz-se que o dolo é direto (teoria da vontade), o qual será tão mais grave quanto mais vencível era o impulso que direcionou o agente ilícito. Nos casos em que a vontade prevê a provável consecução do resultado, mas, apesar disso, a conduta é praticada, consentindo o agente com o advento daquele, fala-se em dolo eventual (teoria do consentimento)⁸⁰.

No tocante ao posicionamento da doutrina com a mudança do elemento subjetivo para o dolo, Fernando da Fonseca Gajardoni assim se posiciona:

o dolo específico, especialmente para os fins de caracterização de ato de improbidade, é o ato eivado de má-fé. O erro grosseiro, a falta de zelo com a coisa pública, a negligência, podem até ser punidos em outra esfera, de modo que não ficarão necessariamente impunes, mas não mais caracterizarão atos de improbidade⁸¹.

Segundo o autor, de acordo com a correta interpretação da Lei de Improbidade Administrativa, alegar que um ato é doloso ou demonstrar a ilegalidade não basta, visto que é necessário demonstrar a má-fé de forma intencional em lesar o patrimônio público.

⁷⁸ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 401.

⁷⁹ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. 7. ed. São Paulo: GZ, 2014.

⁸⁰ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 402.

⁸¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2021.

Rafael Guimarães⁸² tem entendimento na mesma linha: “o dolo do agente para toda e qualquer conduta tipificada na Lei de Improbidade Administrativa passa a ser específico: consciência + vontade + finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”.

Identificados os pontos, com mais densidade, importa mencionar o real conteúdo do dolo na improbidade na visão de Fernando Gaspar Neisser⁸³, que busca percorrer três caminhos⁸⁴ distintos pelos quais aduz a imputação subjetiva do direito penal, que possa informar o direito civil e construir um terceiro caminho entre ambos os direitos. Todos os caminhos serão delineados – sob os aspectos doutrinário e jurisprudencial – principalmente no tratamento do dolo na improbidade, no intuito de verificar se há necessidade da má-fé manifesta, ou se a conduta do agente está diretamente relacionada a aspectos psicológicos volitivos.

Na legislação brasileira da improbidade administrativa (Lei n. 14.230/2021), está positivada a aplicabilidade somente do dolo específico. A partir da promulgação dessa nova norma, os debates ganharam rumos diversos, dignos de serem pontuados para que lhes possam ser dirigidas críticas de todas as ordens, negativas e positivas.

3.2 O critério para a identificação do elemento subjetivo na motivação do ato administrativo

Inicialmente, busca-se identificar as definições à aceção de dolo na improbidade, distinguindo-o da má-fé na conduta dos agentes públicos. Porém, a intenção da prática da conduta inicia-se ao ser externada por meio de atos administrativos escritos.

Neste aspecto, a improbidade administrativa, em muitos casos, é fundamentada e elaborada através de atos administrativos que embasam o seu agir. Noutras hipóteses, a conduta também é investigada pela falta da motivação do ato administrativo, que era sua obrigação na função pública.

Para delinear mais objetivamente o tema desta seção, o que mais se discute quando se trata da motivação do ato administrativo são as manifestações do administrado, com laudos

⁸² GUIMARÃES, Rafael. **A Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada**. Leme: Imperium, 2022, p. 22.

⁸³ NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: um debate pela perspectiva penal**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2019.

⁸⁴ [...] “transpor às improbidades administrativas o modelo de imputação subjetiva próprio do Direito Penal; fazer o mesmo com aquele que informa o Direito Civil; ou buscar a construção de um terceiro caminho, intermediário entre ambos”. NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa: um debate pela perspectiva penal**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2019.

técnicos e pareceres, nos quais devem ser analisados a intencionalidade por meio dos princípios da boa-fé, do interesse público, da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência e, por fim, da moralidade.

Avançando na análise dos requisitos aos elementos que valoram o dolo na conduta do agente, ou quando o agente público viola o dever de motivação do ato, observam-se os aspectos gerais que iniciam formalmente o ato de improbidade administrativa.

Sob o olhar da doutrina administrativista, define-se o ato administrativo. Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de

[...] declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁸⁵.

Já Hely Lopes Meirelles, restritamente, entende que

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria⁸⁶.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, trata-se da “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”⁸⁷.

Evidente, portanto, que a conceituação se distingue em ato nos sentidos amplo e estrito. No primeiro deles, trata-se da declaração do Estado ou quem lhe faça as vezes, com as prerrogativas da lei e controle de legitimidade por órgão jurisdicional. No segundo, se faz com toda declaração unilateral de vontade do Poder Público, no exercício de suas atividades, servindo para o fiel cumprimento do disposto em lei, com sujeições ao controle jurisdicional.

Ainda assim, o ato administrativo é espécie pertencente ao gênero ato da Administração, praticado pelo Estado ou por quem o represente. Estritamente, é uma declaração jurídica, por produzir efeitos no mundo jurídico, pois cria, modifica e extingue direitos, é unilateral na medida em que cria modificações na esfera jurídica de terceiros.

Por consectário lógico, após a análise doutrinária do conceito de ato, observa-se a exigência da sua validade por meio da lei, em obediência ao princípio da legalidade, posto que a consecução de interesses públicos concretos está ligada diretamente à qualidade do ato.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Ao citar um exemplo de ato administrativo, a Lei n. 4.717/1965 (Lei de Ação Popular), em seu art. 2º, menciona os cinco elementos os quais lhe são intrínsecos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello discorda dessa classificação alegando que o termo “elemento” possui característica de um todo, deixando claro que, diante disso, lhe são exteriorizados o motivo e a finalidade. Entende o administrativista que é possível distinguir no ato administrativo o conteúdo, o dolo e os pressupostos do ato⁸⁸. Estes últimos, por seu turno, dividem-se em pressupostos de existência (condicionantes de sua existência, ou seja, condições para que o ato administrativo se concretize) e pressupostos de validade (condicionantes de sua lisura jurídica).

Dentre os pressupostos válidos estão: o pressuposto subjetivo (sujeito), os pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais), o pressuposto teleológico (finalidade), o pressuposto lógico (causa) e, por último, o pressuposto formalístico (formalização)⁸⁹.

Ao se entender pelo exposto acima, o motivo pode estar inserido na categoria elemento do ato administrativo ou ser seu pressuposto de validade. Todavia, a motivação do ato administrativo não se confunde com o percurso psicológico ou lógico realizado pelo agente público ao decidir emití-lo, visto que é impossível reconstituí-lo integralmente por meio da linguagem. Relevante, isto sim, constatar se houve ou não a motivação, assim como o que de fato consta da fundamentação agregada ao ato administrativo⁹⁰.

Todavia, o motivo está condicionado à vontade manifestada pela Administração e seu suporte fático está na autorização para agir. Segue-se a linha de Celso Antônio Bandeira de Mello, que conceitua o motivo como o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. Trata-se da situação empírica a ser reputada para a prática do ato, que antecede o próprio ato, logo, é externo a ele⁹¹.

O motivo do ato pode ou não ser previsto em lei. Se previsto, o ato deve seguir conforme o preconizado; se não previsto, o agente pode escolher a situação do motivo, logo após o ato. Ocorre que essa autorização sem previsão legal não pode dar liberdade para se expedir um ato

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 400.

⁸⁹ MARINELA, Fernanda. **Ato administrativo**. Roteiro de aulas de Direito Administrativo para o Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Brasília: IDP, 2021.

⁹⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Princípio da motivação no direito administrativo**. São Paulo, Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 405.

sem motivo, ou sob um motivo qualquer. Deve-se, por isso, observar o conteúdo do ato, uma vez que existe uma finalidade legal a ser seguida.

Noutro viés, há uma confusão entre a causa (relação de adequação entre o motivo e o conteúdo do ato) e a sua finalidade legal⁹². Para a validação do ato, devem ser obedecidas algumas exigências. Dentre elas, o agente deve agir entre a conduta e as proibições impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, demonstrando a boa-fé, com a compatibilidade seguida pela legalidade.

Por outro lado, quando um ato emanado for apontado e invocado por motivos de fato falso ou inexistentes, serão atos viciados, conforme especifica a teoria utilizada no ordenamento jurídico brasileiro conhecida como teoria dos motivos determinantes, desenvolvida na França por Gaston Jèze⁹³.

No mesmo sentido, o administrador possui discricionariedade em determinadas hipóteses. Quando narrados e exteriorizados seus pressupostos, passa-se à verificação sobre a veracidade dos atos. Nesse contexto, se os motivos forem falsos ou insubsistentes, é possível invocar a teoria dos motivos determinantes com base no interesse público.

Quando o ato é declarado, mas não possui os alinhamentos obrigatórios, o Poder Judiciário, através do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/1988), pode obter seu controle jurisdicional e revê-lo a qualquer tempo.

Diante disso, há grande responsabilidade do agente em declarar um ato sob motivação, posto que deverá arcar com sua decisão administrativa, uma vez que irá trazer responsabilidades na esfera individual do administrado. Esse, portanto, o motivo de se exigir uma fundamentação mais aprofundada nesse ato jurídico.

Os deveres de motivação no processo administrativo estão previstos tanto na CF/1988 (art. 5º, XLV a XLVII, LIII a LVI, LX), quanto na Lei n. 9.784/1999, que trouxe a

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 417.

⁹³ A teoria dos motivos determinantes foi desenvolvida inicialmente por Gastón Jèze, que propugnava na França que a atividade dos agentes públicos, no exercício da competência, só pode ter por motivo determinante o bom funcionamento dos serviços públicos, de modo que cada ato praticado por agente público enseja a alegação de que teve um motivo determinante diverso do interesse público. Essa construção ganhou, todavia, um sentido diferenciado no Brasil. JÈZE, Gaston. **A obra de Jèze: principes généraux du droit administratif**. v.1, [s.l.], 1916.

obrigatoriedade do dever de motivar (art. 2º, parágrafo único, VII⁹⁴ e art. 50⁹⁵), realçando-o como condição de validade de diversos atos.

O art. 93⁹⁶, X, da CF/1988 rege que o Poder Judiciário, quando praticar atos administrativos no exercício de sua função atípica, deve motivá-los. Com isso, reforça o princípio da separação dos poderes, tanto pelo controle do Poder Judiciário quanto do Poder Legislativo.

A partir desse pretexto obrigacional, a motivação prestigia a isonomia quando a autoridade defere pedidos e os indefere em situações similares, expondo situações e distinções, sempre pautada pela imparcialidade no contexto do ato. Com essa finalidade específica, quando o agente expõe os fundamentos fáticos e jurídicos da decisão, a motivação irá delinear objetivamente os parâmetros de expedição do ato, resguardando de forma semelhante que outros indivíduos sejam tratados de forma isonômica, respeitando os princípios da administração pública, o contraditório e a ampla defesa quando houver sanção.

Na prática, conforme rege o art. 37⁹⁷, XXI, da CF/1988, quando a Administração Pública dispensa a licitação, por exemplo, são obrigatórios os requisitos presentes na Lei de Licitações para tal finalidade. Dessa forma, devem ser demonstrados os pressupostos de ausência da competitividade como uma medida tomada em prol do interesse público.

Outrossim, da decisão que fundamentou o ato cabe recurso. No exemplo acima, há possibilidade de se tomar medidas administrativas como forma de impugnação ou controle via

⁹⁴ BRASIL. Lei n. 9.784/1999. Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

⁹⁵ BRASIL. Lei n. 9.784/1999. Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo

⁹⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

⁹⁷ BRASIL. Constituição Federal (1988). Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Poder Judiciário. Igualmente, a Administração Pública pode invalidar, revogar, suspender ou convalidar o ato administrativo.

Quando invalidado, retira-se o ato em razão da ausência de requisitos como validade. Na convalidação, a Administração Pública o corrige antes da impugnação de ato anulável e sanável, desde que não existam prejuízos à própria Administração, ao interesse público ou a terceiros. De acordo com Maria Sylvia Zanella de Pietro, a convalidação ou saneamento “é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”⁹⁸. Quando se revoga, trata-se de ato inconveniente ou inoportuno para o interesse público, ou seja, é excluído. É diferente da suspensão que, por sua vez, suspende a eficácia do ato, impedindo seus efeitos jurídicos em virtude de circunstâncias de urgência e risco iminente.

Todos os atos acima devem ser motivados, porém, há exceções nesse dever. Quando o ato é vinculado ou discricionário, possui forma clara em seus fundamentos e conteúdo obrigatório, então, serão permitidos em função dessas características.

Por fim, demonstra-se que o primeiro passo para o preenchimento de um ato de improbidade administrativa seria o da ligação entre a vontade de praticá-la com a contrariedade inicial do ato administrativo para se tornar uma proibição na atuação do agente. Igualmente, quando um ato administrativo motivado se torna essencial à Administração, mas contém ilegalidades e irregularidades formais. Nesse contexto, questiona-se como deve agir o gestor para fugir de uma responsabilidade e da improbidade administrativa.

A percepção da aplicação da "letra fria da lei", nos casos de cidades e de regiões que possuem pouco acesso a recursos, dificulta o agir do agente público, trazendo riscos em agir, muitas vezes de boa-fé, para resolver problemas administrativos, mas praticando em tese ato de improbidade. Esse ponto será mais aprofundado nas seções seguintes.

3.3 Da necessidade do ato de gestão frente o elemento subjetivo da improbidade administrativa

Em se tratando de ato de gestão, não há supremacia no que tange à imposição do elemento subjetivo, ou seja, Administração e particular encontram-se em igualdade. Quando se trata de meros atos da administração, e não atos administrativos, não se pode falar em atos de autoridade, pois eles não se submetem aos princípios da atividade administrativa, nem são praticados no exercício da função pública.

⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 232.

Com o transcorrer do tempo, o ato de gestão praticado foi diferenciado dos atos de império. No entanto, atualmente, no direito administrativo brasileiro, essa questão já está ultrapassada. Hoje, não se justifica essa distinção porque o Estado tanto é responsabilizado pelo ato de império como pelo ato de gestão⁹⁹.

Neste sentido, para tratar o ato de gestão, também chamado de *jure gestionis*, o ato administrativo é editado pela Administração no intuito de abordar assuntos referentes a seu patrimônio e à gestão de seus serviços em situação análoga a dos particulares¹⁰⁰.

Na mesma linha, a doutrina preconiza que os atos de gestão são os que a Administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. São atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e os negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados¹⁰¹.

Sob este viés, existe uma grande discussão quando o assunto envolve a verdadeira teoria do ato de improbidade administrativa, e como deve ser aplicada a sanção aos agentes públicos. Nos exemplos práticos rotineiros, os sistemas de controle externo acabam por estimular condutas ou resultados indesejáveis na Administração Pública.

Os excessos de regulação ou rigidez burocrática no processo de tomada de decisão, quando se obrigam ao cumprimento de formalidades rigorosas de controle, sempre geram gastos de tempo e preocupações dos gestores públicos. Essas medidas desproporcionais e excessivas acabam resultando em efeitos opostos aos pretendidos.

Os riscos e o medo do controle externo para corrigir o controle interno – muitas vezes meras irregularidades – identificadas pelos Tribunais como dolo genérico ou erro grosseiro/culpa grave, se identificam pela disfunção do ato de improbidade administrativa ou mera irregularidade.

O conceito operacional de disfunção administrativa decorrente do controle externo, conforme explica Rodrigo Valgas¹⁰², ou mesmo a amplitude de algumas interpretações conferidas aos tipos de improbidade administrativa levou à formulação de críticas severas,

⁹⁹ NOHARA, Irene. **Dicionário de direito administrativo**. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/93-ato-de-gestao/>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁰⁰ NOHARA, Irene. **Dicionário de direito administrativo**. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/93-ato-de-gestao/>. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁰¹ O resumo, numa seleção e transcrição dos pontos mais importantes, consta em: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. Disponível em: https://www.justocantins.com.br/files/publicacao/20120618233045_direito_administrativo.pdfalim. Acesso em: 29 jun. 2022, p. 20.

¹⁰² "Toda atuação insuficiente, ineficiente ou ilegal da Administração decorrente da atuação direta ou indireta dos órgãos de controle externo, que podem produzir condutas ou resultados prejudiciais ao desempenho de função administrativa". SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

doutrinárias e jurisprudenciais, ao longo dos quase 30 anos de amadurecimento dessa importante legislação.

Essas críticas foram ventiladas até o surgimento de uma “asfixia burocrática”, com a eliminação da indispensável dose de discricionariedade do administrador público ou do chamado “apagão de canetas”¹⁰³.

A disfuncionalidade nos moldes atuais traz por consequência a disfunção burocrática com graves aplicações do direito, principalmente quando o controle externo confunde as diferenças entre ato de improbidade administrativa com meras irregularidades que travam o controle interno ou que o empurram a excessos disfuncionais, travando também o gestor público em suas ações, aplicando-lhe o exercício medroso da função administrativa.

Não se descuida, no entanto, da necessária evolução de se impor limites ao patrimonialismo e ao fisiologismo. Buscou-se uma forma firme, focada nestes pontos, a demonstrar uma evolução da doutrina bem incisiva nestes temas. Todavia, muitas, vezes, o que se vê é que a doutrina passou a sofrer de *principiatite*¹⁰⁴, ou seja, negou-se a se aprofundar na análise de casos que não se devem confundir com o ato de improbidade administrativa.

Ao mesmo tempo, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda entende que não se exclui o dolo, o motivo do ato, nem o fim que teve em vista o agente, nem o interesse maior, moral, política ou economicamente que levou ao ato¹⁰⁵. Assim, teoricamente, age o prefeito que, visando modernizar o Município, decide nomear para cargos efetivos pessoas altamente qualificadas, mas sem realizar concurso público, violando dolosamente o art. 37, II, da CF/1988¹⁰⁶.

A CF/1988 também atribuiu efetividade à participação do Ministério Público, do Tribunal de Contas e do Poder Judiciário. Ao fazê-lo, a ideia era que esses órgãos seriam nossa salvaguarda e proteção contra os arbítrios cometidos por aqueles que se adornam do poder no exercício da função política ou administrativa.

¹⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. Disponível em: https://www.justocantins.com.br/files/publicacao/20120618233045_direito_administrativo.pdfalim. Acesso em: 29 jun. 2022.

¹⁰⁴ A expressão jocosa faz alusão a uma pretensa “inflamação causada por princípios” e tomou por referência a expressão “mozartite”, atribuída aos maestros que não suportam mais executar as obras de Mozart, que sem demérito da sua genialidade, é exigido com tanta frequência nos repertórios de música erudita que incomoda a certos maestros.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. v. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

¹⁰⁶ TOURINHO, Rita; ASSIS, Adriano Marcus Brito de. **Improbidade sem culpa e com dolo específico**: onde quer se chegar? [s.l.]: ANPR, 2021.

Com isso, as instâncias controladoras passaram a contar com amplo apoio popular e midiático, o que gradativamente passou a impressão de que agora poderiam contar com certo nível de representatividade popular, acima daquela conferida aos políticos tradicionais¹⁰⁷.

Importante registrar, no entanto, a dificuldade trazida aos gestores no agir e na inovação na Administração Pública em razão da multiplicidade das funções dos órgãos de controle, com o abstrativismo na aplicação das leis, pela sua pluralidade. Isso porque suas atitudes, a partir de então, poderiam ser reputadas ilegais pelo seu controlador ou pelo Poder Judiciário, resultando em sua responsabilização.

O Ministro do Tribunal de Contas da União, Bruno Dantas, em evento promovido pelo próprio TCU, afirmou que o voluntarismo de alguns integrantes dos órgãos de controle, aliado à campanha de criminalização da política, tem levado à “infantilização da gestão pública”¹⁰⁸.

Observa-se que, nas últimas décadas, houve uma severidade nas fiscalizações, um avanço maior nesse segmento, porém, que não foi acompanhado pela Administração Pública tendo em vista inúmeros fatos e situações tanto de âmbito estrutural quanto relativos à discrepância das localidades e regiões diversas do país.

O problema é que ao tomar uma atitude, um gestor ou um agente público pode ter seu ato interpretado por ministros do Tribunal de Contas da União, conselheiros dos Tribunais de Contas do Estado, promotores ou procuradores como um ato divergente, o que pode resultar numa conduta que o levará a responder nas esferas criminal, administrativa e civil, ou até em todas elas. O perigo é enorme, por isso, é necessário um olhar voltado às condições do ato, o que diverge em parte da linha seguida por Pontes de Miranda.

Esse é um ponto trazido por Rafael Araripe Carneiro¹⁰⁹, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), que em estudo específico levantou dados junto ao Superior Tribunal de Justiça sobre o tema improbidade administrativa, ao analisar as responsabilidades do agente público. O autor se espanta com o contexto atual tanto pela demora

¹⁰⁷ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 37.

¹⁰⁸ São gestores, políticos ou não, que têm medo de tomar algum tipo de decisão e acabar responsabilizados por ela, condenados por improbidade ou até por algum crime. O resultado são licitações que não são feitas, obras que não saem do papel e pessoas que ficam sem o serviço público a que têm direito. No jargão brasiliense, é o “apagão das canetas”. CONJUR. “Incompetência não pode ser tratada como improbidade” diz ministro do TCU. **Revista Consultor Jurídico**. 30 maio. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu>. Acesso em: 20 mar. 2022.

¹⁰⁹ CARNEIRO, Rafael Araripe. STJ em números: improbidade administrativa. **JOTA**. 2020. Disponível em: https://wpcdn.idp.edu.br/idpsiteportal/2020/06/STJ-em-n%C3%BAmeros_-improbidade-administrativa-JOTA-Info-1.pdf. Acesso em: 10 abr. 2022.

processual, quanto pela gravidade das condenações que embora defendidas em alguns precedentes, não são aplicadas conforme deveriam¹¹⁰.

Reitera-se que não é propósito deste trabalho questionar o que os órgãos fiscalizadores não deveriam fiscalizar, mas ponderar sobre as decisões dos administradores e dos agentes públicos na tomada de suas decisões, tendo em vista a sua necessidade para a persecução do interesse público.

O dever de alcançar o melhor resultado deve ser devidamente compreendido ao ser cotejado com a liberdade valorativa que a lei costuma outorgar aos agentes públicos, formando o que se convencionou denominar “poder discricionário”. Essa liberdade decorre da impossibilidade de a lei definir, *a priori*, a melhor solução a ser adotada, sendo preferível permitir à autoridade competente uma melhor valoração das circunstâncias subjacentes ao caso concreto e a escolha, dentre dois ou mais comportamentos possíveis, todos amparados pela ordem jurídica, daquele que se mostre mais consentâneo com a satisfação do interesse público. A escolha desses comportamentos se projetará de distintas maneiras sobre os elementos do ato administrativo, podendo, regra geral, recair sobre qualquer um deles, com a única exceção da competência, cuja definição necessariamente antecede o exercício do poder¹¹¹.

Essa é a atuação do gestor que, quando percebe, já foi punido, mesmo perquirindo a intenção do interesse da coletividade a qual administra. Diante disso, verifica-se a distância existente entre Administração Pública e os órgãos responsáveis pelo seu controle¹¹².

A situação é tão grave que qualquer descuido disciplinar tem se transformado em caso de improbidade administrativa. O cenário é ainda mais preocupante porque o agente público não pode errar, pois, se o fizer, estará abrindo a via de improbidade administrativa¹¹³.

¹¹⁰ O STJ até tem precedente no qual defende: “as sanções de perda do cargo e/ou função pública, assim como a de suspensão dos direitos políticos constituem as mais drásticas das penalidades estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa, devendo, por isso, serem aplicadas apenas em casos graves, sempre levando em conta a extensão do dano” (AREsp 1.013.434, relator ministro Og Fernandes, DJe 31-3-2017). Todavia, não se tem conhecimento sobre a adoção quantitativa desse critério nos julgamentos da Corte.

¹¹¹ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 565.

¹¹² Não há mais lugar para o modelo clássico de controle da Administração, que se baseia numa relação distante entre a Administração Pública e órgãos de controle, a partir de um modelo hierarquizado (formal e legalista). A lógica de só apontar o dedo, indicar erros, realizar o chamado controle-bloqueio (centrado em saber se o ato é válido ou inválido), que leva à interrupção da atividade administrativa, deve ser superado. A função do órgão de controle não pode ser meramente homologatória. Tal modelo de controle à distância gera medos, receios e trava a atividade administrativa que, como dito, envolve riscos calculados. BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais**: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira. São Paulo: D’Plácido, 2020.

¹¹³ SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Mizuno, 2019, p. 85.

Esse cuidado ao se aplicar as sanções deve ser conduzido com razoabilidade e proporcionalidade, principalmente quando se trata de locais sobre os quais gestores públicos e agentes públicos não possuem condições de poder aplicar a literalidade da lei.

A incompetência, como se percebe, não se identifica como o referencial de imperícia. Essa assertiva decorre da constatação de que o agente não chega a fazer o mau uso de uma regra técnica, ignorando o resultado a ser alcançado. Ele age voluntariamente e almeja o resultado a ser alcançado. O dolo, portanto, está caracterizado.

Apesar de o dolo estar caracterizado, é preciso aferir se o alegado desconhecimento dos padrões de juridicidade que deveriam ser observados pelo agente é suficiente para afastar a sua responsabilidade pelo ato praticado. O desconhecimento, em princípio, poderia caracterizar o erro de direito, que configura uma excludente de responsabilidade a ser necessariamente reconhecida em qualquer sistema sancionador. Afinal, o objetivo da sanção é restabelecer a juridicidade e impor restrições à esfera jurídica do responsável pela sua violação. Isso, evidentemente, pressupõe a presença do voluntarismo, e não apenas quanto à ação ou omissão, mas também em relação à própria violação à juridicidade. É preciso que o agente, voluntariamente, viole a juridicidade¹¹⁴.

Nesse sentido é que esse medo está representando um incentivo à omissão, tendo em vista a responsabilidade do gestor público em praticar equívocos decorrentes de sua atividade comissiva e, assim, ser responsabilizado, muitas vezes, por buscar uma solução mais prática e eficiente na gestão. Sua eventual inabilidade o sujeita a ser considerado um agente público ou político ímprobo, assumindo, assim, a posição de alvo para o linchamento midiático.

Como forma de buscar restringir a aplicação das sanções nos agentes públicos inábeis, a Lei n. 14.230/2021 trouxe de forma mais concisa e precisa algumas definições para ajudar na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. As alterações presentes nos arts. 1º¹¹⁵, § 2º¹¹⁶, e 3º¹¹⁷ demonstram que não basta a voluntariedade do agente ou o mero exercício da função ou desempenho de competência pública, afastando assim a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

¹¹⁴ ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 567.

¹¹⁵ BRASIL. 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.

¹¹⁶ BRASIL. Lei n. 14.230/2021. Art. 1º, § 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.

¹¹⁷ BRASIL. Lei n. 14.230/2021. Art. 1º, § 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.

Essa alteração substancial traz uma margem para se aplicar uma sanção ao ímprobo que atua com dolo específico, retirando, por sua vez, a condenação por omissão e inabilidade do agente público, além de excluir a modalidade culposa nas condenações por ato de improbidade administrativa.

Por outro lado, a Administração Pública, como forma de buscar impedir esse desuso e essas disfunções nas sanções aos gestores públicos, está aperfeiçoando o controle interno visando a evitar as meras irregularidades, que em sua maioria são tidas como atos de improbidade administrativa, levando à aplicação de multa pelos órgãos de controle externo.

Não obstante, o cenário exige a implantação de um sistema de controle interno para identificar e introduzir mecanismos que reduzam ao mínimo a possibilidade de ocorrência de prática inadequada, além de dar mais coerência à aplicação de sanções visando evitar a ocorrência de disfunções¹¹⁸.

Na CF/1988, estabelece-se que o controle interno deve ser institucionalizado mediante lei em cada esfera de governo. Portanto, cada organização pública deve instituí-lo por meio de lei. Nos três níveis (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), esse controle envolve um conjunto de atividades exercidas internamente em toda a estrutura organizacional, sob a coordenação de um órgão central voltado ao controle interno.

Para Cibilis da Rocha Viana¹¹⁹, o controle interno orienta o cumprimento dos princípios da legalidade (cumprimento das leis), impessoalidade (todos são iguais), moralidade (princípios éticos estabelecidos por lei), publicidade (prestação de contas à população), eficiência (gestão de recursos e serviços públicos eficientes), exercendo o controle sobre cada ato administrativo, avaliando as responsabilidades com precisão, independente do gestor, para que a tomada de decisão seja feita sem pressões diversas, protegendo e reduzindo assim o risco de erros dentro da organização.

A CF/1988 trata do tema de forma específica ao fixar normas sobre como proceder e estabelecer o princípio da separação dos poderes, dando subsídios de maneira bastante clara para os agentes públicos poderem se proteger internamente¹²⁰.

¹¹⁸ [...] como se sabe, controle interno compreende o plano de organização e todos os métodos e medidas adotados pela administração para salvaguardar seus ativos, desenvolver a eficiência nas operações, estimular o cumprimento das políticas administrativas prescritas e verificar a exatidão e a fidelidade dos dados contábeis. REIS, Heraldo da Costa. Áreas de centros de responsabilidades no controle interno governamental. **Rev. Adm. Municipal**. n. 205, v. 39, Rio de Janeiro, 1992.

¹¹⁹ VIANA, Cibilis da Rocha. **Teoria geral da contabilidade**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1980.

¹²⁰ A Constituição Federal consagra o princípio da separação dos poderes em seu art. 70: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada PODER [...]”. Ainda, reforçando a necessidade da implantação de controle interno para cada Poder separadamente, o art. 74, da

O intuito do controle interno é detectar problemas no âmbito preventivo, ou seja, antes que eles aconteçam, ou corrigi-los para que não voltem a ocorrer na organização. Para que isso se dê com eficiência, deve-se conhecer a organização em todos os setores e áreas de atuação (contábil, financeiro, orçamentária, operacional e patrimonial), os quais devem utilizar seus conhecimentos e praticar todas as legalidades, evitando, assim, riscos e desperdícios ao erário¹²¹.

O controle interno abrange a legalidade dos atos financeiros e administrativos, que devem ser voltados para o cumprimento dos programas de trabalho e das metas estabelecidas, com observância aos limites das cotas trimestrais e anuais, conforme estabelece a Lei n. 4.320/1964 e as Leis que regem o município – o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

A Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) estabelece normas de finanças públicas voltadas para gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da CF/1988, faz exigências ao administrador público, como ações planejadas e transparentes, pelas quais se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

Esta Lei trouxe uma nova cultura à Administração Pública, incumbindo os Tribunais de Contas a fiscalizarem os gestores públicos e aplicando severas sanções e punições ao não cumprimento das obrigações legais, além de impor não só a transparência das ações públicas e dos seus resultados e de exigir planejamento, mas transparência, do controle e da responsabilidade visando à obtenção de resultados positivos.

Essa obrigação, que muitas vezes pode ser sanada pelo controle interno, é levada ao controle externo e aos órgãos fiscalizadores que, ao invés de buscarem a solução da inabilidade ou omissão, acabam punindo severamente os agentes. Justifica-se aí a importância da atuação do controle interno e do seu envolvimento na atuação dos agentes públicos.

Outra lei que alterou na última década o controle da Administração Pública foi a Lei n. 12.846/2013, ao dispor sobre a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, mais conhecida

CF/1988: “Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno [...]”. Desta feita, para o exercício das funções de cada Poder, não haverá ingerência de outro Poder, os quais atuarão de forma independente e autônoma, possuindo vinculação direta ao chefe de determinado Poder ou Ente, sem subordinação a qualquer outro órgão da administração pública. ALBUQUERQUE, Cristhian Carla; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; CARVALHO, Evelyn Freire de. **Guia Prático de Controle Interno na Administração Pública**, 2016, p. 9.

¹²¹ NOVO, Benigno Nuñez. A importância do controle interno na Administração Pública. **DireitoNet**. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10996/A-importancia-do-controle-interno-na-Administracao-Publica>. Acesso em: 12 abr. 2022.

como Lei Anticorrupção Brasileira, a representar um importante quadro jurídico de proteção à Administração Pública contra a corrupção e trazer inovações relevantes ao ordenamento jurídico nacional.

A Lei é fruto de iniciativa legislativa do Poder Executivo Federal, publicada no DOU em 02-08-2013, e entrou em vigor em fevereiro de 2014. Na realidade, a iniciativa legislativa do governo federal se deu por força de compromissos internacionais assumidos pelo país, dentre eles, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da OEA (ratificada pelo Decreto Federal n. 4.410/2002); a Convenção da OCDE sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (ratificada pelo Decreto Federal n. 3.678/2000); e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto n. 5.687/2006).

Apesar das inovações a seguir discutidas, em termos legislativos, na prática, o controle da moralidade administrativa, o combate à corrupção e sua qualificação como crime já estavam previstos no direito positivo, a exemplo do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), da Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/1965), da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993), da Lei do Processo Limpo (Lei Complementar n. 135/2010) e da Lei de Defesa da Concorrência – CADE (Lei n. 12.529/2011).

Todavia, uma das grandes inovações trazidas pela Lei Anticorrupção foi permitir a imputação de responsabilidade objetiva, nos âmbitos administrativo e civil, às pessoas coletivas por práticas de atos considerados contrários à Administração Pública. Antes da entrada em vigor da Lei Anticorrupção, esta responsabilidade era atribuível apenas a pessoas singulares. Assim, as empresas passaram a ser diretamente responsáveis pela prática de atos considerados lesivos ao patrimônio público e à Administração Pública¹²².

Uma das inovações mais significativas da Lei n. 12.846/2013 é a adoção da responsabilidade objetiva da empresa, tornando desnecessária a verificação de fraude ou culpa (negligência/imprudência) da empresa, mas apenas a existência do nexo causal entre o ilícito prática e o interesse/benefício da sociedade pela imputação da responsabilidade à pessoa coletiva infratora. Assim, a lei aplica-se aos atos praticados por pessoa coletiva contra a Administração Pública nacional (Administração Pública direta ou indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios) ou estrangeira (empresas estrangeiras que tenham sede, subsidiária ou representação no território nacional, organismos públicos internacionais, órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas, além de pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de um país estrangeiro). A

¹²² CBIC. **Guia de ética e compliance para instituições e empresas do setor da construção**. Brasília: Fórum de Ação Social e Cidadania, 2016.

Lei também se aplica aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a Administração Pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior¹²³.

Superada essa definição, importante distinguir as distintas aplicações entre a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa, em que a primeira preconiza sua total independência em relação a outras leis que protegem a probidade.

O tratamento existente nessas leis sempre foi considerado para refutar as alegações do princípio do *ne bis in idem*. Entretanto, com a vigência da nova Lei – que definiu sensivelmente pela previsão do art. 3º, § 2º e art. 12, §§ 6º, 7º e 8º, ambos da Lei n. 8.429/1992, com redação dada pela Lei n. 14.230/2021 – cria-se um sistema de independência relativa entre a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade¹²⁴.

Superadas as diferenças entre os institutos, o dispêndio dos serviços públicos tem um único intuito, qual seja, atingir a finalidade pública, respeitando os direitos e as garantias fundamentais, e não genericamente destinar a toda sua organização administrativa recursos públicos com o fim de dizer simplesmente pela aplicação da supremacia do interesse público sobre o privado.

Conforme pontuado por Georges Abboud, a existência do “mito da supremacia do interesse público sobre os direitos fundamentais” traz consigo importantes esclarecimentos acerca da aplicabilidade do direito na Administração Pública. Na verdade, quando surgem as ideias centrais relativas aos recursos a serem destinados, usa-se muito a ideia de que o interesse público é o interesse da maioria sobre a minoria.

Não raramente, o gestor público enfrenta a finalidade para defender as garantias fundamentais, transpassando metas estabelecidas por aviso do controle interno – o que leva à sua exposição pelo controle externo e à punição, muitas vezes, por atingir a finalidade pública¹²⁵.

¹²³ CBIC. **Guia de ética e compliance para instituições e empresas do setor da construção**. Brasília: Fórum de Ação Social e Cidadania, 2016.

¹²⁴ BRASIL. Lei n. 8.429/1992. Art. 3º [...] § 2º. As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013; Art. 12 [...] § 6º. Se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos; § 7º. As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do *non bis in idem*.

¹²⁵ A fórmula que postula a sempre primazia do interesse público sobre o particular é uma simplificação errônea e frequente da relação – por vezes conflituosas – que existe entre o interesse público e os direitos fundamentais. O erro nasce, justamente, da ignorância do fato de que os direitos fundamentais são constitutivos, tanto do indivíduo como da comunidade. Portanto, são constituídos não apenas em favor do indivíduo, porquanto cumprem uma função social e compõem o fundamento funcional da democracia. ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018, cap IV, 4.8, p. 730.

Tendo em vista todas as possibilidades voltadas ao aperfeiçoamento da gestão pública, não apenas para punir o gestor inábil, mas sim, aquele que dolosamente busca arruinar o patrimônio público, a teoria da proceduralização, por sua forma de aplicação, apresenta traços importantes com objetivos fixados em etapas. Por isso, seria de grande valia sua fixação.

Se confrontadas as teorias com as práticas da forma aqui proposta – a auxiliarem para todas as decisões – o desafio seria voltado para uma boa aplicação dos recursos públicos, não apenas punindo os agentes públicos por atos meramente irregulares “sem dolo” específico, ou que, por mera inabilidade, cometeram atos contrários às normas.

A teoria da proceduralização, bastante sofisticada, foi desenvolvida por Rudolf Wiethölter e é utilizada por Georges Abboud no combate ao ativismo judicial. Neste trabalho, porém, busca-se usá-la de forma a ser aplicada no âmbito administrativo do agente no contexto da administração pública.

As ideias relativas à mencionada teoria serão divididas em três pontos: identificar o problema, descrever alguns desenvolvimentos e cenários e refletir sobre a categoria da proceduralização. Todos os métodos servem para analisar a formalidade, a materialidade e a proceduralização do direito. O intuito é pensar como aplicá-la dentro uma organização administrativa, visando a obtenção de efeitos concretos positivos e de resultados seguros.

No agir do agente público, é muito comum a todo instante a necessidade de se tomar decisões relativas a questões ligadas ao planejamento, que atrasam ou fazem acabar com todo ordenamento financeiro previsto para o ano corrente. É o que ocorre quando há motivos fortuitos ou força maior, por exemplo, a tragédia de Brumadinho (2019) e a paralisação dos caminhoneiros (2018). Porém, sabendo que não há como prever tais acontecimentos, há uma forma de amenizá-los, deixando um lastro para “se” ocorrerem, evitando até mesmo os conflitos contemporâneos da sociedade.

É possível afirmar que a proceduralização é um tema transteórico, o que significa dizer que ele perpassa pelas ideias de sociedade, filosofia, política, economia, até alcançar o direito. Ele atravessa uma decisão não material e definitiva e é mais flexível quanto a temas complexos, a exemplo das questões voltadas à judicialização da saúde¹²⁶.

É medida de cautela da Administração Pública, quando definir algo concreto, ter atenção para, em razão de eventualmente não ter o conhecimento técnico necessário ou a capacidade de solucionar uma questão, torná-la medida definitiva, visto que a qualquer momento podem surgir inovações, por exemplo tecnológicas, que tornariam a forma de agir anterior obsoleta.

¹²⁶ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

Trazendo o raciocínio acima para o campo das decisões complexas (ou, ao menos, que deveriam ser tratadas como tal), há, por exemplo, a Lei n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que obriga o gestor público a cumprir valores de folha pessoal de porcentagem definida, conforme aplicado à época da legislação promulgada.

Atualmente, a forma de captação de recursos foi modificada para inserir, por exemplo, sistemas integrados, como a elaboração de convênios. Com as constantes quedas de repasses, a diminuição de recursos próprios e a inflação alta de produtos permanentes, as administrações públicas foram deixadas à mercê de não conseguirem nem mesmo atender o básico. No caso da saúde pública, por exemplo, que exige elevados investimentos dos profissionais, mesmo com número aquém do necessário, os valores já preenchem a folha de pagamento extrapolando os limites previstos, revelando falta de profissionais em decorrência da Lei n. 101/2000.

A alteração feita em 2018 a permitir ultrapassar valores prudenciais no orçamento, desde que justificado, não atinge, em tese, os problemas enfrentados pelos agentes públicos, visto que qualquer deslize administrativo tem como resultado a aplicação da tese do dolo, ou sanções administrativas pelo controle externo em ato de improbidade administrativa.

Imagine-se que para os agentes públicos cumprirem o atendimento dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, em determinado contexto, seja necessária a contratação de um médico, visto que identificada a falta deste profissional. Todavia, uma folha de pagamento extrapolada em razão dessa medida, a suprir essa necessidade já constatada, poderá trazer consequências negativas a quem o fizer. Com base nesse raciocínio, melhor não contratar e não ser punido, ou seja, melhor deixar de cumprir a finalidade pública do interesse das garantias individuais.

A proceduralização, por evidente, não daria respostas diretas aos problemas mais complexos, porém, constituiria o ambiente em que regras procedimentais seriam negociadas e estabelecidas para se enfrentar situações sociais, políticas, tecnológicas e econômicas menos complexas. Ou seja, a um só tempo, a proceduralização é mecanismo para a imunização de problemas jurídicos complexos que demandam regramentos estruturais para serem solucionados e, ao mesmo tempo, assegura abertura institucional para que as inovações sejam apreendidas pela jurisdição constitucional, garantindo contemporaneidade normativa¹²⁷.

A ideia central da proceduralização na Administração Pública é de permitir uma real abertura para inovações, de pensar de perto, olhando os problemas a serem enfrentados, para que seja algo concreto a assegurar a possibilidade de modificações no rumo das decisões a

¹²⁷ ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.

dependem da complexidade dos temas envolvidos. O que não se pode admitir é continuar aplicando formas de gestão ultrapassadas tendo em vista a evolução da sociedade, ou o exercício de punições sem ao menos diferenciar a necessidade do ato.

Sob outro enfoque, uma Administração Pública deve ser tratada com muita democracia para se chegar ao cenário acima descrito. De nada adianta a implantação de modificações ou de inovações sem o mínimo de democracia transparente. Deve-se superar a democracia delegativa para se impor, cada vez mais, a democracia representativa, visto que um representante é considerado responsável pela forma como age.

Os agentes públicos sofrem injustiças que lhes são perpetradas tendo em vista suas condições de trabalho na gestão, evidenciando que não há como se aplicar estritamente o dolo específico na atuação do gestor simplesmente pela legalidade. É necessário analisar o contexto e suas variáveis, além da finalidade pública da atitude a ser tomada.

Com o avanço do controle interno, importante aumentar as responsabilidades para a atuação dos gestores públicos dentro do que lhe compete, para trazer-lhes segurança e oferecer-lhes auxílio, evitando, assim, que erros técnicos de inabilidade se transformem em punições aos olhos dos órgãos de controle externo, ou mesmo ato de improbidade administrativa sem o dolo específico.

Neste sentido, foram definidos métodos para se verificar a conduta subjetiva, distinguindo-se, desta forma, atos de gestão e improbidade administrativa, principalmente em razão de atuações distintas do ato administrativo em si – muitas vezes verificado por meios utilizados pela própria Administração Pública – sem caracterizar ato de improbidade administrativa.

4 O TRATAMENTO DO DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ao se consolidar o exposto nesta dissertação até o momento, entende-se, em primeiro lugar, que atos de improbidade administrativos são atos ilegais, com imoralidade qualificada pela desonestidade do agente público.

Partindo para o segundo ponto, as modalidades desses atos devem estar revestidas na Lei n. 8.429/1992, quais sejam, importar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou atentar contra os princípios da Administração Pública.

Por esse *iter* processual, seguindo a linha de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, com a função de separar o primeiro momento que hoje deve ser percorrido para se identificar o ato de improbidade, haverá de ser iniciado com a comprovação da incompatibilidade da conduta com os princípios regentes da atividade estatal, vale dizer, com a inobservância do princípio da juridicidade, no qual avultam em importância os princípios da legalidade e da moralidade¹²⁸.

No segundo momento, devem ser analisados o elemento volitivo do agente. Se houver vontade livre e consciente de praticar o ato violador dos princípios regentes da atividade estatal, dir-se-á que o ato é doloso¹²⁹.

Em um terceiro momento, quando constatada a violação e identificado o elemento volitivo do agente, deve-se aferir se a sua conduta gerou efeitos outros, o que importará em modificação da tipologia legal e alcançará o ato. Cita-se como exemplo quando o agente busca o enriquecimento ilícito, tendo por via reflexa causado dano ao patrimônio público¹³⁰.

Já o quarto momento serve apenas para identificar os sujeitos que estarão à mercê das sanções da Lei de Improbidade Administrativa; no quinto, é a oportunidade de se evitar aplicações desarrazoadas da Lei n. 8.429/1992 e, uma vez constatada alguma dissonância, passa-se a uma operação mecânica de subsunção da conduta à tipologia legal. Esta etapa deve ser complementada com o uso do critério da proporcionalidade, o que permitirá que coexistam, lado a lado, a “improbidade formal” e a “improbidade material”¹³¹.

Exposto o cenário acima, relevante frisar a ponderação, que responsabiliza os agentes públicos pela prática do ato de improbidade administrativa, e deve ser apurada subjetivamente,

¹²⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 422.

¹²⁹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 423.

¹³⁰ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 423.

¹³¹ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 425.

sob a ótica dos elementos do dolo específico, após a vigência da Lei n. 14.230/2021. Anteriormente, eram aceitas as condutas de dolo e culpa.

Por outro lado, no direito contemporâneo, as responsabilidades por esse resultado (dano) no ato de improbidade administrativa demandariam uma ligação psíquica a vincular o agente público, o que vai além do nexos causal entre a conduta e o resultado esperado.

4.1 A teoria significativa do dolo

No contexto dessa pesquisa, importante diferenciar a teoria significativa do dolo da teoria significativa da ação. A ação, para ser penalmente relevante, deve possuir um significado hermenêutico sobre o bem jurídico tutelado. A partir disso, o debate se dará no ponto em questão, em que as divergências se afluam, tratando-se da real definição do elemento subjetivo dolo. Neste quesito, importante adentrar em suas espécies para se distinguir a sua aplicação no âmbito da improbidade administrativa, principalmente com a culpa.

Neste diapasão, em sentido amplo, a conduta humana é um comportamento voluntário, que se expressa por meio de uma ação ou omissão. A vontade, por sua vez, é o elemento subjetivo da conduta, que se dirige a um fim determinado a partir da intenção¹³². Essa vontade, segundo tradicional classificação privatista, estrutura o suporte fático da categoria dos atos jurídicos *lato sensu*, permitindo a análise de validade, ou seja, de conformidade dos respectivos atos ao direito,¹³³ dado ser inerente ao sistema jurídico dirigir-se a seres pensantes, que podem ou não infringir as regras jurídicas¹³⁴.

Estruturada a conduta a partir da vontade, a prática, intencional ou não de comportamento contrário ao direito, forma a ideia de culpa em sentido amplo. Como salienta Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “culpa tem quem atua, positivamente, ou negativamente, como causa evitável de algum dano, ou infração”¹³⁵. A culpa é um plus em relação à contrariedade ao direito, porque tem ínsita em si a ideia de reprovação¹³⁶.

A partir dessa percepção, encontram-se dois elementos na culpa: um objetivo, correspondente à sua ilicitude, e um subjetivo, o mau procedimento imputável. No elemento

¹³² CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

¹³³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano de validade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1-3.

¹³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**, t. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 247.

¹³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**, t. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 245.

¹³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**, t. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

subjetivo há uma distinção: o dolo, identificado como a vontade direta de prejudicar a outrem, e a culpa em sentido estrito, que corresponde à negligência, à imprudência e à imperícia em relação ao direito alheio¹³⁷.

Sobre o dolo, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda o define como “a direção da vontade para contrariar o direito”¹³⁸. O agente que comete ato com dolo quer contrariar o direito, não bastando para tanto a mera contrariedade à moral¹³⁹.

No mais, há a tripartite das formas de dolo: dolo direto (primeiro e segundo graus) e o dolo eventual¹⁴⁰. Sobre o dolo direto, “o agente quer o resultado típico ou toma-o como necessário para a consecução de outros propósitos ou como consequência necessária da sua atividade”¹⁴¹.

Enquanto no dolo de primeiro grau o agente quer o resultado, elegendo-o como objetivo final, no dolo de segundo grau o resultado é necessariamente vinculado aos meios, e não aos fins¹⁴².

Por outro lado, haverá dolo eventual “quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas aceitá-la como possível ou provável, assumindo o risco da produção do resultado (art. 18, I, do Código Penal)”¹⁴³. No dolo eventual, o agente apenas representa a realização do tipo como possível, expressando conformidade/aprovação em relação à ocorrência do resultado. Há, portanto, um enfraquecimento dos elementos psíquicos (conhecimento/vontade), o que aproxima o dolo eventual da culpa consciente¹⁴⁴.

Com essa indefinição perquirida desde o surgimento da Lei n. 8.429/1992, para poder aferir a subjetividade do agente, os Tribunais aplicavam tanto a culpa quanto o dolo específico e genérico. Todavia, a partir das modificações legislativas, a nova lei fixou que o ato de

¹³⁷ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 38-39.

¹³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral, t. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 248.

¹³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral, t. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 249.

¹⁴⁰ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 50. Em sentido contrário, entendendo que o dolo deve conter em si o conhecimento da ilicitude: NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. v. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 136.

¹⁴¹ TAVARES, Juarez. Espécie de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7199>. Acesso em: 04 jul. 2022.

¹⁴² TAVARES, Juarez. Espécie de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7199>. Acesso em: 04 jul. 2022, p. 110.

¹⁴³ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 356.

¹⁴⁴ VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 74; COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 182-187.

improbidade administrativa se dará somente através do dolo específico, não bastando a mera voluntariedade, tema que será abordado a seguir.

4.2 O conteúdo do dolo específico na improbidade administrativa

Conforme exposto, o dolo na improbidade administrativa possui características distintas do dolo estudado no direito penal, com algumas similaridades. É a aplicação sancionatória que aproxima as duas esferas do direito.

Diante disso, o presente estudo aponta o aspecto trabalhado pelo direito penal para avaliar a sua aplicação na improbidade administrativa. Nesse diapasão, a obrigatoriedade de se aplicar o dolo específico na atuação do agente público é uma característica da mudança da lei.

Para a caracterização efetiva do dolo, a doutrina tradicional tem aceitado o agir com consciência e a vontade de realizar o tipo penal¹⁴⁵. A jurisprudência tradicional do STJ, firmada a partir da antiga redação da Lei de Improbidade Administrativa, entendia que bastava o dolo genérico para configurar a improbidade. Todavia, o art. 1º, § 2º, da nova Lei de Improbidade Administrativa¹⁴⁶ superou esse entendimento jurisprudencial para exigir, a partir de agora, o dolo específico para a configuração de improbidade¹⁴⁷.

De fato, com a positivação da norma, importa saber e descobrir quando o agente público atua com dolo específico, ou seja, como realmente trazer dentro da conduta subjetiva sua vontade específica sem a intenção de voluntariedade. Assim, é preciso entender o dolo específico do agente público na doutrina após as modificações legais.

O dolo específico, especialmente para caracterizar o ato de improbidade, é aquele eivado de má-fé. O erro grosseiro, a falta de zelo com a coisa pública e a negligência podem até ser punidos em outra esfera, ou seja, não ficarão impunes, mas não mais caracterizarão atos de improbidade.

Com efeito, não é mais suficiente, segundo a correta interpretação da Lei de Improbidade Administrativa, alegar que um ato é doloso, ou demonstrar sua ilegalidade. Sob o regime do novo diploma, é necessário provar a má-fé, a intenção de lesar, alguma forma de conluio entre os agentes.

¹⁴⁵ GOMES, Márcio Schlee. **Dolo, cognição e risco**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

¹⁴⁶ BRASIL. Lei n. 8.429/1992. Art. 1º, § 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.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei n. 8.429/1992. Art. 1º, § 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.

O dolo do agente para toda e qualquer conduta tipificada na Lei de Improbidade Administrativa passa a ser específico: consciência + vontade + finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade¹⁴⁸. Como observado, a intenção do dolo específico na improbidade administrativa não é responsabilizar o agente público omissivo ou imprudente no trato da coisa pública. Ainda que o ato tenha sido impensado em suas consequências lesivas consciente e voluntariamente, a intenção é punir o agente desonesto e com vontade de lesar e descumprir a lei.

Desta forma, para evitar paralisar o exercício da gestão pública por atos meramente sem dolo específico, ou ainda que os agentes públicos não inovem na Administração, pela aplicação rigorosa anterior, as novas consequências são mais lúcidas e têm como finalidade realmente punir o ímprobo.

Nesse debate sobre a possibilidade de se aplicar a Lei de Improbidade e suas condutas, o Superior Tribunal de Justiça teve dois entendimentos exarados em precedentes da Primeira e Segunda Turmas. A Primeira entendia que o silêncio da lei afastava as condutas culposas nos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/1992, por entender que a Lei de Improbidade Administrativa tem sua técnica penal, que somente através de atos dolosos seria aplicada¹⁴⁹.

Por outro lado, a Segunda Turma entendia que era desnecessário examinar no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa se o agente público se comportou com dolo ou culpa, bastando a mera conduta¹⁵⁰. Diante disso, o STJ em sua jurisprudência consolidou que era necessário demonstrar o dolo genérico para a condenação em ato de improbidade administrativa no art. 11 da Lei.

Esse foi o posicionamento adotado em função do elemento subjetivo do dolo na improbidade administrativa, entretanto, ainda não há uma definição sobre a aplicação da nova legislação, que alterou e afetou a jurisprudência atual do STJ. Em seus despachos, os Ministros têm atendido a Repercussão Geral do STF determinando o sobrestamento dos feitos.

Diante disso, com o novo panorama firmado a partir da alteração legislativa trazida pela Lei n. 14.230/2021, foram fixados dois pontos sobre o tema em debate: (i) pela conduta subjetiva, não havendo responsabilidade objetiva e o (ii) dolo exigido, composto pela vontade livre e pela consciência de alcançar o ilícito.

¹⁴⁸ NOVO, Benigno Núñez. **Compreendendo a nova lei de improbidade administrativa**. abr. 2022. Disponível em: <https://benignonovonovo.jusbrasil.com.br/artigos/1432591953/compreendendo-a-nova-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 01 set. 2022.

¹⁴⁹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. EDcl no REsp n. 718.773/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 20-6-2006, DJ 1-8-2006, p. 374.

¹⁵⁰ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n. 737.279/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 13-5-2008, DJe 21-5-2008.

Conforme demonstrado, a improbidade se aproxima mais da esfera de direito penal em detrimento do direito civil. Assim, é necessário compreender o dolo da improbidade com um rigor conceitual nos moldes do direito penal, tomando cuidado para realizar as ponderações necessárias, considerando as especificidades do ramo da improbidade administrativa e, principalmente, o conteúdo legislativo acrescido com a Lei n. 14.230/2021¹⁵¹.

Ante o exposto, percebe-se que a improbidade administrativa seria uma espécie de terceira via entre o direito penal e o direito civil, todavia, como não existe uma forma singular de aplicação, a proximidade na sua aplicação está voltada ao direito penal, considerando o dolo na esfera mais restrita ao direito administrativo sancionador.

A despeito dessa divisão dos ramos do direito, o dolo em si é uno e indivisível quando se fala em ato específico com a livre vontade de atingir um fim ilícito. Significa dizer que o dolo, tanto no direito civil quanto no direito penal necessitam de uma livre intenção do agente público.

Hoje, a dúvida, mesmo no caso de aplicação da sanção da Lei de Improbidade Administrativa voltada ao âmbito penal do dolo, seria a real intenção livre e consciente. Mesmo que um agente necessite aplicar algo que sabe ser ilícito para evitar problemas maiores na sua função, mesmo que o fim não traga a real intenção de desonestidade, neste ponto, seria possível enfrentar o lado psíquico do agente, o que se considera temeroso comprovar, ou então, o uso de regras de aplicação sem a análise subjetiva, mas apenas do dano causado.

Neste caso, o elemento volitivo para configurar o dolo deve aprofundar a realidade vivida pelo agente público e suas condições, para configurar e aplicar o conteúdo do dolo e seus elementos de forma mais segura, deixando de lado o universo apenas teórico sobre o tema.

¹⁵¹ CASTILHO, Paulo Roberto da Costa. **O dolo na improbidade administrativa**: modernas teorias e nova legislação. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília (IDP), Brasília, 2022. A primeira garantia que há de ser haurida do Direito Penal, a informar o conceito de dolo na improbidade administrativa, dialoga com a amplitude do conceito de presunção de inocência. Enquanto é geralmente indiscutível que compete à parte que acusa a prova dos aspectos objetivos atribuídos ao acusado – a ocorrência da conduta, com todas as suas circunstâncias fáticas –, por vezes esquece-se que também cabe ao ente que ocupa a posição de autor a demonstração e prova dos elementos subjetivos exigidos para configuração do delito. Não se pode admitir, nesta linha de raciocínio, qualquer construção que abra a possibilidade de uma presunção – ainda que relativa – de que o agente obrou com dolo ou culpa. A carga da prova não se inverte em nenhuma hipótese, ao contrário do que se admite, em diversas situações, no direito civil. Sendo o dolo ou a culpa elementos do tipo da improbidade – a depender da modalidade – sua prova sempre recairá sobre quem maneja a ação. A afirmação cabe não apenas no dolo, mas também na culpa; não só para as condutas comissivas, mas também para as omissivas. Como se pretende tratar mais adiante, a existência de um dever de cuidado e as circunstâncias que teriam levado à sua violação não podem advir de uma presunção fundada em generalidades ou afirmações despidas de vinculação com a prova trazida”. NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. Prefácio Alamiro Velludo Salvador Netto; apresentação Enrique Ricardo Lewandowski. Belo Horizonte: Imprensa/Fórum, 2019, p. 237-238.

É quase um consenso entre as teorias modernas do dolo que sua prova não se faz por meio da investigação de inacessíveis estados mentais. Essa crítica parte principalmente de uma visão pragmática, pois as teorias tradicionais têm apresentado propostas de difícil aplicação cotidiana¹⁵².

As teorias processuais sustentam que a prova do dolo é feita mediante a análise das circunstâncias e dos indicadores externos da conduta do agente, e não com base no que se passa em sua cabeça¹⁵³.

Esse pensamento reforça a tese da aplicação do dolo na improbidade administrativa pelas condições volitivas da consciência e pela vontade de realizar os tipos de improbidade. A má-fé deve estar configurada em conjunto na intenção do agente. Distingue-se, por exemplo, de um agente público que direciona uma licitação para desviar recursos públicos na intenção de doar dinheiro aos pobres (boa-fé). Deve, portanto, ser algo contrário à Lei, posto que os fatos do desvio e do direcionamento já caracterizam a obtenção ilícita em proveito próprio ou de terceiro.

Por oportuno, nos casos em que seriam mais justos e aproximados ao que esta pesquisa busca apresentar, extrai-se da filosofia de Wittgenstein três critérios para aferição ou não da existência do dolo. Diante disso, é de se aplicar a tese do *dolus ex re*, que – ao contrário do que muitos entendem – não é dolo presumido, mas é o dolo extraído das circunstâncias do fato¹⁵⁴.

Sustentou-se, até aqui, que indagar sobre o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa significa indagar o seu porquê, vale dizer, buscar as razões que orientam,

¹⁵² CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, n. 16, v. 9, p. 251-252, São Paulo, 2017.

¹⁵³ HASSEMER, W. **Persona, mundo e responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 152. Sobre a compatibilização da tese de Hassemer com propostas da filosofia da linguagem: BUSATO, Paulo César. **Dolo e significado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59-82.

¹⁵⁴ O contexto dos fatos, em Direito Penal, é seguramente o mais importante critério para atribuir as intenções (frise-se, uma vez mais, que não são estados mentais, mas atitudes públicas). Por isso, as circunstâncias do crime, a natureza de eventuais objetos utilizados (armas, ferramentas e outros), o local dos golpes ou disparos, o *modus operandi*, situações temporais, compleição física e muitos outros elementos que são ricos em revelar o dolo (intenção) do agente. As explicações, por sua vez, são as justificativas do agente, o modo como ele elabora sua manifestação, quais consequências derivam dela, quais as respostas e reações que o sujeito aceita como pertinentes. Por exemplo, quando um indivíduo efetua disparos contra a vítima e grita: vou te matar! Tal explicação robustece a ideia de que o agente atuou com dolo direto de matar. Por fim, a confissão é o que o agente declara como sua intenção ao agir de determinada maneira. Vale frisar que, na confissão, não há que se levantar qualquer dúvida do agente sobre sua própria intenção. Por isso, ele não precisa de critérios para saber sua intenção. Assim que não há que se avaliar se a confissão foi equivocada, mas tão somente se foi honesta ou não. Veja-se, ainda, que a análise dos critérios da intenção não se fixa somente no exato momento do crime (como faziam as teorias clássicas e neoclássicas do crime), mas devem também ser amplamente examinados os fatos anteriores e posteriores ao mesmo, porque muito relevantes para oferecer critérios de identificação do significado da intenção do agente. VOLK, K. **Dolus ex re**. *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*. Heidelberg: Müller, Jur. Verlag, 1993, p. 624. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/105/91>. Acesso em: 02 set. 2022, p. 15.

justificam e tornam inteligível uma dada ação. A compreensão dessas razões passa, necessariamente, pelo contexto no qual a ação se desenrolou, de maneira que sem a identificação do momento e da forma pela qual determinado ato foi praticado, não é possível aferir sua adequação aos fins¹⁵⁵.

Para compreendermos os motivos que levaram o agente público a agir de tal maneira, qual seria sua real intenção e os fins a que se destinara, é necessário analisar a condição e a inteligibilidade de suas ações. Ao julgador incumbe ponderar as análises da defesa e da acusação perante a situação que foram se somando até chegar à propositura de uma ação que possui sanções de grandes proporções aos agentes públicos.

Importante considerar que o ponto de vista do agente público, especialmente o do agente político, é o de cumprir um projeto de governo eleito, mobilizando os recursos públicos disponíveis para alcançar metas politicamente selecionadas por uma dada comunidade em um determinado momento histórico. Cuida-se de um ponto de vista interno ao ordenamento jurídico que difere, substancialmente, do ponto de vista do juiz ou do promotor público, aos quais incumbe avaliar o cumprimento de uma regra a partir das categorias do proibido, do permitido e do obrigatório¹⁵⁶.

O agente público, ao assumir condições revestidas em leis, se submete a regras. Diante disso, se instala o conflito, visto que a cobrança pelo atendimento ao interesse público deve ser sempre analisada sob o enfoque da legalidade estrita, ou quando, se entender que o ato praticado não condiz com o ato de improbidade administrativa, esse ato deve ser justificado com um mínimo de plausibilidade para se aferir o elemento subjetivo (dolo).

Em condições anteriores, o mero risco (com culpa ou dolo genérico) já servia como base para a condenação do agente público. Agora, para garantir mais segurança à gestão pública e às ações dos agentes públicos, deve ser exposto o dolo específico.

Esse resgate da noção de razão prática poderia, inclusive, contribuir para a discussão sobre a complexa dosimetria das sanções concretamente aplicadas a casos de improbidade administrativa. De fato, a Lei de Improbidade Administrativa determina que as sanções aos atos de improbidade serão aplicadas isolada ou cumulativamente, a depender da gravidade dos fatos e considerando a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente. Evidentemente, na falta de danos ao erário e de proveito patrimonial, a sanção deve ser reduzida, mas a

¹⁵⁵ FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito GV**, n. 3, v. 15, [s. l.], 2019.

¹⁵⁶ FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito GV**, n. 3, v. 15, [s. l.], 2019, p. 173.

gravidade da conduta do réu poderia ser melhor compreendida a partir da noção de razão prática como critério interpretativo – ainda que não se trate, evidentemente, da panaceia de todas as dificuldades dogmáticas impostas pela Lei de Improbidade Administrativa¹⁵⁷.

Finalizando esta seção, frisa-se a necessidade de um posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema, a partir do sobrestamento pelo Tema n. 1.199 no STF, tendo em vista os motivos já expostos de que a exigência do dolo específico traz maior segurança tanto para o agente público quanto para os órgãos fiscalizadores, e o Poder Judiciário.

4.3 A Lei n. 14.230, de 26 de outubro de 2021, e a segurança jurídica

Em 26 de outubro de 2021, o presidente Jair Bolsonaro promulgou a Lei n. 14.230/2021 alterando a Lei n. 8.429/1992, que dispõe sanções para punir atos de improbidade administrativa. A competência para a adoção dessas sanções está prevista no art. 37 da CF/1988.

Entre suas várias alterações, a Lei n. 14.230/2021 aplica uma nova linguagem à Lei n. 8.429/1992 para definir improbidade administrativa como uma ação intencional e consciente perpetrada por um agente público ou em benefício de agentes não públicos (Lei n. 8.429/1992, art. 1º, §§ 1º e 2º). Como resultado, sem evidências que demonstrem a intenção de um indivíduo de cometer um ato ilegal, as atividades e as funções do indivíduo não são consideradas atos de improbidade administrativa (art. 1º, § 3º)¹⁵⁸.

Por exemplo, após um pedido para impor sanções a um réu, o Ministério Público deve apresentar uma petição inicial que inclua documentos e provas suficientes a demonstrarem que o réu cometeu um ato de improbidade intencionalmente (art. 17, § 6º, I a II). Havendo contestação na obtenção dessas informações, o Ministério Público poderá justificar a impossibilidade de apresentar essas provas (art. 17, § 6º, I). As definições de improbidade administrativa na Lei n. 8.429/1992 careciam dessa linguagem da intencionalidade¹⁵⁹.

A Lei de Improbidade Administrativa anterior, aprovada no contexto dos escândalos envolvendo o ex-presidente Fernando Collor de Mello na década de 1990 (que acabaram levando ao seu *impeachment*), havia sido recentemente alvo de fortes críticas entre o Poder Legislativo e juristas brasileiros. Os defensores das mudanças na lei anterior argumentaram que

¹⁵⁷ Quando ainda tramitava como o PL n. 233/2015 e o PL n. 10.887/2018, que deu origem à Lei n. 14.230/2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/t4j9F3M36jfcvPddbKMnXFK/?lang=pt>. Acesso em: 01 set. 2022.

¹⁵⁸ BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Presidência da República. Brasília: DF, 2021.

¹⁵⁹ NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa**: um debate pela perspectiva penal. 2018. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde08092020-025053/pt-br.php>. Acesso em: 02 set. 2022.

ela permitia uma interpretação excessivamente ampla em desfavor dos agentes do governo, supostamente levando a processos abusivos e desnecessários pelos tribunais, especialmente após seu uso como principal instrumento de acusação em inquéritos governamentais de alto nível, como a investigação perpetrada pela Lava-Jato¹⁶⁰.

Apesar de significativos esforços no passado, o Brasil ainda enfrenta dificuldades em ter um sistema anticorrupção unificado – ou, pelo menos, organizado. Em vez disso, a promulgação de leis anticorrupção ocorreu, em grande parte, em resposta a demandas públicas específicas, resultando em uma miríade de leis e de regulamentos diferentes. Sob esse sistema, as pessoas jurídicas podem estar sujeitas a uma ampla variedade de repercussões nas esferas cível e administrativa, muitas vezes envolvendo processos simultâneos e acúmulo de penas nas esferas federal, estadual e municipal.

Nesse sistema complexo, muitas vezes de difícil navegação, as duas principais leis aplicáveis em matéria de corrupção e improbidade administrativa são a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) e a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013). De acordo com o regime jurídico anterior, as pessoas jurídicas acusadas de corrupção ou improbidade administrativa sobre o mesmo conjunto de fatos poderiam estar sujeitas a processos de acordo com ambas as leis, resultando em processos de empilhamento e multas calculadas com base em dois sistemas diferentes. Somando-se a sua complexidade, os atos praticados antes de 2014 estavam sujeitos à Lei de Improbidade Administrativa, enquanto a partir de 2014 passaria a vigorar a Lei Anticorrupção. Isso tudo sem mencionar as diferenças substanciais relativas ao cálculo de multas e de valores de restituição de acordo com ambas as leis.

Nesse sentido, a nova Lei de Improbidade Administrativa determina que, quando uma pessoa jurídica for investigada ou acusada de ato ilícito que esteja sujeito tanto à Lei de Improbidade Administrativa quanto à Lei Anticorrupção, prevalecerá a aplicabilidade desta última¹⁶¹.

Embora essa iniciativa represente um passo positivo em termos de segurança jurídica, além de um movimento inédito e ousado, também pode representar penalidades mais severas e ações de fiscalização mais fortes às empresas. Isso porque, diversamente da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Anticorrupção prevê (i) a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, (ii) a responsabilidade solidária das empresas pertencentes ao mesmo grupo, (iii) multas mais

¹⁶⁰ NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa**: um debate pela perspectiva penal. 2018. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde08092020-025053/pt-br.php>. Acesso em: 01 set. 2022.

¹⁶¹ BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Presidência da República. Brasília: DF, 2021.

elevadas (de até 20% do faturamento das empresas) e (iv) execução contra empresas brasileiras envolvidas em condutas contra governos estrangeiros.

De modo geral, a introdução do princípio *non bis in idem* para as empresas ressalta que o governo está trabalhando para simplificar o arcabouço legal anticorrupção no Brasil, alinhado às melhores práticas internacionais. No entanto, as pessoas jurídicas devem estar cientes de que essas mudanças podem introduzir processos mais rigorosos e punições mais severas quando alinhadas à Administração Pública.

Algumas mudanças mais notáveis incluem (i) o aumento do ônus da prova para a acusação em casos de improbidade administrativa, com a introdução da exigência de “intenção específica” do infrator; (ii) o estreitamento da definição dos atos elencados como faltas administrativas; (iii) a introdução da responsabilidade do sucessor em caso de reorganizações societárias; e (iv) a redução de multas e de sanções aplicáveis aos infratores (especialmente a pessoas físicas).

A linguagem da intencionalidade também foi adicionada aos arts. 9º, 10 e 11, que discutem exemplos de improbidade administrativa. O art. 9º detalha que o enriquecimento ilícito constitui ato de improbidade administrativa quando um cargo público, suas funções ou seus ativos são intencionalmente utilizados para a obtenção de recursos ou vantagens indevidas. Igualmente, o art. 10 estabelece que danos ao patrimônio público, como apropriação indébita, desperdício ou destruição constituem atos de improbidade administrativa se cometidos por meio de ações intencionais ou negligência¹⁶².

O art. 11 da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) incorpora a linguagem da intencionalidade em ações que violam os princípios da administração pública, como “honestidade, imparcialidade e legalidade”. A lei acrescenta que a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente para cargo de chefia ou assessoria em funções públicas pode ser considerada ato de improbidade administrativa se comprovada intencionalmente¹⁶³.

Todas essas foram alterações importantes inseridas nos intensos debates travados no Congresso Nacional, que, em análise mais aprofundada, conforme se defende neste trabalho, trouxeram maior segurança jurídica na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Como de praxe, anteriormente, as meras irregularidades foram confundidas com atos ímprobos, gerando cenário de insegurança jurídica. Segundo Guilherme Binenbojm e André

¹⁶² BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

¹⁶³ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas (FGV), 2018.

Cyrino¹⁶⁴, a insegurança leva o agente público honesto inibir qualquer iniciativa inovadora, submetendo-se de forma acrítica e imediata às orientações dos controladores. Acrescentam, ainda, que “a insegurança jurídica tende a promover um fenômeno de seleção adversa, desestimulando a atração de gestores de perfil inovador e interessados na mudança do *status quo*”¹⁶⁵.

Aferindo as mudanças que já eram bastante criticadas pela doutrina, as alterações não trouxeram, na prática, um abrandamento no combate à corrupção, mas sim, segurança jurídica na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa em face de quem realmente cometer ato ímprobo, diferenciando-o de meras irregularidades e de uma total discricionariedade na sua aplicação, visto tratar-se de uma norma aberta e abstrata.

¹⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas (FGV), 2018.

¹⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas (FGV), 2018, p. 5.

5 O JULGADO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL: ESTUDO DE CASO

O estudo de caso foi a metodologia escolhida para responder à pergunta-problema proposta no início deste trabalho: “quais os requisitos necessários para se aferir o dolo específico em ato de improbidade administrativa?”. Entendeu-se ser esta a metodologia mais adequada para responder ao problema proposto pois, sem pretensões generalizantes, possibilita a investigação empírica de casos específicos e reveladores nos julgados do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, permitindo ao pesquisador entender a complexidade do comportamento dos agentes públicos, quando o assunto é o elemento subjetivo para caracterizar o ato de improbidade administrativa.

Particularmente, a estratégia adotada no estudo é especialmente importante pois a decisão judicial estudada é considerada precursora, pois foi a primeira a analisar os aspectos do elemento subjetivo após as alterações da Lei n. 14.230/2021 dentro do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, mesmo sem aplicar a nova norma. O estudo conseguiu medir o comportamento do gestor diante das dificuldades apresentadas na gestão pública, que procurou salvaguardar outros interesses públicos em sua escolha, mesmo sem seguir os ditames da Lei.

No tocante à adoção da expressão “estudo de caso”, parte da doutrina classifica o estudo ora realizado como “uma análise qualitativa, e não quantitativa¹⁶⁶”, referindo-se a um método particular da pesquisa em direito, por meio do qual se analisa instrumentos jurídicos, como é a decisão judicial. No entanto, optou-se por classificar a metodologia utilizada como “estudo de caso” por se tratar de mestrado profissional:

O estudo de caso combina bem com a pesquisa no mestrado profissional. Isso porque propicia a abordagem integrada, envolvendo, simultaneamente, aspectos estratégicos e jurídicos, o que facilita a compreensão sobre a relevância do problema jurídico e a lógica da solução adotada. Possibilita, ainda, a discussão de questões dogmáticas devidamente contextualizadas, e não apenas no plano teórico-abstrato¹⁶⁷.

Diante disso, o estudo de caso aqui proposto foi realizado a partir de duas técnicas: revisão bibliográfica e pesquisa documental. Na primeira parte, foram levantadas doutrinas sobre o tema, sobretudo relativas às últimas alterações na Lei de Improbidade Administrativa, a identificação da intenção em dilapidar o patrimônio, com uma ilegalidade manifesta e

¹⁶⁶ FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 58.

¹⁶⁷ FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 172.

desonesta, diferenciando esse comportamento das meras ilegalidades, além dos seus impactos entre os agentes públicos.

A segunda parte, chamada de pesquisa documental, compreendeu a apuração, a leitura e a análise das peças processuais que compõem os autos do processo judicial virtual. Esses documentos, assim como os andamentos processuais referentes ao caso, foram acessados no *site* do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, conforme julgamento pela 4ª Câmara Cível, o que permitiu estudar os argumentos utilizados pelo ex-gestor e pelo Ministério Público Estadual, em especial, compreender os fundamentos da decisão proferida. Para este estágio da pesquisa serviram de base, especialmente, os seguintes documentos: a Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de ex-prefeito, secretário de finanças e os diretores do instituto de previdência própria, em 1º grau, após a instrução processual, e a sentença que julgou a ACP procedente, depois de manejado o Recurso de Apelação, que acolheu e prolatou o acórdão que reformou a sentença – não houve recursos interpostos pelo Ministério Público Estadual, decisão dada logo após a vigência da Lei n. 14.230/2021.

A terceira parte partiu da ideia principal do estudo de caso. Foi feito um apanhado geral considerando a quantidade de julgados a partir de uma busca no *site* do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul pelo termo “dolo genérico improbidade administrativa”, nos últimos 5 anos anteriores à Lei n. 14.230/2021, com vigência desde o dia 26 de outubro de 2021. Nesse escopo, foram encontrados 342 processos.

Sobre as aplicações constantes, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, em todas as suas jurisprudências, sempre acolheu a tese de que para se caracterizar ato de improbidade administrativa, bastava a culpa grave ou o dolo genérico na conduta do agente, não possuindo posições divergentes quanto a esses requisitos.

Porém, com base no caso trazido à comparação, após a vigência da Lei n. 14.230/2021, pesquisa de jurisprudência realizada no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul pelo termo “Lei n.14.230/2021” revelou 59 processos entre 26 de outubro de 2021 e 19 de setembro de 2022.

Abaixo, serão discutidas duas decisões do estudo de caso com as alterações legais já aplicadas, ou seja, demandando dolo específico na conduta. No mesmo sentido, outro

precedente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, nos autos n. 0802577-29.2015.8.12.0045¹⁶⁸, demonstra a mudança no posicionamento do TJMS.

A seleção deste julgado, bem como dos que serão analisados logo abaixo, se justificam por demonstrar a convicção dos julgadores sobre o elemento subjetivo “dolo específico” em ato de improbidade administrativa, encaixando-se perfeitamente naquilo que o trabalho busca demonstrar.

5.1 Do desenvolvimento do estudo de caso

No que tange à discussão teórica a definir improbidade administrativa e a subjetividade dos agentes públicos, com necessidade de se aferir o dolo específico na conduta praticada, é necessário implementar indicadores que conduzam à motivação do ato administrativo.

A base proposta ao longo do trabalho, formada pela apresentação dos argumentos teóricos, será contextualizada ao caso analisado junto à pretensão empírica, cujo objetivo é compreender o dolo na improbidade administrativa, valorado e atribuído pelo operador do direito.

¹⁶⁸ RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL, CARÊNCIA DE AÇÃO E ILEGITIMIDADE ATIVA SUSCITADAS EM CONTRARRAZÕES – NÃO CONHECIDAS – DECISÃO DE MÉRITO FAVORÁVEL – PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO – MÉRITO – RETROATIVIDADE DAS NORMAS CONSTANTES DA LEI 14.230/2021 – DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR – APROXIMAÇÃO DAS NORMAS COM O DIREITO PENAL – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI, SALVO PARA BENEFICIAR O RÉU – ART. 5º, XL, DA CF – ROL TAXATIVO DE ATOS DE IMPROBIDADE QUE ATENTAM CONTRA PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – **NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO** – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – CONTRA O PARECER, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. Nos termos do art. 488 do CPC, sempre que possível, o Julgador deverá resolver o mérito quando a decisão meritória for favorável à parte a quem aproveitaria eventual acolhimento de questões preliminares e prejudiciais que levariam ao julgamento sem resolução do mérito. II. O Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE 843.989 (Tema n. 1.199), em Repercussão Geral, decidiu pela suspensão dos Recursos Especiais atinentes à matéria em debate (retroatividade ou irretroatividade das disposições da Lei 14.230/2021), bem como pela suspensão da contagem do prazo prescricional. Não houve suspensão, todavia, da tramitação dos feitos nas instâncias inferiores. III. Apesar da acirrada discussão acerca do tema, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, esta Relatoria tem o entendimento de que as novas disposições trazidas pela Lei 14.230/2021 à Lei de Improbidade Administrativa devem induzir efeito retroativo (*ex tunc*), porquanto as sanções previstas na lei especial muito mais se aproximavam da natureza penal, aplicando-se o mandamento insculpido no art. 5º, XL, da Constituição Federal (princípio da irretroatividade da lei, salvo para beneficiar o réu). Incidência dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador. Normas repressivas, de caráter sancionatório e destinadas à aplicação de sanções de natureza pessoal. Precedentes, inclusive, deste Sodalício. IV. Considerando as novas disposições da Lei de Improbidade Administrativa, impõe-se o desprovimento do recurso e a manutenção da Sentença guerreada, notadamente ante ao fato de que a novel legislação impossibilitou eventual condenação do Apelado como incurso no art. 11 da Lei 8.429/92, o qual passou a exigir, com as alterações trazidas pela recente legislação, **além do dolo específico (não demonstrado), a subsunção dos fatos a um rol taxativo de condutas que atentariam contra os princípios da administração pública**. V. Contra o parecer, recurso conhecido e desprovido. BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Cível n. 0802577-29.2015.8.12.0018, Paranaíba, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Lúcio R. da Silveira, j. 23-08-2022.

O caso analisado foi extraído dos autos judiciais n. 0800080-24.2016.8.12.0045. O processo tramitou perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul¹⁶⁹, a demonstrar em recurso de apelação a aplicabilidade compatível com os ditames da Lei de Improbidade Administrativa, diferenciando a inabilidade de um gestor da desonestidade no trato da coisa pública.

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, proposta contra ex-prefeito, ex-secretário de finanças e diretores do instituto de previdência própria municipal.

No bojo da ação, o Ministério Público Estadual alegou que o ex-prefeito do Município efetuou descontos relativos a contribuições previdenciárias na folha de pagamento dos servidores municipais sem realizar o repasse das contribuições (11% sobre salário base dos funcionários e da parte patronal) ao Instituto de Previdência Municipal – em conluio com o Secretário de Finanças.

Afirmou, ainda, que as irregularidades ocorreram ao longo de 14 meses, que ao valor não repassado foi dada destinação diversa da estabelecida em lei (art. 27 da LC n. 23/2005) e que o montante envolvido chegou a R\$ 1.815.719,76.

O Ministério Público Estadual expôs ainda que o presidente do Instituto de Previdência e o diretor financeiro, sabedores da obrigatoriedade da Lei Complementar, de confirmar, mensalmente, os pagamentos ou não das contribuições, e que deveria ser comunicada no mês subsequente ao conselho curador, somente informaram a ausência de repasse após 14 meses de débito (em 22-10-2012).

Segundo o Ministério Público Estadual, houve, ainda, o intempestivo parcelamento da dívida, ocorrido no final de 2012, ocasionando prejuízos ao erário, com juros e correção monetária, pois os cofres públicos arcaram com a má gestão dos requeridos. Foi pedido, em sede de liminar, a decretação da indisponibilidade de bens dos requeridos a procedência do pedido, com o reconhecimento de que cometeram atos de improbidade conforme previstos abaixo:

- a) no art. 11, I e II, da Lei n. 8.429/1992 – todos os requeridos – condenando-os nas sanções do art. 12, III, da Lei n. 8.429/1992 (perda da função pública; suspensão dos direitos políticos e pagamento de multa civil);
- b) no art. 10, X, da Lei n. 8.429/1992 – especificamente quanto aos requeridos ex-prefeito e ex-secretário de finanças – condenando-os nas sanções do art. 12, II e III, da declinada lei (obrigação de reparação do dano causado ao Município, consistente nos acréscimos legais decorrentes do não repasse das contribuições na época própria; perda da função pública e suspensão dos direitos políticos);
- c) condenação dos requeridos ao ônus de sucumbência.

¹⁶⁹ BRASIL. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**. Apelação cível n. 0800080-24.2016.8.12.0045. 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 23-11-2021.

d) O envio de cópias desta lide ao Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul e à Câmara Municipal de Sidrolândia para ciência e a tomada de providências que entenderem necessárias.

A liminar que pedia a indisponibilidade de bens foi indeferida pelo juiz. Conforme se observa nos pedidos, a medida foi requerida face ao atraso de repasse de contribuição patronal entre a Prefeitura e o Instituto de Previdência. Diante disso, o Ministério Público pediu a indisponibilidade dos valores e a condenação de todos os requeridos, mesmo diante do pagamento até o término do mandato do então prefeito à época, com juros e correções monetárias.

Em suas respectivas defesas, quanto ao dolo, o ex-prefeito e o ex-secretário de finanças alegaram queda do repasse do Fundo de Participações dos Municípios (FPM); que deveriam cumprir outros compromissos financeiros utilizando os valores e pagando com juros e correções; já os ex-diretores sustentaram não ter ficado caracterizado o elemento subjetivo apto a configurar a improbidade administrativa, de forma genérica, posto que os valores foram devolvidos aos cofres do Instituto de Previdência com juros e correções. Por fim, todos os requeridos alegaram também a inoccorrência de ato de improbidade e a ausência de lesão ao erário, diante da necessidade de se cumprir outras finalidades.

No julgamento do caso, o juízo de instância ordinária julgou procedentes os pedidos e condenou os demandados quanto à conduta reputada ímproba. O magistrado de primeiro grau entendeu que os demandados praticaram atos de improbidade administrativa, que teria sido comprovado a ilegalidade perpetrada, diante da ausência de repasse do recolhimento de contribuições previdenciárias dos servidores, restando prejuízos ao erário. Segundo o magistrado, ficou demonstrado que os diretores do Instituto de Previdência não tomaram os cuidados necessários para amenizar o prejuízo ao erário porque noticiaram tardiamente os atrasos.

Aduziu, ainda, que os autores quitaram os valores em atraso somente através de parcelamento, acarretando prejuízo ao erário atinente à aplicação de juros e de correção monetária sobre a dívida em atraso. Neste sentido, entendeu ser inegável a conduta ímproba dos réus no caso, uma vez que de forma livre e consciente descontaram dos servidores e deixaram de efetuar o repasse dos valores referentes às contribuições previdenciárias patronais devidas ao Instituto de Previdência dos Servidores, gerando uma vultosa dívida ao Município (danos ao erário), o que justifica a condenação em ato de improbidade administrativa, prova essencial para lastrear o pedido de condenação dos réus quanto à conduta mencionada.

Definida a atual situação do processo em lide, o magistrado condenou os requeridos no processo, com fundamento no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, pela prática de ato de improbidade administrativa, aplicando multa solidariamente no valor do prejuízo ao erário (valores dos juros e correções monetária dos atrasos dos repasses previdenciários).

Após a condenação, os requeridos na ação interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

No julgamento da apelação, por unanimidade, foram acolhidas as teses defensivas dos autores, dando provimento ao recurso e reformando a sentença, julgando improcedente os pedidos iniciais¹⁷⁰.

Os argumentos do voto do relator ressaltam que a prática de um ato ilegal não implica, necessariamente, na caracterização de improbidade. A negligência, a desatenção, a ineficiência ou até a incompetência do gestor municipal, sem contornos de má-fé, não o qualificam como desonesto ou corrupto, de modo a atrair as sanções.

Considerando-se que a ação humana é necessariamente ordenada segundo determinados fins, apenas por meio da compreensão casuística da postura e da situação de determinado agente público, enquanto destinatário da norma jurídica, é possível averiguar a existência, ou não, de dolo e de má-fé e, por consequência, de improbidade administrativa¹⁷¹.

O desembargador pontuou ainda que o atraso no repasse das contribuições previdenciárias pode até caracterizar-se ato de improbidade administrativa, desde que demonstrada a má-fé do agente público, suficiente para configurar o dolo, ao menos genérico, o que se diga, não houve, já que os valores foram repassados.

Nessa mesma linha, segue decidindo que embora o atraso no repasse das contribuições, em decorrência de sua utilização para pagamento de outros débitos, possa ser acoimado de

¹⁷⁰ EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ATRASO NO REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES DESCONTADAS DOS SERVIDORES AO INSTITUTO PREVIDENCIÁRIO MUNICIPAL – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO. Especialmente quanto ao art. 10, ao qual supostamente se amoldam as condutas dos réus, é evidente sua abrangência e generalidade, ao estabelecer como ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública "qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições". Diante disso, compete ao julgador interpretá-lo com cautela, a fim de se evitar radicalismos, impedindo a abrangência de situações que, apesar de ilegais ou irregulares, não detém o *status* de improbidade. A simples ilegalidade não leva necessariamente à conclusão de estarem os requeridos submetidos à hipótese contida no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, pois o entendimento majoritário é no sentido de se comprovar a má-fé do agente, ou seja, a presença do comportamento doloso, com vontade livre e consciente de violar a lei. Deve ser reformada a sentença recorrida, que reconheceu caracterizado o ato de improbidade administrativa, já que as provas colacionadas não evidenciaram a atuação culposa ou dolosa dos agentes públicos.

¹⁷¹ FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito GV**, n. 3, v. 15, [s. l.], 2019.

ilegal ou inabilidade, não houve comprovação de que os requeridos tenham praticado as ações como administrador desonesto, que dirige os atos para violar os princípios da moralidade pública, cuja conduta deve estar eivada de má-fé.

Tendo em vista a subjetividade a ser aferida na conduta perpetrada, entende-se que o posicionamento na aplicação descrita, mesmo com a vigência da Lei n. 14.230/2021, foi escorreitamente aplicado conforme o ponto necessário deste estudo, qual seja, a diferenciação entre o dolo específico e a inabilidade ou descuido do agente público.

Em resumo, o gestor público, em que pese apenas não repassar os valores das contribuições patronais, não trouxe prejuízos e lesão ao erário, mesmo agindo de forma consciente, mantendo o dinheiro em caixa para quitar outras despesas importantes. Posteriormente, parcelou e quitou os valores devidos, seguindo à risca as correções monetárias que todas as instituições usariam em caso de empréstimo de valores. Diante disso, uma condenação por ato de improbidade administrativa estaria sendo aplicada genericamente, sem ao menos dar oportunidade de se verificar as condições de cada localidade e sua conduta subjetiva, que em hipótese alguma foi desonesta ou de má-fé.

O critério do dolo a ser aplicado no caso demandaria uma análise na situação concreta, de elementos teóricos. O resultado da ação foi intencional para livrar outros setores que lhe poderiam trazer prejuízos irreparáveis, assim, esse seria o motivo principal da não aplicação da culpa e do dolo genérico (eventual) em ato de improbidade administrativa. Tendo em vista critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, qualquer punição seria injusta e exigiria a análise da imputação subjetiva com dolo específico na conduta do agente.

Em outro julgado semelhante, porém anterior à nova norma, nos autos n. 0800460-12.2017.8.12.0013, o desembargador Eduardo Machado Rocha, da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, ao ser acompanhado em votação unânime, manteve a condenação por ato de improbidade administrativa quando a retenção da contribuição previdenciária foi descontada de forma livre e consciente pelo gestor público¹⁷².

¹⁷² EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA E DE INÉPCIA DA INICIAL – REJEITADAS – MÉRITO – CONDUTA ÍMPROBA DO RÉU VEZ QUE DE FORMA LIVRE E CONSCIENTE, DESCONTOU DOS SERVIDORES E DEIXOU DE EFETUAR O REPASSE DOS VALORES REFERENTES ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PATRONAIS DEVIDAS AO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA – PENALIDADES DEVIDAS COM REDUÇÃO DA MULTA CIVIL A UM VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o convencimento do magistrado, e não havendo necessidade da produção de outras provas, o julgamento do feito no estado em que se encontra não caracteriza nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Da leitura da inicial, não se verifica quaisquer das hipóteses caracterizadoras da inépcia da inicial, uma vez que da causa de pedir é perfeitamente possível se chegar ao pedido condenatório. Inegável a conduta ímproba do réu no caso, vez que de

No caso em questão, não foram analisadas as dificuldades do gestor, tendo em vista que os descontos foram feitos por prefeitos e em Municípios diferentes, mas em anos idênticos e aproximados da gestão, a demonstrar no caso que o gestor buscou reter as contribuições para suprir outros setores essenciais da administração pública.

A subjetividade aplicada no caso, em agir de forma livre e consciente, não teve por finalidade o dano ao erário, ou seja, está-se diante de um dolo genérico, sem a demonstração da desonestidade ou portador de qualquer requisito a comprovar o ato de improbidade administrativa, mas apenas uma ilegalidade simples decorrente da inabilidade do gestor público.

O estudo de caso realizado para responder à pergunta central desta pesquisa foi revelador, especialmente em razão de os desembargadores da 4ª Câmara Cível do TJMS terem acolhido de plano as principais hipóteses formuladas no início do estudo, quais sejam: a decisão demonstra que a mera inabilidade do gestor público não caracteriza ato de improbidade, visto que, para isso, é necessário demonstrar o dolo específico. A decisão teria impactado diretamente na forma de agir dos gestores públicos; ademais, teria funcionado como *leading case* para outras decisões semelhantes no Tribunal de Mato Grosso do Sul.

Ressalta-se que, ao longo do estudo, essas conjecturas iniciais foram demonstradas pelos requisitos e pela forma de agir de um agente público, por meio de um filtro de ações, quando este possui a real intenção ímproba.

forma livre e consciente, descontou dos servidores e deixou de efetuar o repasse dos valores referentes a contribuições previdenciárias patronais devidas ao Instituto de Previdência dos Servidores, gerando uma vultosa dívida ao Município de Jardim (dano ao erário), o que justifica a condenação do requerido em ato de improbidade administrativa. Em razão da gravidade da conduta ímproba perpetrada pelo agente ímprobo, a aplicação, no caso, das sanções de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos mostra-se adequada e proporcional, estando, ademais, cabalmente previstas no art. 12, II e III, da LIA, razão pela qual não devem ser revistas. No tocante à condenação de multa civil, equivalente a duas vezes o valor do dano causado (2 x R\$ 6.572.818,89 – seis milhões, quinhentos e setenta e dois mil, oitocentos e dezoito reais e oitenta e nove centavos), mostra-se ser totalmente desproporcional e exagerada a sanção, considerando a ausência de enriquecimento ilícito do apelante, o que impõe a sua redução.

6 CONCLUSÃO

O ato de improbidade administrativa sempre foi tido como um mal presente na "máquina administrativa" a implicar no desvirtuamento da Administração Pública no que diz respeito a atingir o interesse público. As consequências desses cometimentos trazem prejuízos incalculáveis ao país, impedindo e retirando direitos e garantias dos cidadãos.

A Lei de Improbidade Administrativa é um dos pilares do quadro anticorrupção do país. Seu texto impõe responsabilidade administrativa e civil a funcionários públicos e agentes políticos por enriquecimento ilícito, danos ao erário e atos contrários aos princípios da Administração Pública. Antes de sua promulgação em 1992, essas formas de improbidade eram puníveis apenas pela lei penal, que impõe um padrão probatório muito mais exigente.

Assim, a promulgação da Lei de Improbidade Administrativa desempenhou um papel valioso ao permitir que o governo responsabilizasse os atores corruptos nas situações em que as evidências de corrupção, embora fortes, não fossem suficientes para estabelecer uma prova além de qualquer dúvida razoável.

Por um consectário lógico, quando não atendida a probidade, configura-se ato de improbidade administrativa, importando em sanções que, por meio da Constituição Federal de 1988 foram complementadas pela Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), que regulamenta e sanciona a conduta dos funcionários públicos. Em 25 de outubro de 2021, o presidente Jair Bolsonaro sancionou o Projeto de Lei n. 10.887/2018, convertido na Lei n. 14.230/2021, que veio a implementar diversas alterações e afrouxar alguns dispositivos da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Algumas dessas mudanças foram bem-vindas, especialmente as que esclareceram disposições vagas e tentaram acelerar o processo, visto que os tribunais brasileiros levam, em média, seis anos para julgar ações dessa natureza. Mas outra mudança é menos louvável: as emendas reduziram o número de instituições que podem ajuizar ações por violações à Lei. De acordo com o texto original da Lei, a ação poderia ser iniciada tanto pelo Ministério Público (órgão autônomo) quanto pelo ente público prejudicado pelo ato de corrupção (o Ministério Público Federal no caso de atos que prejudiquem a governo nacional, e as autoridades estaduais ou municipais, no caso de atos que prejudiquem entidades governamentais subnacionais).

Esse arranjo é uma forma chamada pelos estudiosos brasileiros de multiplicidade institucional – um arranjo pelo qual várias instituições têm autoridade sobreposta para fazer cumprir as disposições legais. A multiplicidade institucional é uma característica fundamental do quadro anticorrupção do Brasil. Assim, a nova versão da Lei de Improbidade Administrativa

desfaz essa multiplicidade, pelo menos nesse contexto, ao conferir ao Ministério Público o direito exclusivo de ajuizar ações de improbidade administrativa (no momento, suspenso por decisão do STF).

Por se tratar de uma norma nova, inicia-se um amplo debate para sua aplicação, que em muitas situações passa pelo crivo do Supremo Tribunal Federal. É o caso do Tema n. 1.199, que está afetado por repercussão geral para analisar alguns pontos relativos à aplicação da lei, como retroatividade, exclusão da culpa e prescrição.

O estudo aqui proposto traz essa nova sistemática da aplicação do dolo, que não ofende a Lei de Improbidade Administrativa, mas apenas oferece maior esforço investigativo para sua devida aplicação. Essa ruptura tomada no trato da improbidade administrativa trouxe à tona a insatisfação dos legisladores com as jurisprudências, principalmente quando o STJ tomou seu posicionamento sobre o dolo genérico.

Por fim, a Lei de Improbidade Administrativa é um instrumento legal no combate à corrupção, conforme observado na evolução das leis brasileiras. Todavia, uma aprovação sem uma base aprofundada nos debates acarretou falhas atribuídas à Lei n. 8.429/1992, na medida em que punia os agentes públicos corruptos e desonestos, mas também o fazia em relação a meras irregularidades, afastando as pessoas que não teriam a subjetividade específica na prática desses atos.

Tem-se que a ponderação e a prudência dos julgadores são fundamentais para se evitar injustiças. Tendo em vista o delineado histórico, as alterações perpetradas pela Lei n. 14.230/2021 trouxeram mais segurança na aplicação da lei voltada ao combate à corrupção. Sua aplicação deve se dar considerando, exclusivamente, o dolo específico, inexistindo forma genérica e abstrata da norma. Daí a necessidade de se atribuir um direcionamento interpretativo quando aplicada com seus novos requisitos. Essa, justamente, uma das premissas desenvolvidas neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2018

ÂMBITO JURÍDICO. **A violação do princípio da moralidade como fundamento para condenação na ação de improbidade administrativa na teoria dos princípios de Humberto Ávila x neoconstitucionalismo**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-violacao-do-principio-da-moralidade-como-fundamento-para-condenacao-na-acao-de-improbidade-administrativa-na-teoria-dos-principios-de-humberto-avila-x-neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **O ilícito administrativo e seu processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 1994.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira**. São Paulo: D' Plácido, 2020.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Edição Especial. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, Terezinha Maria da Fonseca Passos. **Sobre a infração da norma como um recurso estilístico – a infração da norma: um recurso estilístico**. 2. ed. Niterói: [s.n.], 1991.

BRASIL, **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Presidência da República. Brasília: DF, 1988.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000.

BRASIL. **Lei de 15 de outubro de 1827**. Da responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado e dos Conselheiros de Estado. Imperador do Brasil. Rio de Janeiro, 1827.

BRASIL. **Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Brasília, DF: Presidência da República, 1950.

BRASIL. **Lei n. 4.717 de 1965**. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Presidente da República. Brasília: DF, 2013.

BRASIL. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Altera a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Presidência da República. Brasília: DF, 2021.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. **Parecer SF n. 14, de 2021, 29 de setembro de 2021.** Dispõe sobre as metas bimestrais de arrecadação da receita do Orçamento para 2021. Rel. Sen. Weverton, 2021. Disponível em: <https://legislacao.prefeitura.sp.gov.br/leis/portaria-secretaria-municipal-da-fazenda-sf-14-de-29-de-janeiro-de-2021>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** AgInt no RMS: 65486 RO 2021/0012771-8, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17-08-2021, Segunda Turma, Public. 26-08-2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp 1402893/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 11-04-2019, Public 22-04-2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** RMS 37.031/SP, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 08-02-2018, DJe 20-02-2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Agravo em Recurso Especial n. 1880213/ RJ 2021/0117623-0. Min. Og Fernandes, DJe 09-03-2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Resp n. 1.153.083/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 19-11-2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp n. 737.279/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 13-5-2008, DJe 21-5-2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Rcl n. 41.557/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 15-12-2020, Public. 09-03-2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** ARE 1351472 ED/SP. Decisão monocrática. Rel. Min. Edson Fachon, j. 21-02-2022, Public 23-05-2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** EDcl no REsp n. 718.773/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 20-6-2006, DJ 1-8-2006, p. 374.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.** Apelação cível n. 0800080-24.2016.8.12.0045. 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 23-11-2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.** 3ª Vara Federal de Curitiba. Juíza Luciana da Veiga Oliveira. Public. 13-12-2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 3010759-26.2013.8.26.0451, Rel. José Luiz Gavião de Almeida, 3ª Câmara de Direito Público, Foro de Piracicaba, 1ª Vara da Fazenda Pública, j. 15-12-2021, Registro: 15-12-2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível 1002216-54.2019.8.26.0323, Rel. Carlos Eduardo Pachi, 9ª Câmara de Direito Público, Foro de Lorena, 1ª Vara Cível, j. 9-2-2022, Registro: 9-2-2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2264638-92.2021.8.26.0000, Rel. Carlos von Adamek, 2ª Câmara de Direito Público, Foro de Pirassununga, 2ª Vara, j. 27-1-2022, Registro: 27-1-2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de Instrumento 2014648-82.2022.8.26.0000. Rel. Borelli Thomaz, 13ª Câmara de Direito Público, Foro de Porangaba, Vara Única, j. 7-2-2022, Registro: 7-2-2022.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal (4ª Região)**. AC 5001456-74.2017.4.04.7009, Terceira Turma, Rel. Vânia Hack de Almeida, juntado aos autos em 16-11-2021.

BUSATO, Paulo César. **Dolo e significado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Dolo e linguagem**: rumo a uma nova gramática do dolo a partir da filosofia da linguagem. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. **Rev. Justiça e Sistema Criminal**, n. 16, v. 9, p. 251-252. São Paulo, 2017.

CARNEIRO, Rafael Araripe. STJ em números: improbidade administrativa. **JOTA**. 2020. Disponível em: https://wpcdn.idp.edu.br/idpsiteportal/2020/06/STJ-em-n%C3%BAmeros_-improbidade-administrativa-JOTA-Info-1.pdf. Acesso em: 10 abr. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CASTILHO, Paulo Roberto da Costa. **O dolo na improbidade administrativa**: modernas teorias e nova legislação. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, 2022.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Retroatividade da reforma da Lei de Improbidade Administrativa**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2021.

CAVALCANTI, Fabrício José. **A improbidade administrativa e a observância dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CBIC. **Guia de ética e compliance para instituições e empresas do setor da construção**. Brasília: Fórum de Ação Social e Cidadania, 2016.

CONJUR. “Incompetência não pode ser tratada como improbidade” diz ministro do TCU. **Revista Consultor Jurídico**. 30 maio. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/incompetencia-nao-improbidade-ministro-tcu>. Acesso em: 20 mar. 2022.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

COSTA, Pedro Jorge do Nascimento. Silêncio e mentira como prova: a proteção às organizações criminosas. *In*: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org.). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (coord.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERNANDES, Francisco Luiz. Princípio da juricidade: o supraprincípio normativo no direito público. **Rev. de Direito Brasileira**, v. 6, [s.l.], 2013.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito GV**, n. 3, v. 15, [s.l.], 2019.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da motivação no direito administrativo. São Paulo, **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2017.

FUKASAWA, Fernando. O equívoco na punição do agente público só por violação de princípios. **Conjur**. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-nov-08/fukassawa-punicao-agente-violacao-principios#_ftn1. Acesso em: 10 mar. 2022.

GABARDO, Emerson; MORETTINI E CASTELLA, Gabriel. A nova Lei Anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 60, v. 15, 2015, p. 215-247.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. **Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2021.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Márcio Schlee. **Dolo, cognição e risco**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GRECO, Luís. **Dolo sem vontade**. *Liber Amicorum* de José de Sousa e Brito: em comemoração ao 70º aniversário. Coimbra: Almedina, 2009.

GUARAGNI Fábio André. **A Lei de Improbidade Administrativa no contexto do controle da Administração Pública**: semelhanças e distinções entre o direito administrativo e o direito penal. Aspectos controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: uma análise crítica a partir de julgados dos Tribunais Superiores. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

GUIMARÃES, Rafael. **A Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada**. Leme: Imperium, 2022.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo e responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. v. 1. 7. ed. São Paulo: GZ, 2014.

JÈZE, Gaston. **A obra de Jèze: Principes généraux du droit administratif**. v.1, [s.l.], 1916.

KRUSSEWSKI, Cristina. **Direito administrativo sancionador**: apontamentos gerais sobre as infrações administrativas e alguns aspectos de sua relação com o direito penal. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, 2010.

LEITE, Larissa Reis. **Análise histórica da Lei da Ficha Limpa à luz accountability**. Monografia (Bacharelado em Ciência Política), Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, n. 141, v. 36, [s.l.], 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>. Acesso em: 15 mar. 2021.

MAC CHOMBAICH, Patrick. **A summary of the roman civil law**. Londres: Stevenz and Nortons, 1854.

MAIA, Raphael Rocha de Souza; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. A inconstitucionalidade da “violação a princípios” como improbidade administrativa. **Jota**. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-da-violacao-a-principios-como-improbidade-administrativa-18082019>. Acesso em: 15 mar. 2022.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Garantismo judicial na ação de improbidade administrativa**: crítica ao punitivismo e ao eficientismo legalista no domínio do direito sancionador. Fortaleza: Curumim, 2015.

MARÇAL, Thaís. Lei de Improbidade Administrativa precisa se adequar às novas necessidades. **Conjur**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-ago-21/marcal-lei-improbidade-adequar-novas-necessidades>. Acesso em: 06 abr. 2022.

MARINELA, Fernanda. **Ato administrativo**. Roteiro de aulas de Direito Administrativo para o Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Brasília: IDP, 2021.

MATIGNON, Louis de Gouyon. The definition of actio popularis. **Space Legal Issues**, 2020. Disponível em: <https://www.spacelegalissues.com/the-definition-of-actio-popularis/>. Acesso em: 03 dez. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18. ed. Disponível em: https://www.justocantins.com.br/files/publicacao/20120618233045_direito_administrativo.pdf. Acesso em: 29 jun. 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano de validade. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. **Rev. de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 22, Curitiba, 2005.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIGALHAS. Câmara instala comissão para debater nova Lei de Improbidade. **Migalhas**. 29 ago. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/309879/camara-instala-comissao-para-debater-nova-lei-de-improbidade>. Acesso em: 19 mar. 2022.

MIGALHAS. Gilmar Mendes suspende parte da Lei de Improbidade Administrativa. **Migalhas**. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/352590/gilmar-mendes-suspende-parte-da-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 12 mar. 2022.

MOREIRA NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei n. 13.655/2018**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Reforma da Lei de Improbidade Administrativa e Retroatividade. **Conjur**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-22/improbidade-debate-reforma-lei-improbidade-administrativa-retroatividade>. Acesso em: 10 mar. 2022.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política**: improbidade e imputação subjetiva. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NEISSER, Fernando Gaspar. **A responsabilidade subjetiva na improbidade administrativa**: um debate pela perspectiva penal. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde08092020-025053/pt-br.php>. Acesso em: 02 set. 2022.

NESTOR, Stilpon; MAHBOOBI, Ladan. **Privatização dos serviços públicos**: a experiência da OCDE. Rio de Janeiro: BNDES, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense/ São Paulo: Método, 2014.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 775, v. 85, 2000, p. 449-470.

NOHARA, Irene Patrícia. O motivo no ato administrativo. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NOHARA, Irene. **Dicionário de direito administrativo**. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/93-ato-de-gestao/>. Acesso em: 29 jun. 2022.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. v. 1. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVO, Benigno Núñez. A importância do controle interno na Administração Pública. **DireitoNet**. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10996/A-importancia-do-controle-interno-na-Administracao-Publica>. Acesso em: 12 abr. 2022.

NOVO, Benigno Núñez. **Compreendendo a nova lei de improbidade administrativa**. abr. 2022. Disponível em: <https://benignonovonovo.jusbrasil.com.br/artigos/1432591953/compreendendo-a-nova-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 01 set. 2022.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **A civilização repressora e o direito administrativo sancionador**. São Paulo: Malheiros, 2019.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: RT, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**. 4. ed. São Paulo: RT, 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência**. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, Vilmar Alves-FURG; SILVA, Simone Gonçalves-FURG. Compreendendo a infância nas perspectivas de Descartes e Rousseau. **Perspectiva**, Erechim. v. 35, n. 132, p. 54, 2011.

PGE-RJ. Administração Pública. Risco e Segurança Jurídica. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado, 2014.

PONTES, Valmir. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. v. 2. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**, t. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Ilícito administrativo e o jus puniendi geral**. São Paulo: RT, 2007.

REIS, Heraldo da Costa. Áreas de centros de responsabilidades no controle interno governamental. **Rev. Adm. Municipal**. n. 205, v. 39, Rio de Janeiro, 1992.

ROCHA, Kelson Ferreira. Lei da improbidade administrativa: uma análise sobre sua aplicação, os elementos subjetivos e os entendimentos acerca da inconstitucionalidade da modalidade culposa. **Revista Processus Multidisciplinar**, n. 4, v. 2, 2021, p. 38-59.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Mizuno, 2019.

TAVARES, Juarez. Espécie de dolo e outros elementos subjetivos do tipo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/7199>. Acesso em: 04 jul. 2022.

TOURINHO, Rita; ASSIS, Adriano Marcus Brito de. **Improbidade sem culpa e com dolo específico**: onde quer se chegar? [s.l.]: ANPR, 2021.

VIANA, Cibilis da Rocha. **Teoria geral da contabilidade**. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1980.

VIANA, Eduardo. **Dolo como compromisso cognitivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VITTA, Heraldo Garcia. A retroatividade da norma jurídica favorável ao acusado e a coisa julgada. **Migalhas**. 12 jul. 2022. 2022. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/361830/retroatividade-da-norma-juridica-ao-acusado-e-a-coisa-julgada>. Acesso em: 01 maio 2022.

VOLK, K. **Dolus ex re**. Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann. Heidelberg: Müller, Jur. Verlag, 1993, p. 624. Disponível em:

<https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/105/91>. Acesso em: 02 set. 2022.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, n. 75, São Paulo, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direito. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005.

Referências normativas

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação