

O reencontro da improbidade administrativa com o propósito da Constituição Federal de 1988¹

Luis Manuel Fonseca Pires²

Juiz de Direito no estado de São Paulo

Vitor Marques³

Advogado

Sumário: Introdução. 1. Surgimento da LIA. 2. Alterações recebidas pela LIA até 2021. 3. Cenário fático que exigiu a reforma da LIA. 4. Desafios para a Lei nº 14.230/2021. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

Ao regular o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) surge no ordenamento jurídico brasileiro como texto legal, prioritariamente, voltado ao combate à corrupção. A Constituição Federal de 1988 introduziu uma importante ideia para o enfrentamento da corrupção: a *improbidade administrativa*. Afirmada expressamente nos arts. 15, V, e 37, parágrafo 4º, o termo “improbidade administrativa” sinalizou a possibilidade de abertura

¹ Artigo originalmente publicado em DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Lei de improbidade administrativa reformada*. Revista dos Tribunais, 2022.

² Livre-docente, doutor e mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito Administrativo da PUC-SP. Juiz de Direito titular da 3ª Vara da Fazenda Pública na capital. Publicou, entre outros, os seguintes livros: *Estados de exceção: a usurpação da soberania popular* e *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Colíder do grupo de pesquisa Sistema de Justiça e estado de exceção, vinculado à Faculdade de Direito da PUC-SP.

³ Mestre em Direito pela PUC-SP. Atualmente é Secretário de Justiça do Município de Cotia (SP). Coordenador da Coordenadoria de Combate à Corrupção da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP (triênio 2019-2021). Associado do Instituto de Direito Administrativo Sancionador Brasileiro (IDASAN). Membro do grupo de pesquisa Sistema de Justiça e estado de exceção, vinculado à Faculdade de Direito da PUC-SP.

de um importante capítulo de responsabilidade jurídica que não precisaria se encontrar no âmbito do Direito Penal. A Constituição Federal assentou a autonomia da improbidade administrativa e franqueou o caminho para a construção de uma identidade própria desse campo da responsabilidade político-jurídica. E, a partir desse pressuposto constitucional, a Lei n. 8.429/92 sistematizou o que seria, no cenário do Direito Sancionador geral, a “improbidade administrativa”: regras e princípios de uma instância de responsabilidade ora lida como apartada das instâncias clássicas – civil, penal e administrativa –, ora reconduzida à responsabilidade administrativa pela compreensão gradual, e acertada, de que ela não se reduziria às infrações e sanções na esfera administrativa-funcional. Mas essa percepção levou tempo e sofreu desvios.

Ao longo dos anos de aplicação, experimentou-se na prática uma ampliação do conceito de improbidade administrativa e, consequentemente, uma distorção de seu uso. A par do combate à corrupção surgiram, a pretexto de qualificarem-se como atos de improbidades administrativas, intervenções indevidas em políticas públicas.

A LIA iniciou sua trajetória sob uma disputa de âmbitos de responsabilidade, ora pela leitura da responsabilidade civil, outras tantas vezes com natureza penal, mas paulatinamente se encaminhando para o campo da responsabilidade administrativa que deixou de ser compreendida sob uma perspectiva estrita, administrativa-funcional (reduzida ao processo administrativo disciplinar), para ampliar-se e comportar em seu meio diversas linhas, e uma delas, com autonomia constitucional, a improbidade administrativa.

Nesse curso, a LIA preservou essencialmente a redação original até a recente mudança, quase 30 anos de vigência. Durante a construção de sua própria identidade, a LIA, ao lado do combate à grave má gestão do interesse público, com o passar dos anos, paulatinamente, tornou-se também instrumento para coibir a atuação de gestores públicos, os quais se viam sempre na iminência do ajuizamento de ações de improbidade administrativa baseadas muitas vezes em falhas formais ou em divergência interpretativa acerca de normas regulamentares.

O movimento de banalização das ações judiciais com vistas à imposição das duras penas previstas na LIA ocasionou forte ofensa ao princípio da segurança jurídica e inibição na atuação administrativa do agente público. Tal fenômeno recebeu o nome de “apagão das canetas”.

1. Surgimento da LIA

A improbidade administrativa surge de forma inédita na versão promulgada da Constituição Federal de 1988. Importante destacar que na análise do histórico do parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição⁴ demonstra-se que os conceitos de *improbidade* e *corrupção* se alteram com grande frequência nas diversas fases e minutas do texto constitucional. Tal intercambialidade não deixa de chamar atenção. Isto porque o termo probidade administrativa, embora presente no ordenamento jurídico desde, pelo menos, 1950 – com a Lei nº 1.079/50 –, não dispensava a mesma objetividade do termo *corrupção*. Enquanto este abrange condutas específicas, aquele tenta enquadrar todo um conjunto de atos voltados ao ideal republicano da gestão pública⁵.

Também é interessante notar, tal como adiantamos na introdução, que a intercambialidade entre os dois conceitos acabou por criar uma indefinição sobre a natureza civil, penal ou administrativa da improbidade. Em verdade, a proteção da probidade administrativa foi introduzida ao longo das discussões constituintes por meio da emenda nº 559, proposta pelo Constituinte Hélio Costa, com o seguinte teor:

Os atos de improbidade administrativa são crimes inafiançáveis, e importarão na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade dos bens e no ressarcimento do erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal correspondente.

⁴ Cf.: BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. *Quadro histórico artigo 37, § 4º da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: https://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/35539/quadro_historico_art.%20037_%C2%A74.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 29 nov. 2021.

⁵ A simples leitura dos tipos de crimes de responsabilidade contra a probidade na Administração Pública (art. 9º da Lei nº 1.079/50) é suficiente para verificar a grande abrangência do conceito: “1) omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo”; “2) não prestar ao Congresso Nacional, dentro de 60 (sessenta) dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior”; “3) não tornar efetiva a responsabilidade de seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição”; “4) expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição”; “5) infringir, no provimento dos cargos públicos, as normas legais”; “6) Usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim”; “7) proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo”.

Percebe-se, realmente, que existia certa confusão com relação ao regime jurídico para tratamento dos ilícitos envolvendo a proteção da probidade administrativa, uma vez que a emenda anteriormente proposta, ora define os atos de improbidade como crimes inafiançáveis, ora ressalta que as penas se aplicam “sem prejuízo da ação penal correspondente”.

A ausência de uma definição clara acerca da probidade – e, consequentemente, da improbidade administrativa – talvez justifique o lapso de mais de três anos para regulamentação do disposto no parágrafo 4º do artigo 37 da Carta Magna, vindo a ocorrer somente diante das acusações que alimentavam o movimento pelo impeachment do então Presidente Fernando Collor. Como resposta, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL nº 1.446/91) que circunscrevia o tema da improbidade administrativa aos atos tipificados como “enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública” e reforçava a noção de que seu conteúdo estava ligado à “prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos” – conforme se verifica na exposição de motivos subscrita pelo então Ministro da Justiça Jarbas Passarinho.

Todavia, já ao longo do processo legislativo foi alargado o conceito pretendido originalmente no PL, introduzindo-se a forma culposa de improbidade por dano ao erário e a modalidade de improbidade por ofensa aos princípios da Administração Pública. Assim, nota-se que o que foi concebido originalmente para ser um mecanismo de combate à desonestidade no uso dos recursos públicos, passou, por opção do Legislativo à época, a ser uma ferramenta de combate dos desvios genéricos do agente público⁶.

Por se tratar de uma legislação voltada a perseguir desvios indesejados por todos na condução da Administração Pública, a Lei nº 8.429/92 passou boa parte de sua existência sem alterações significativas. Como outras leis que buscam *bons objetivos*, havia sobre a LIA uma certa blindagem contra críticas.

Mas, nesse percurso pela busca de uma identidade do que seria “improbidade administrativa”, qual a sua natureza jurídica, a ciência jurídica conseguiu amadurecer para identificar, primeiro, a sua *autonomia constitucional* decorrente da expressa referência a um novo instituto no

⁶ Uma boa medida para a amplitude do gênero de desvios combatidos pela redação original da Lei nº 8.429/92 é a tipificação do art. 11, que, além de conter os princípios previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, agregou conceitos cuja definição é inexistente, como o caso da “lealdade às instituições”.

texto constitucional. Sinais, conforme dito na introdução, de que não se tratava de um capítulo do Direito Penal. O art. 12, *caput*, da Lei 8.429/92, em sua original redação, reafirmou essa possibilidade ao explicitamente afirmar que *independentemente das sanções penais, civis e administrativas*, uma vez identificada a improbidade administrativa, as penas dispostas no artigo deveriam ser aplicadas.

A compreensão sobre o instituto da “improbidade administrativa” encontrou horizontes mais precisos: ou a leitura da improbidade administrativa como gênero autônomo de responsabilidade jurídico-constitucional, ou como espécie da responsabilidade administrativa desde que ela fosse relida para não mais se restringir às infrações funcionais de servidores públicos e o respectivo processo disciplinar, e sim como gênero no qual se abrem diversas linhas: administrativa-funcional (infrações funcionais em processo disciplinar), *improbidade administrativa*, infrações tributárias, infrações de trânsito, infrações relacionadas à vigilância sanitária e, ainda, por edificações de obras e licenciamento de atividades empresarias, meio ambiente *etc.*

2. Alterações recebidas pela LIA até 2021

De modo geral, a LIA recebeu poucas alterações substanciais até a promulgação da Lei nº 14.230/21. Porém, dois movimentos de mudanças chamam atenção.

O primeiro deles diz respeito a uma série de alterações no processamento das ações de improbidade, em especial nos parágrafos do artigo 17 da LIA, ocorridas ao longo do governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso. Tratava-se, à época, de incluir na LIA mecanismos de controle do abuso do direito de ação em matéria de improbidade administrativa, conforme se observa da exposição de motivos da Medida Provisória nº 2.088-35, de 27 de dezembro de 2000, subscrita pelo então Ministro da Justiça José Gregori.

A ideia corrente na época de edição da MP era a de que a mera acusação de improbidade já carrega em si um estigma ao acusado, maculando sua imagem perante a sociedade, o que justificaria um controle maior sobre o ajuizamento temerário das ações. Por essa razão, foram introduzidas algumas características do processo penal no rito das ações de improbidade – como a defesa prévia (art. 17, § 6º, incluído pela MP nº 2.088-35/00) e aplicação do art. 221, *caput*, e § 1º do Código

de Processo Penal (art. 17, § 12, incluído pela MP nº 2.088-35/00) – assim como a previsão de multa na apresentação de imputação manifestamente improcedente (art. 17, § 11, incluído pela MP nº 2.088-35/00) e possibilidade de reconvenção por parte do réu (art. 17, § 10, incluído pela MP nº 2.088-35/00).

Nota-se, portanto, que não configura novidade o entendimento agora expresso na Lei nº 14.230/21 de que se faz necessário no sistema de Direito Administrativo Sancionador a observância de um núcleo mínimo de garantias compartilhadas com o Direito Penal, voltadas à contenção do abuso dos instrumentos de controle e sancionamento estatal.

Outras alterações se destacam não pelo reflexo no processamento das ações de improbidade, mas como indicadoras da mudança de perspectiva e amplitude da LIA e inevitavelmente, certa vulgarização do instituto.

São exemplos dessas alterações:

- i) *O artigo 18 da Lei nº 11.107/05 – “dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências” –, que incluiu no artigo 10 da LIA os incisos XIV e XV, dispositivos que caracterizaram como improbidade “celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei” e “celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária”.*
- ii) *O artigo 77 da Lei nº 13.019/14 – “estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil” –, que alterou no artigo 10 da LIA a redação dada ao inciso VII, bem como incluiu os incisos XVI a XX, dispositivos que caracterizaram como improbidade “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”; “facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”; “permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública*

a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”; “celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”; “frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente”; “agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas”; “liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular”.

- iii) *O artigo 78 da Lei nº 13.019/14 – “estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil” –, que incluiu no artigo 11 da LIA o inciso VIII, dispositivo que caracterizou como improbidade “descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas”.*
- iv) *O artigo 103 da Lei nº 13.146/15 – “institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)” – que incluiu no artigo 11 da LIA o inciso IX, dispositivo que caracterizou como improbidade “deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação”.*
- v) *O artigo 4º da Lei Complementar nº 157/16, que incluiu o artigo 10-A da LIA, dispositivo que caracterizou como improbidade “qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003”.*
- vi) *O artigo 3º da Lei nº 13.650/18 – “dispõe sobre a certificação das entidades beneficentes de assistência social, na área de saúde” – que incluiu no artigo 11 da LIA o inciso X, dispositivo que caracterizou como improbidade “transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990”.*

Todas essas alterações listadas têm em comum o fato de declararem como improbidade administrativa condutas que, embora devam ser afastadas da Administração Pública, não representam propriamente nenhuma ruptura com os deveres de “observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública”⁷. Assim, o que parece ter orientado a introdução dessas novas tipificações de improbidade foi o uso das sanções da LIA como forma de alcançar a imperatividade de temas arbitrariamente selecionados pelo legislador e, conseqüentemente, alargar o conceito de improbidade.

Conforme se verifica das alterações aqui apresentadas, a LIA não contou com alterações normativas de relevo ao longo dos seus anos de vigência. Entre as ocorridas, pode-se identificar dois grupos de alterações, que sintetizam momentos distintos da aplicação da Lei nº 8.429/92: o primeiro deles voltado a evitar abusos por parte da LIA como ferramenta de controle e as conseqüências políticas advindas desse comportamento; o segundo, já em momento posterior, direcionado ao reforço de contun-dência na observância de determinadas normas de Direito Público e o alargamento do conceito de improbidade.

3. Cenário fático que exigiu a reforma da LIA

As alterações observadas até aqui, contudo, não parecem ter tido sucesso, seja na coibição dos atos de improbidade administrativa, seja na maior racionalidade do sistema punitivo desses atos.

Conforme narra Rodrigo Valgas dos Santos⁸, o CNJ, quando da fixação da Meta 18, relatava a existência de 43.773 ações de improbidade em curso em 31 de dezembro de 2011, sendo reduzido para 23.266 ao final de 2012. Apenas no ano de 2017, no estado de Santa Catarina, foram ajuizadas uma média de 2,11 ações de improbidade por município, segundo o supracitado professor.

Se os crescentes números de ações de improbidade apontam para uma disfuncionalidade dos mecanismos da LIA para refrear os atos ímprobos, menos animadores são os dados acerca da racionalização das condenações.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Direito Administrativo*, p. 973.

⁸ SANTOS, Rodrigo Valgas dos *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

Em pesquisa realizada por Carlos Ari Sunfeld e Ricardo Alberto Kanayama⁹, que apurou os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com base no artigo 11 da LIA, mostrou que em apenas um ano foram proferidos 353 acórdãos que tratavam de ações de improbidade por violação dos princípios da Administração Pública. Desses, 244 tiveram como resultado o reconhecimento do ato de improbidade. E 60% dos acórdãos condenatórios envolviam a aplicação genérica dos princípios. Explicam os autores que aplicação genérica dos princípios, no contexto das condenações por improbidade, significa:

Por aplicação genérica, compreendem-se as decisões afirmando simplesmente que “os princípios da administração haviam sido violados” ou que, apesar de mencionarem princípios específicos, deixam de explicar o motivo para se concluir por sua violação. Já por aplicação parcialmente genérica, compreendem-se as decisões que citam conceitos dos princípios presentes na doutrina, mas não contextualizam no caso concreto. São decisões com textos-padrão.

Os dados empíricos não deixam dúvidas com relação ao status conquistado pela LIA no sentido de tornar-se a principal ferramenta para controle e sancionamento dos gestores públicos, superando, inclusive, as ações penais em assuntos conexos. Ademais, a falta de critérios e rigor técnico na estruturação das decisões¹⁰ parece gerar facilidade nas condenações, incentivando a opção dos órgãos legitimados para a predileção pelo ajuizamento de ações de improbidade em detrimento de outras ações cuja técnica para julgamento é mais desenvolvida e exigida. A tipicidade dos atos de improbidade administrativa alargou-se tanto, sobretudo em relação ao art. 11, que passou a comprometer a segurança jurídica. A operatividade

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA Ricardo Alberto. A promessa que a Lei de Improbidade Administrativa não foi capaz de cumprir. *Publicações da Escola da AGU*, v. 12, n. 2, 2020. Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2789>.

¹⁰ Lembra Rodrigo Valgas que: “No Brasil, proliferam sem maior rigor técnico as teorias da ‘cegueira deliberada’, do dano ‘in re ipsa’, da teoria do ‘domínio do fato’ no âmbito das condenações por improbidade, alargando-se demasiadamente – sem qualquer suporte normativo consistente – a incidência aparentemente ‘correta’ da Lei de Improbidade Administrativa” (SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*).

da LIA, muitas vezes, enveredou-se por uma dificuldade muito recorrente associada à tipicidade das infrações administrativas que foi bem-posta por Daniel Ferreira: “O imbróglío, ao contrário, sempre vem à tona a partir do que se ‘imagina’ esteja contido na disposição normativa [...]”¹¹.

Ainda, outros problemas podem ser citados na aplicação da LIA – ao menos até a vinda da Lei nº 14.230/21 –, os quais são tidos com relativo consenso entre os seus operadores, tais como: existência de tipos demasiadamente abertos; a dificuldade na diferenciação dos conceitos de culpa e dolo, principalmente diante de teses jurisprudenciais que permitem condenações com base no chamado “dolo genérico”; ausência de critérios para calcular a dosimetria da pena, o que deságua na condenação em blocos, independentemente da conduta dos agentes.

É inegável, portanto, que alguma reforma se fazia necessária para sedimentar no ramo da proteção à probidade administrativa uma maior racionalidade na utilização desse instituto; maior precisão do conceito de improbidade, após quase 30 anos de experiência; e, também, permitir a criação de um ambiente seguro para o exercício das funções públicas, notadamente a função administrativa. É nessa busca que se constituiu, em fevereiro de 2018, pela Câmara dos Deputados, a comissão formada por juristas de diversos matizes e áreas de operação com vistas a reformular os dispositivos da LIA.

4. Desafios para a Lei 14.230/2021

Ultrapassado o trâmite legislativo, surge a Lei nº 14.230/21, que apresenta uma reforma quase integral do sistema de repressão à improbidade administrativa. Embora tenha se mantido a Lei nº 8.429/92, pode-se dizer que estamos agora diante de uma nova legislação, visto que a quase totalidade de seus dispositivos foi alterada.

Entre as principais mudanças, podemos destacar resumidamente:

- i) A extinção da modalidade culposa, exigindo-se a comprovação do dolo para o sancionamento dos agentes;
- ii) A necessidade de comprovação de atuação dolosa de terceiros beneficiados, induzindo ou concorrendo para a execução do ato ímprobo, para estender-lhe a cominação das penas;

¹¹ FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*, p. 264.

- iii) Exclusão da sanção de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos no tipo de improbidade por ofensa aos princípios;
- iv) Ampliação dos rigores na observância dos requisitos para ajuizamento das ações de improbidade;
- v) Proibição ao julgamento antecipado da lide, sem a devida dilação probatória pretendida pelo réu, na hipótese de condenação do acusado;
- vi) Ampliação da pena máxima da suspensão dos direitos políticos para as hipóteses dos artigos 9º e 10º.

A nova LIA, depois de larga experiência amadurecida em debates e reflexões no meio acadêmico e em sua aplicação na jurisprudência, encontrou a sua identidade – e reencontrou-se com a Constituição – ao explicitamente afirmar-se no campo do denominado *Direito Administrativo Sancionador* (art. 1º, § 4º). Significa dizer que a improbidade administrativa, apesar de sua autonomia constitucional (arts. 15, V, e 37, § 4º), é um capítulo da *responsabilidade administrativa* – que não se restringe à responsabilidade administrativa-funcional. Reconhecer o horizonte da responsabilidade administrativa como gênero leva a afirmar que há diversas espécies, como a administrativa-funcional, a *improbidade administrativa*, fiscalização de obras, vigilância sanitária, infrações tributárias, infrações ao meio ambiente etc. Como diz Fábio Medina Osório:

*Inegavelmente, sabe-se que o Direito Administrativo Sancionador alcança, em tese, situações tão díspares como as atitudes de particulares que atentam contra a ordem pública, v.g., nos casos de infrações urbanísticas, como as atitudes submetidas a especiais relações jurídicas, v.g., agentes públicos praticantes de atos de improbidade. São hipóteses distintas, é de convir, e essa distinção há de ser reconhecida em terreno doutrinário. Há, ainda, as chamadas relações submetidas a um Direito Administrativo disciplinar [...]*¹².

Mas também implica reconhecer que, apesar das características próprias da responsabilidade administrativa, a exemplo da descrição de tipos infracionais não guardar a mesma precisão fática que se encontra nos

¹² OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 450-451.

tipos penais, ainda assim há um conjunto amplo e fundamental de *garantias e proteções* do cidadão em relação ao Estado. Em outros termos, há uma *matriz constitucional* do *Direito Sancionador* que assegura garantias aos acusados que é tão comum ao Direito Civil, ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador. Os direitos fundamentais inscritos no art. 5º da Constituição Federal que se referem ao Direito Sancionador (não há exclusividade do Direito Penal) servem a qualquer âmbito de responsabilidade: civil, penal ou administrativa (e dentro da administrativa, aplica-se à improbidade administrativa).

Tomando-se por referência a larga experiência doutrinária sobre o Direito Administrativo Sancionador na Espanha, pode-se acolher a lição de Alejandro Nieto de que

[...] o Direito Administrativo Sancionador não deve ser construído com os materiais e com as técnicas do Direito Penal mas sim desde o próprio Direito Administrativo, do qual obviamente forma parte, e desde a matriz constitucional e do Direito Público estatal”¹³.

Quer dizer, as naturezas penal e administrativa são distintas, mas há uma estrutura comum, uma *matriz constitucional* igualmente aplicável a qualquer expressão do poder punitivo.

Vale ressaltar, ainda, que tais alterações na LIA, em sua maioria, estão em sintonia com um movimento maior, que vem sendo experimentado no ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos últimos anos. Ao menos desde 2015, com a vinda do mais recente Código de Processo Civil, vê-se a preocupação na inovação legislativa em suprir a carência na fundamentação das decisões judiciais. Um exemplo dessa preocupação da redação do Código pode ser encontrado no artigo 489, parágrafo 1º, reprovando as decisões judiciais que contornam a necessária fundamentação.

Em 2018, com a reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), buscou-se cercear o uso abusivo e arbitrário de conceitos jurídicos indeterminados, fazendo com que o julgador se afastasse do subjetivismo no emprego de tais noções. Também em 2019 tivemos a aprovação da Lei nº 13.964/2019, popularmente chamada de “Pacote

¹³ NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, p. 32.

Anticrime”, que alterou o Código de Processo Penal, fazendo incluir no artigo 315, parágrafo 2º, as mesmas disposições aqui comentadas do Código de Processo Civil acerca da necessidade de fundamentação das decisões.

Tais dispositivos, na visão do professor Georges Abboud, compõem:

uma reação do Legislativo contra a atuação performática e ativista do Poder Judiciário que, recentemente, valendo-se de conceitos vazios e atécnicos, tem se furtado do dever de fundamentar juridicamente suas decisões (artigo 93, IX, da Constituição)¹⁴.

E, verdadeiramente, pareceu ser esse o intento do legislador nas alterações da LIA. Vários dispositivos ali incluídos nada mais fazem do que concretizar, agora na forma de Lei, garantias fundamentais a qualquer acusado dentro de um sistema regido pelo princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. É esse o caso, por exemplo, o intento das normas contidas no artigo 17, parágrafo 10-C (vedação à alteração do fato principal e capitulação legal apresentada pelo autor); parágrafo 10-F, I e II, do mesmo artigo (nulidade da decisão de mérito que condene o requerido por tipo diverso daquele definido na petição inicial ou que negue a produção de provas tempestivamente especificada); artigo 11, parágrafos 3º e 4º (necessidade de explicitação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas para condenação com base em ofensa aos princípios e da lesividade relevante desses).

Ainda nas palavras de Georges Abboud, as transformações recentes na sistemática decisória, em especial aquelas voltadas para o controle decisório do Judiciário, devem ser interpretadas por meio de uma hermenêutica integrativa que dignifique essas novas legislações enquanto garantidoras de direitos do elo mais frágil em processos acusatórios estatais: os acusados.

As alterações inserem-se fortemente nos paradigmas do Direito Administrativo Sancionador. Intensifica-se a segurança jurídica, aperfeiçoa-se a tipicidade das infrações por improbidade administrativa, eleva-se o rigor da fundamentação necessária seja para o processamento

¹⁴ ABBOUD, Georges. A (in)dignidade da legislação e o pacote “anticrime”. *Consultor Jurídico*, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/georges-abboud-indignidade-legislacao-pacote-anticrime>. Acesso em: 29 nov. 2021.

da acusação, seja para a imposição de medidas preventivas de restrição patrimonial, seja por fim para eventual condenação por atos ímprobos e a consequente imposição de sanções. Para exemplificar essas referências, vale destacar alguns incisos do art. 11 da LIA. O inciso VI, na redação antiga, dizia “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo” e foi modificado para “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, *desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades*”. O acréscimo não é aleatório. Ao se acrescentar, especialmente, o propósito de ocultar irregularidades a tipicidade da LIA deu importância à *relação de pertinência* entre conduta e resultado, o que se ajusta à necessidade de perquirir o dolo (consciência e voluntariedade) e reforça que a improbidade se configura pelo fim de violar a ética da função administrativa; portanto, eventual decisão de condenação deve amplificar-se em fundamentação para qualificar o ato de improbidade porque é preciso apontar o propósito ilícito.

A *relação de pertinência* reaparece no inciso V. Antes se dizia, “frustrar a licitude de concurso público”, e na nova redação se afirma “frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, *com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros*”. A tipicidade da improbidade administrativa não se dá em abstrato por suposta violação de um princípio jurídico. Mas sim se a conduta for movida *com o fim de* – no caso do inciso, obtenção de benefício. Ajustam-se aqui as lições de Daniel Ferreira: “Mostra-se melhor, para a construção da Teoria Geral da Infração, assumi-lo como ‘expressão de vontade’, de um ‘querer algo’ e ‘ativo’, que não se confunde com o ‘desejo’ porque este pode nunca vir a se manifestar”¹⁵. A *relação de pertinência* entre conduta e resultado é traço característico do regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador, porque permite alinhar legalidade, tipicidade e dolo no contexto dos fundamentos do Estado de Direito.

A maior precisão descritiva ocorrida em alguns incisos da nova lei cumpre a advertência bem-posta por Celso Antônio Bandeira de Mello:

A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida

¹⁵ FERREIRA, Daniel. Op. cit., p. 276.

*alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrado possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja ‘objetivamente’ reconhecível*¹⁶.

A conexão entre conduta e fim almejado ilumina a presença do dolo e eleva, por consequência, a exigência de qualidade da fundamentação das manifestações jurídicas – tanto de quem acusa quanto de quem condena – para que prevaleça a clareza e a transparência das razões pelas quais alguém é acusado ou condenado por improbidade administrativa. É um reforço à tipicidade do Direito Sancionador em geral – no qual se encontra não apenas o Direito Penal, mas também o Direito Administrativo Sancionador. Como dizem os espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a tipicidade comporta

*[...] dupla exigência: do princípio geral de liberdade, com base no qual se organiza todo o Estado de Direito, que impõe que as condutas sancionáveis sejam exceção a essa liberdade e, portanto, exatamente delimitadas [...] em segundo lugar, a correlata segurança jurídica [...] que não se cumpriria se a descrição do que é passível de sanção não permitisse um grau de certeza suficiente para que os cidadãos possam prever as consequências dos seus atos [...]*¹⁷.

Ou, nas palavras do espanhol Alejandro Nieto, apesar de naturezas jurídicas distintas tanto o Direito Penal quanto o Direito Administrativo Sancionador “[...] encontram uma raiz comum no Direito Público estatal baseado em uma ‘potestas puniendi’ única de titularidade estatal [...]”¹⁸.

Daí por que ter se consolidado na doutrina a conclusão da incidência de uma *matriz constitucional* comum a qualquer intervenção da potestade punitiva. Por exemplo, ao se falar do princípio da legalidade, deve-se

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 869.

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, v. 2., p. 201.

¹⁸ NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 563.

compreender, como destaca o espanhol Juan Alfonso Santamaría Pastor, que é imperativo “[...] o complemento da irretroatividade das normas sancionadoras [...]”, o princípio da proporcionalidade, princípio *non bis in idem*, entre outros¹⁹. Na mesma linha, o espanhol Miguel Sánchez Morón (2005) destaca a proibição de analogia *in peius*, a irretroatividade de normas sancionadoras desfavoráveis e a retroatividade das favoráveis, entre outros princípios do regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador²⁰.

Se é verdade que é preciso ter cuidado com as referências ao direito comparado, em relação ao Direito Sancionador as premissas assentadas na Constituição da Espanha convergem com as inscritas na Constituição do Brasil para efeito de elaboração dos principais fundamentos do regime jurídico sancionador. Na doutrina brasileira, as garantias do Estado de Direito em relação ao poder punitivo são reconhecidas; e, para exemplificar nos temas legalidade e tipicidade, vale mencionar a defesa da aplicação de lei mais benéfica nos estudos de Rafael Munhoz de Mello²¹, Daniel Ferreira²², Heraldo Garcia Vitta²³, entre outros.

Conclusão

Tentou-se ao longo deste texto apresentar algumas das características do surgimento da defesa da probidade administrativa enquanto norma constitucional, quer dizer, âmbito autônomo de responsabilidade, fazendo-se perceber alguns entraves na definição sobre improbidade, o que ao longo do tempo ensejou o alargamento do conceito sem o necessário acompanhamento das garantias devidas a um processo de natureza acusatória.

A vinculação da improbidade com conceitos de ampla dimensão e baixa densidade conceitual não demorou para apresentar como consequência o abuso na utilização das ações de improbidade, o que pode ser percebido não apenas nos movimentos de adequação pretéritos de alteração da LIA – que ora tentavam limitar a atuação temerária dos acusadores, ora ampliava a função da LIA como instrumento de aplicação

¹⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, v. 2., p. 392-407.

²⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo*, p. 664-665.

²¹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Principios constitucionais de direito administrativo sancionador*, 2007.

²² FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*, 2001.

²³ VITTA, Heraldo Garcia *A sanção no direito administrativo*, 2003.

de normas de Direito Público –, mas também no aumento substancial das ações de improbidade e ausência de critérios claros e objetivos dos parâmetros de condenação.

A reforma era inevitável e necessária. O desarranjo institucional das funções estatais já se mostrava no surgimento de diversas legislações cujo fito específico era agregar às decisões judiciais maior aderência ao texto legal, restringindo o uso arbitrário das competências de controle em prol de uma maior segurança jurídica, em especial daqueles legitimados para executarem políticas públicas.

Portanto, o surgimento da Lei nº 14.230/21 recupera o sentido do conceito de improbidade administrativa, aproximando-o do escopo almejado pela Constituição Federal, com a finalidade de garantir maior racionalidade, segurança jurídica e previsibilidade do Ministério Público e do Judiciário para toda a sociedade. A nova LIA valoriza essa instância de responsabilidade jurídica ao localizá-la no capítulo do Direito Administrativo Sancionador, que tem por fundamentos os direitos fundamentais dos acusados, um dos pilares e legados do Estado de Direito. Como lembra Rafael Munhoz de Mello, o “[...] princípio constitucional do Estado de Direito e seus subprincípios formam a base do regime jurídico punitivo, aplicado às manifestações do poder punitivo estatal [...]”²⁴. Ou, de acordo com a larga tradição do direito espanhol a respeito do Direito Administrativo Sancionador, e nas palavras de dois dos maiores expoentes mundiais da ciência do Direito Administrativo, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, o mesmo “*ius puniendi*” do Estado pode manifestar-se tanto pela via judicial quanto na administrativa²⁵.

Bibliografia

ABBOUD, Georges. A (in)dignidade da legislação e o pacote “anticrime”. *Consultor Jurídico*, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/georges-abboud-indignidade-legislacao-pacote-anticrime>. Acesso em: 29 nov. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

²⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, p. 101-102.

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, v. 2, p. 190-191.

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

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

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 5. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaria. *Princípios de Derecho Administrativo General*. 2. ed. Madrid: Iustel, 2009. v. 2.

SANCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo*. Parte general. Madrid: Tecnos, 2005.

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

SUNDFELD, Carlos Ari; KANAYAMA, Ricardo Alberto. A promessa que a Lei de Improbidade Administrativa não foi capaz de cumprir. *Publicações da Escola da AGU*, v. 12, n. 02, 2020. Disponível em <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/2789>.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.