
A PROMESSA QUE A LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO
FOI CAPAZ DE CUMPRIR
THE PROMISE THAT THE
ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW WAS
NOT ABLE TO DELIVER

Carlos Ari Sundfeld

*Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor Titular da FGV Direito SP.
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público*

Ricardo Alberto Kanayama

*Mestre em Direito e Desenvolvimento e Pós-Graduado em Propriedade Intelectual e
Novos Negócios pela FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela UFPR. Advogado.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O uso (e não uso) dos princípios; 2. À procura do elemento subjetivo da improbidade administrativa; 3. O momento esquecido da decisão: a aplicação das sanções; 4. Conclusão: alguns caminhos e uma provocação; Referências.

RESUMO: Após quase 30 anos de vigência, terá a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) cumprido a promessa de enfrentar com consistência a corrupção e a má gestão pública? Para discuti-lo, este artigo se baseia em estudo empírico, de natureza qualitativa, sobre as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) a respeito dos atos de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública (art. 11 c/c art. 12, III, da LIA). O artigo apresenta os resultados relativos à identificação de condutas lesivas a princípios, à fundamentação do elemento subjetivo das condutas e aos critérios de aplicação das sanções, constatando serem recorrentes as insuficiências graves de motivação nas decisões judiciais. A conclusão discute as conexões entre a aplicação da LIA e as alterações feitas pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) e, ao final, propõe a revisão geral da LIA, que, em sua aplicação cotidiana, não resiste ao teste de consistência.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Improbidade Administrativa. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Tribunal de Justiça de São Paulo. Pesquisa Empírica. Fundamentação da Decisão Judicial. Princípios da Administração Pública. Dolo. Sanção.

ABSTRACT: After almost thirty years, has the Administrative Misconduct Law fulfilled its promise to face corruption and public mismanagement consistently? To answer this question, the article is based on an empirical research about qualitative characteristics of judicial decisions of Court of Appeals of São Paulo regarding misconducting acts for violation of public administration principles (art. 11 and 12, III, of LIA). The article presents the results related to the identification of conduct that is harmful to principles, how judicial decisions considered deceit (bad faith) and how they applied the sanctions, noting that serious motivational insufficiencies in judicial decisions are recurrent. Then, we conclude presenting how the Law 13.655/2018, that modified Brazilian Legal Norms Introductory Statute, can improve the application of Administrative Misconduct Law. At last, it is proposed a general review of Administrative Misconduct Law, because the research concluded its application is not consistent.

KEYWORDS: Administrative Misconduct Law. Brazilian Legal Norms Introductory Statute. Court of Appeals of São Paulo. Empirical Research. Judicial Decisions' Motivation. Public Administration Principles. Deceit (bad faith). Sanction.

INTRODUÇÃO

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei 8.429/1992) foi elaborada como resposta a antigos problemas na gestão pública brasileira. Quando seu projeto foi encaminhado ao Congresso pelo Presidente da República da época, foi justificado como um “marco do processo de modernização do País” e como medida indispensável para conter “a prática desenfreada e impune de atos de corrupção, no trato com os dinheiros públicos”¹.

A LIA seria a consolidação de dois pontos caros à Constituição de 1988 (CRF88). O primeiro, a exigência de que a Administração Pública obedeça a uma série de princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, posteriormente, eficiência) e de regras (sobre limites à propaganda, contratações públicas, gestão dos recursos humanos, etc.). O segundo, a sujeição dos atos da Administração ao controle de órgãos externos independentes, em especial o Ministério Público. Para o exercício dessa função de *accountability* horizontal², “precisávamos de uma norma nova (ilícito de improbidade) para ser usada por instituições novas (mormente o Ministério Público) em um foro diferente (as instâncias iniciais do Judiciário) para combater velhos problemas (corrupção) aplicando sanções duras (...)”³.

Diante da inadequação, para esse fim, de antigos instrumentos de controle da gestão pública (ação popular, ação penal, ação de responsabilidade e punição do enriquecimento ilícito da Lei 3.502/1958) uma das estratégias na redação da nova Lei foi optar por tipos muito abertos, vagos e abrangentes⁴, um “tipo de técnica legislativa [que] vê a Administração Pública e seus gestores com grande desconfiança, defendendo como ideais medidas que importem a máxima ampliação de seus riscos”⁵.

Isto ficou claro na redação do art. 11, que considera como atos de improbidade contra os princípios da Administração Pública os que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e no art. 12, que prevê diversas sanções, mas com parâmetros bem escassos de dosimetria.

1 A Mensagem do Ministro da Justiça da época, Jarbas Passarinho, pode ser lida no dossiê completo digitalizado do PL 1.446/1991, no site da Câmara dos Deputados.

2 O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*.

3 GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. p. 293.

4 As justificativas no Substitutivo do Senador Pedro Simon podem ser lidas no dossiê completo digitalizado do PL 94/1991, no site do Senado Federal.

5 ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. p. 358.

Na expectativa de virar o jogo na luta contra a corrupção e a má gestão, a LIA confere grande discricionariedade a quem acusa e a quem julga, confiando que as características institucionais do Ministério Público e do Judiciário, liberados de amarras legais muito cerradas quanto à tipificação de infrações e à imposição de sanções, serão suficientes para garantir a consistência dessa luta.

Não são desprezíveis os riscos assumidos por esse modelo normativo. O perigo é as facilidades da lei – que orienta pouco a propositura e o julgamento das ações de improbidade – abrirem caminho para práticas inspiradas por idealizações, intuições, desconfianças de princípio contra a gestão política e a política, razões midiáticas, personalismo, reações imprudentes, inércia, etc. Resultado desses desvios são a perda de foco da ação punitiva estatal e o desperdício: Ministério Público e Justiça passam a se empenhar no aumento do número de ações e de condenações judiciais, sem muito aprofundamento quanto aos casos concretos e sem medir o efeito real de todo esse esforço sobre o ambiente público.

O efeito pode ser ruim: inseguros diante do risco de se tornarem alvo de ações de improbidade com resultados imprevisíveis e dispendendo de estruturas públicas frágeis, os agentes administrativos se intimidam, passam a priorizar sua segurança pessoal e, com frequência, cruzam os braços (o famoso “apagão das canetas”). Os números são fortes: entre 2010 e 2015, impressionantes 27% do orçamento dos municípios do Estado de São Paulo ficaram sem execução.⁶ Ao longo do tempo, os prefeitos municipais se tornaram os principais alvos, de modo que as ações de improbidade podem ter a ver com a paralisia administrativa.

A LIA é considerada um marco na judicialização da política no Brasil – dando continuidade ao que a Lei da Ação Civil Pública (LACP) tinha iniciado⁷ – ao permitir amplo controle da finalidade dos atos administrativos⁸. A Lei alterou o modo de se construir o que se chama de “interesse público”; antes competência privativa dos agentes públicos eleitos, a partir de então foi se tornando tarefa dividida entre estes, o Ministério Público e o Judiciário⁹.

Terá sido positivo o resultado dessa divisão? Quase três décadas após sua promulgação, terá a LIA cumprido sua promessa de enfrentar com consistência a corrupção e a má gestão pública? Para sabê-lo, é relevante pesquisar como o Judiciário tem realizado o controle sobre as condutas administrativas acusadas de ímprobas, verificando como as decisões têm

6 LICHAND, Guilherme; FERNANDES, Gustavo. *A abundância e a escassez de recursos no setor público*.

7 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. p. 334.

8 ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. p. 152.

9 SUNDFELD, op. cit., p. 318.

aplicado a LIA e qual o grau de consistência da fundamentação judicial em matéria de improbidade.

Não é tarefa simples, considerando a quantidade de decisões judiciais desde sua promulgação, dos diversos órgãos jurisdicionais e de diferentes instâncias. Diante disso, são fundamentais estudos empíricos de natureza qualitativa¹⁰. Este artigo se apoia em pesquisa sobre as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) a respeito dos atos de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública (art. 11 c/c art. 12, III, da LIA), no período de um ano (de 26 de outubro de 2017 a 25 de outubro de 2018), o que resultou, após o refinamento da amostra inicial (524 acórdãos), em um total de 353 decisões¹¹.

A escolha do TJSP se deve à sua representatividade entre os tribunais estaduais do país, por concentrar o maior número de casos de improbidade¹². O foco em pesquisar os resultados ligados ao art. 11 c/c art. 12, III, da LIA se deve à natureza mais aberta dessas normas. Já o recorte temporal se explica pela promulgação da Lei 13.655/2018, que acrescentou dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com o objetivo de conferir maior segurança jurídica às decisões administrativa, judicial e controladora. Assim, os marcos temporais são os seis meses anteriores e os seis meses posteriores à entrada em vigor dessa Lei.

Vários resultados foram coletados na pesquisa. O presente texto se propõe a apresentar brevemente os três principais. No primeiro capítulo, será exposto como as decisões usam os princípios para considerar uma conduta como ímproba, ou como não ímproba. No segundo capítulo, serão analisados os fundamentos utilizados para reconhecer (ou não) o elemento subjetivo da conduta ímproba. O tema do terceiro capítulo é a aplicação das sanções aos agentes ímprobos. O quarto e último capítulo, em que está a conclusão, é sobre o modo como as ideias da LINDB vêm

10 Segundo José Rodrigo Rodriguez, *A dogmática jurídica como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito*, p. 86, o estudo empírico é essencial para o controle do poder soberano e para impedir o arbítrio dos órgãos jurisdicionais.

11 Aprofundar em KANAYMA, Ricardo Alberto. *Improbidade por violação aos princípios da administração pública: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo*. A pesquisa (cuja integralidade está no seguinte endereço: <<https://hdl.handle.net/10438/28949>>) usou os seguintes parâmetros no site de buscas de Jurisprudência do TJSP: (i) no campo Ementa, a expressão: <(11 OU princípios OU honestidade OU imparcialidade OU legalidade OU lealdade) E (8.429 OU 8429 OU LIA OU Improbidade)>. (ii) no campo Classe, as seguintes categorias: <Recursos (apelação cível, apelação/remessa necessária, remessa necessária cível)>. (iii) no campo Data do Julgamento, o seguinte intervalo: <26/10/2017 até 25/10/2018>. A amostra final abrangeu todas as 13 Câmaras de Direito Público competentes, 78 julgadores diferentes (desembargadores e juízes substitutos de 2º Grau), e apelações provenientes de 165 comarcas do total de 322 que integram o Estado de São Paulo.

12 Alguns estudos que apontam isso: SILVA, Paulo Eduardo Alves da; COSTA, Susana Henriques da. *A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa*. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Lei de improbidade administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*.

sendo usadas pelos tribunais, ainda que não expressamente, e como ela pode aperfeiçoar em parte a aplicação da LIA. Ao final, o texto deixará uma provocação ao leitor sobre a necessidade de correção de rumos por meio da revisão geral da LIA.

1 O USO (E NÃO USO) DOS PRINCÍPIOS

Na doutrina, o art. 11 da LIA é alvo de intensos debates. Há defensores e há críticos, a ponto de alguns sustentarem que ele é inconstitucional¹³. Para além disso, discute-se sobre o modo de aplicação dos princípios. Para alguns, o princípio da legalidade se destacaria em relação aos demais, de modo que só haveria ato de improbidade quando houvesse violação a alguma regra expressa¹⁴. Outros autores, defendendo a tese da juridicidade, sustentam a aplicação direta e imediata de qualquer princípio, ou seja, entendem que é dispensável a ofensa de uma regra para que exista ato de improbidade¹⁵.

Mas como os princípios têm sido usados nas decisões do TJSP? Duas foram as principais conclusões da pesquisa. A primeira é que, na maior parte dos casos, não há esforço para determinar o princípio violado e por que o princípio foi violado – que de resto não tem relevância real no julgamento.

Os resultados da pesquisa apontaram uma diferença de fundamentação entre as decisões que absolvem e as que condenam. Nas primeiras, os princípios em espécie tendem a não ser sequer mencionados; simplesmente se afirma que “não houve improbidade” ou “não era caso de improbidade”. Já nas decisões condenatórias, em que o ato de improbidade é reconhecido e que totalizaram 244 dos 353 casos, a pesquisa concluiu que mais de 60% delas tem aplicação genérica de princípios. As decisões judiciais nessa matéria se assemelham mais a *atos de vontade* do que a atos de cognição.

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 os contextualizam no caso concreto. São decisões com *textos-padrão*.

13 Por exemplo, HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*.

14 Por exemplo: SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa: teoria e prática*. OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*.

15 Por exemplo: GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*.

Mesmo nos casos em que a pesquisa identificou esforço de fundamentação quanto ao princípio envolvido, o que realmente determina a decisão condenatória não é a violação dele, mas a constatação de ocorrência de *desvio de finalidade do ato* ou a *omissão em executar ato de ofício* (hipóteses previstas, respectivamente, nos incisos I e II, do art. 11, da LIA). Em suma, *o princípio abstrato nada tem a ver com a conclusão judicial*.

Ademais, a pesquisa demonstrou que para as mesmas categorias de fatos – contratação de serviços, por exemplo – diferentes decisões entendem que diferentes princípios e deveres são violados. Em outras palavras, casos com características similares ou idênticas são solucionados com a aplicação de princípios e deveres diferentes: em um a moralidade, impessoalidade e legalidade podem ser mencionados, ao passo que em outro, apenas se menciona a legalidade e o dever de honestidade, por exemplo. As fundamentações parecem *aleatórias*, baseadas em *palavras-coringa*.

Todos esses fatos levam a concluir que os princípios, na maior parte das vezes, assumem *função ornamental* – de enfeite – na decisão judicial. Se eles não estivessem na decisão, nenhuma diferença faria para o resultado final. Assim, usá-los (ou não) é irrelevante. A invocação, muito difusa ou específica, de princípios como parâmetro do julgamento da improbidade acaba servindo para ocultar os motivos reais da condenação ou da absolvição. Os princípios não conferem consistência ao trabalho judicial.

A esta primeira conclusão se liga a segunda, de que a violação da legalidade estrita (violação de alguma regra específica) é fator determinante nas ações de improbidade. Uma das variáveis construídas na pesquisa foi para saber como o juízo de legalidade interferia no julgamento da improbidade. Dos 353 casos, em 241 há processo de subsunção da norma ao fato, ou seja, o julgador apreciou se alguma regra legal – da Lei nº 8.666/1993, por exemplo – foi (ou não) violada pelo agente público. Mais do que isto, notou-se a *coincidência entre ilegalidade e improbidade*, ou seja, quando se constata ilegalidade, conclui-se ocorrida a improbidade, e vice-versa. Poucos casos foram desviantes.

Em reforço à primeira conclusão, no sentido de que os princípios são enfeites na decisão judicial, percebeu-se que, em muitas decisões que mencionam princípios, teria bastado a citação de uma regra, que se identificara como violada. Não era necessário apelar ao princípio, ainda que ele pudesse ter conexão lógica distante com a regra. Isso mostra que na prática judicial não prevalece a ideia de que “a improbidade não é sinônimo de ilegalidade”, embora esta ideia seja correta e muito repetida em decisões e obras doutrinárias. No mundo real dos julgamentos, *a simples ilegalidade (sem prova de dano nem de enriquecimento ilícito) é a causa principal das condenações por improbidade*.

Essa constatação não leva a uma avaliação positiva da experiência com as ações de improbidade. Essas ações não foram criadas para corrigir simples ilegalidades, pois para isso existem mecanismos judiciais mais adequados (ações de anulação, mandados de segurança, ações populares e, no que interessa à iniciativa do Ministério Público, ações civis públicas). O objetivo principal declarado das ações de improbidade é outro: é perseguir e punir pessoalmente, com severidade, agentes públicos nocivos (e, segundo concluiu a jurisprudência, também os agentes privados que a eles se associem). Não tem sentido punir como ímprobo o agente público pela mera circunstância de sua decisão ter sido revista pelo controlador – aliás, pela mesma razão que não se pune o juiz cuja sentença seja revista pela instância superior. Em suma: *as ações de improbidade estão sendo dirigidas contra os alvos errados e isso tem efeitos perversos para a gestão pública, gerando injustiça e induzindo ao apagão das canetas.*

A conclusão é que o tipo *violação a princípios da Administração Pública* é não apenas inútil, mas também inconsistente com o objetivo das ações de improbidade. A confusão dos princípios tem gerado dificuldades sérias ao julgador da improbidade. É um fator de desvio e desperdício da atuação judicial.

2 À PROCURA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Se os princípios constituem motivo de intensas discussões em matéria de improbidade administrativa, não menos problemático é o tratamento do elemento subjetivo. É verdade que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou algumas teses sobre o tema: (i) é vedada a responsabilização objetiva do agente, exigindo-se dolo no caso do art. 11¹⁶; (ii) este dolo não precisa ser específico, bastando o genérico¹⁷; (iii) a LIA visa punir não o inábil, mas o desonesto que atua com má-fé¹⁸.

Contudo, como a literatura mais atenta já destacou, essas teses não têm contornos precisos. Vivian Ferreira, ao analisar os votos no

16 Segundo a Jurisprudência em Teses, Edição 38, do STJ: “1) É inadmissível a reponsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa, nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.”

17 Segundo a Jurisprudência em Teses, Edição 40, do STJ: “9) O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.”

18 Por exemplo, no acórdão AgInt no AREsp 569.385/SE, do STJ, afirmou-se, citando vários precedentes da Corte, que “a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e de boa-fé.”

acórdão do STJ que deu origem ao entendimento sobre o dolo genérico em improbidade, mostrou que os Ministros não fazem a distinção necessária entre vontade e voluntariedade, nem definem o significado de *consciência da ilegalidade da conduta*.

Verifica-se, portanto, uma divergência entre os ministros quanto aos contornos do dolo genérico que se pretendeu definir: se, por um lado, o Ministro Humberto Martins sustenta que o dolo seria natural, correspondente à simples vontade de fazer algo, não importando a consciência da ilicitude, por outro lado, o voto do Ministro Mauro Campbell Marques parece basear-se na ideia de que o dolo envolve os elementos normativos do tipo proibitivo, de modo que, ainda que não se exija comprovação de que o agente visou enriquecer ou se favorecer, ainda assim seria o caso de indagar se tinha consciência (ou deveria ter) de que estaria a violar um princípio regente da Administração Pública ao agir da forma como agiu.¹⁹

Ademais, as teses acabam confundindo dolo com má-fé, que, a rigor, seriam institutos complementares, mas não coincidentes²⁰. Diante desses problemas teóricos, e considerando que o elemento subjetivo deveria ser determinante nas ações de improbidade – pois é ele que, em tese, pode separar uma ação ilegal de uma ação ímproba – a pesquisa se propôs a identificar como as decisões do TJSP estavam tratando o dolo ou sua ausência.

Nesse ponto, duas foram as constatações. A primeira é que tem ocorrido uma “erosão dos filtros da improbidade”²¹: não são poucas as decisões sem fundamentação acerca do elemento doloso nas condutas, tanto para condenar, quanto para absolver.

A não fundamentação se dá por diferentes formas. A primeira é simplesmente ignorar qualquer investigação da consciência da ilicitude na conduta do agente público. Ocorre, nesses casos, um “salto” da ilegalidade para a improbidade: identifica-se a ilegalidade no comportamento e, logo após, ainda que se afirme em abstrato a necessidade do dolo, reconhece-se automaticamente a improbidade.

19 FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública*. p. 14 – 15. No mesmo sentido NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. p. 83.

20 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. p. 179.

21 Aproveita-se, aqui, da feliz expressão cunhada por Anderson Schreiber, na obra “Novos Paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos”, ao tratar da “erosão dos filtros da responsabilidade civil”, ou seja, da descon sideração dos requisitos culpa e do nex o causal para a responsabilização por danos.

Outra forma de ignorar o elemento doloso na violação aos princípios da Administração Pública é afirmar que tal elemento seria desnecessário ou de que há improbidade mesmo sendo duvidosa sua presença, por o ponto não estar esclarecido suficientemente. Em outras oportunidades, as decisões condenam o agente público em razão da culpa, não obstante o art. 11 exija o dolo.

Essas duas formas envolvem, na prática, o uso de uma espécie de *presunção genérica de improbidade*, cujo efeito é baralhar os conceitos de ato ilegal e ato improbo.

Contudo, uma das formas mais recorrentes desta erosão do elemento subjetivo é o uso, para condenar, de *presunções mais específicas*, como as exemplificadas nestas expressões: o agente tinha (ou devia ter) conhecimento da ilegalidade; o agente tinha o dever de conhecer a lei; a formação do agente era suficiente, por si só, para comprovar seu conhecimento da ilegalidade; o agente público exercia o poder hierárquico sobre outros agentes; a conduta já era suficiente para revelar a intenção. Outra situação é simplesmente presumir que o agente quis se beneficiar, ou beneficiar terceiro.

Todas essas presunções cabem no chamado dolo genérico, o que acaba demonstrando que ele é, na verdade, um atalho para as decisões de improbidade. Em outras palavras, se não há prova concreta de que o agente público, de fato, conhecia a ilegalidade, apela-se ao termo dolo genérico para condená-lo, ou ao terceiro, por presunção. Diante disso, a literatura tem demonstrado preocupação com certa linha de argumentação difícil de ser rebatida pela defesa, que criaria um “círculo vicioso e tautológico”:

- a. Ao agir de forma contrária a uma lei (ou ao entendimento que dela tem o órgão que futuramente analisará eventual ação por ato de improbidade administrativa), o agente público viola o dever de observar os princípios que regem a Administração Pública;
- b. Mesmo que não se tenha indicação de que a vontade do autor se dirigiu a uma finalidade específica, era certo que competia a ele conhecer os ditames da lei (ou da interpretação que dela tem o órgão julgador);
- c. Assim, no mínimo o agente público deveria saber que o resultado da ação poderia acarretar o fim contrário à norma.²²

Conclui-se que “difícilmente se pode imaginar hipótese em que o acusado, nessas circunstâncias, logre desvencilhar-se da teia que

²² NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva*. p. 86.

enredado”²³. No entanto, a pesquisa mostrou que se houver “sorte”, o agente público poderá se desvencilhar desta teia.

E, então, se chega à segunda conclusão sobre o modo como as decisões do TJPS têm fundamentado o elemento subjetivo da conduta de improbidade: as teses construídas pelo STJ quanto ao tema são atalhos perigosos e volúveis, que permitem aos julgadores chegar a diferentes conclusões – absolvição ou condenação – ainda que tratem da mesma situação. O que se quer dizer com isso?

Tal como já havia sido diagnosticado na jurisprudência do STJ²⁴, percebeu-se que, quando se condena, as decisões usam a tese da suficiência do dolo genérico, ainda que sem analisar na fundamentação se o agente conhecia ou não a ilicitude. E, quando se absolve, geralmente se usa a tese de que a LIA visa a punir só o desonesto e o desprovido de boa-fé.

Essa constatação foi obtida pela comparação de decisões envolvendo categorias de fatos similares ou idênticas e, até mesmo, nos poucos casos com resultado por maioria de votos. Nestes últimos, ficou bastante evidente que um julgador condena por visualizar dolo genérico, ao passo que outro absolve por não verificar má-fé ou desonestidade.

Não é possível, sob pena de a decisão não ter coerência interna²⁵, usar as teses sobre improbidade concomitantemente, pois elas se anulam. Há um problema na justificação externa das decisões²⁶: as teses não são sólidas. Daí porque a pesquisa chamou as teses de “atalhos perigosos”: dependendo da sorte do agente público, o julgador tomará um atalho e o absolverá, ou outro atalho e o condenará.

É importante a ressalva: nem todas as decisões padecem deste problema. Parte delas consegue, a partir de outros fundamentos mais concretos, encontrar o elemento subjetivo na conduta. E o fazem não por usarem uma ou outra tese, mas por atentarem às circunstâncias que envolvem a conduta, a fim de saber se o agente público tinha real consciência da ilegalidade que estava praticando, se havia alguma finalidade escusa ou objetivo ilícito; são decisões que prestam atenção ao contexto, sem apelar às presunções. Este, aliás, tem sido um caminho apontado nas ações de improbidade²⁷, mas sobre isto se tratará na conclusão. Antes, convém expor como as decisões aplicam as sanções.

23 NEISSER, Fernando Gaspar. *Dolo e culpa na corrupção política*. p. 86

24 GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública*. p. 315 – 316.

25 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito processual civil*. p. 82

26 PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais*. p. 84.

27 FERREIRA, Vivian Maria Pereira. *O dolo da improbidade administrativa*. p. 19

3 O MOMENTO ESQUECIDO DA DECISÃO: A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES

Na LIA, a natureza aberta não se limitou à tipificação das condutas (os princípios) ou a seus requisitos (o elemento subjetivo). As sanções foram tratadas da mesma forma. No art. 12 há quatro incisos que repetem a mesma série de sanções, com pouca variação. Ao contrário de outras leis punitivas, como os Códigos de Trânsito e Penal, a LIA não relacionou condutas específicas às sanções correspondentes, ou seja, em verdade não definiu em quais situações determinada sanção seria adequada ou obrigatória.

Estudo atento das sanções da LIA mostra que todas carecem de contornos definidos quanto a seu alcance e a sua abrangência. Qual função o agente público deve perder? A proibição de contratar se estende a contratos de quaisquer entidades estatais ou é limitada a contratos da entidade lesada pelo ímprobo? A Lei não responde.

Tampouco a LIA trouxe parâmetros robustos para a fixação das sanções, limitando-se a critérios como *gravidade da conduta*, *extensão do dano* e *proveito patrimonial do agente* – claramente insuficientes, pois o art. 11 dispensa, para a configuração da improbidade, a ocorrência de dano e de enriquecimento ilícito. O texto da LIA “é menos para especificar e precisar que para apanhar e abranger», ela “não se preocupa muito com circunstâncias da gestão administrativa, com exceções, excludentes ou atenuantes”²⁸.

A Lei parece ter apostado no senso de “razoabilidade” e de “proporcionalidade” dos julgadores de todo o país, em todas as instâncias, uma aposta arriscada. Quais os efeitos disso nas decisões judiciais?

Segundo identificou a pesquisa, em pelo menos metade dos casos em que a improbidade foi reconhecida os acórdãos não têm qualquer fundamentação quanto à escolha judicial das sanções; sanções são impostas sem nenhuma menção aos critérios legais. Na outra metade, em geral há simples remissão mecânica aos parâmetros do parágrafo único do art. 12 (*extensão do dano e proveito patrimonial do agente*), sem real justificação ligada ao caso concreto.

São também recorrentes frases vazias para justificar a dosimetria: “a irregularidade praticada não foi de grande monta e não resultou em maiores prejuízos à Administração Pública”; “são compatíveis com a gravidade da infração e com os limites legais, de modo que ficam mantidas”; “tendo a sanção sido aplicada aos apelantes no mínimo legal, não há falar em sua alteração, devendo ser mantida”; “havendo de se afastar as demais sanções, mais rigorosas, reservadas a condutas de maior potencial ofensivo, as

28 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. p. 330.

quais aqui não se justificam, considerando o grau de reprovação social das condutas ímprobas de que se está tratando”.

Em suma, em verdade as decisões não explicam por que a conduta é reprovável, por que a conduta é grave, por que há pertinência da sanção ao caso concreto, qual a finalidade desta ou daquela sanção, em que se baseia a afirmação de que o dano é de alta monta, com qual critério se mediu a proporcionalidade da sanção.

A pesquisa não identificou esforço do Tribunal para estruturar parâmetros que orientem a aplicação de sanções, garantindo sanções similares para casos similares (como usar precedentes para definir o valor da multa em um novo caso). A falha não é peculiaridade deste Tribunal de Justiça: outros estudos constataram que também o STJ tem se eximido de construir parâmetros de dosimetria²⁹.

Assim, foi comum encontrar decisões que, para fatos com características semelhantes às de casos anteriores, aplicam sanções diferentes – ou que, para casos bem diversos, dão as mesmas respostas sancionatórias. O problema, claro, não está na identidade ou diversidade da solução, mas na falta de justificativa da escolha das sanções, que soam como aleatórias.

A conclusão deste tópico, portanto, é no mesmo sentido do que alguns autores já destacaram em relação ao Direito Penal:

a sanção tem assumido a forma de uma *mera consequência* da decisão sobre a imputação. Trata-se de uma *mera consequência sem material para refletir e discutir* o caso concreto, o que, muitas vezes, pode esvaziar o processo decisório, reduzindo-o a um cálculo aritmético.³⁰

4 CONCLUSÃO: ALGUNS CAMINHOS E UMA PROVOCAÇÃO

As conclusões apresentadas neste texto são algumas dentre as encontradas na pesquisa sobre as decisões do TJSP quanto à improbidade por violação aos princípios da Administração Pública. Os resultados encontrados têm representatividade limitada, não permitindo uma generalização estatística. De qualquer modo, como recorte dessa prática judicial, eles apontam problemas que não podem ser desprezados.

A pesquisa não se limitou à análise quanto à consistência da fundamentação das decisões judiciais. Alguns caminhos foram encontrados. Uma das preocupações foi explorar a conexão entre o conteúdo da Nova LINDB (Lei 13.655/2018) e a aplicação da LIA. Como essa lei era ainda

29 SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. *Probidade administrativa como direito fundamental difuso*. p. 216.

30 MACHADO, Maíra Rocha. *Entre a lei e o juiz: os processos decisórios na definição de penas*. p. 190.

muito recente no período abrangido pela pesquisa, naturalmente nenhum dos acórdãos a citou. No entanto, seu conteúdo esteve presente. Como assim?

Observou-se que algumas decisões se utilizam de raciocínio compatível com a busca da segurança jurídica pretendida pela nova LINDB. Por exemplo: certos acórdãos, ao usarem princípios como justificativa, cumpriram o ônus argumentativo correspondente (art. 20 da LINDB); outros acórdãos ponderaram as consequências da eventual omissão do agente público (analisando as exigências, obstáculos e dificuldades reais do gestor, como exige o art. 22, *caput*); alguns fizeram teste de deferência em relação ao ato administrativo³¹.

O ponto que mais se destacou em certos acórdãos foi o esforço de contextualização das condutas em julgamento, como disposto no art. 22 da LINDB. Esta foi uma contribuição da nova LINDB: ser um “projeto antirromântico ou anti-idealista”, tendo como objetivo “introduzir uma boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de direito público”³². Fala-se muito em exercício de empatia do controlador em relação ao controlado.

Algumas decisões materializaram o significado de “obstáculos e dificuldades reais” da gestão pública: problemas financeiros de pequenos municípios, escolhas trágicas dos administradores, dificuldades na interpretação da norma de comando. Contudo, como a literatura tem destacado, as justificativas do agente administrativo devem ser sérias, verdadeiras e convincentes na demonstração de que a sua ação foi limitada, imposta ou condicionada pela realidade³³; sem isso, as decisões judiciais as consideram insuficientes.

A constatação relevante é que tais justificativas são apreciadas e contextualizadas pela Justiça, de modo que a qualidade da fundamentação das decisões desta depende da qualidade da fundamentação do ato administrativo. O ônus argumentativo é tanto do controlado quanto do controlador – e o desempenho de um interfere diretamente no do outro.

Ainda, percebeu-se que o conceito de erro grosseiro (art. 28 da LINDB) pode auxiliar na análise das ilegalidades e do elemento subjetivo, não obstante o art. 11 da LIA exija dolo e não culpa. Por fim, o §§ 2º e 3º, do art. 22 da LINDB (sobre critérios de aplicação de sanções), podem, embora timidamente, contribuir para fundamentações mais robustas na imposição das sanções de improbidade e para chamar atenção ao problema

31 PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas*. p. 11.

32 JORDÃO, Eduardo. *Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro*. p. 65 – 66.

33 *Ibidem*, p. 74.

não resolvido das múltiplas sanções para os mesmos fatos, impostas por esferas de controle diferentes.

Não obstante os caminhos encontrados para aperfeiçoar a aplicação da LIA com a LINDB, os problemas são tão sérios que esta última lei não será capaz de compensar as falhas todas da primeira. Por isso, este texto deixa uma provocação.

Com quase trinta anos de vigência, ainda se observam problemas muito graves na fundamentação das decisões judiciais em matéria de improbidade administrativa. As teses construídas pelo STJ não têm se mostrado suficientes para a aplicação consistente da LIA. Tampouco a doutrina tem ajudado nesta tarefa, em parte porque suas ideias são ignoradas pelos tribunais³⁴. Esta é a conclusão da pesquisa, a partir dos resultados encontrados.

O problema não parece estar apenas nas práticas judiciais. A volubilidade – a escolha de um atalho ao invés de outro – não é característica de julgadores específicos, pois a prática é generalizada. Não dá mais para ignorar que a redação da LIA é que incentiva a volubilidade das decisões.

Chegou a hora de uma alteração substancial na LIA – não mais mudanças incrementais, como costuma ser. É preciso conferir densidade bem maior às suas normas, tanto no que diz respeito às infrações, como às sanções. A LIA é boa para gerar manchetes, mas não ajuda à luta consistente contra a corrupção, tampouco à melhoria da gestão pública. Ela não foi capaz de cumprir sua promessa. É o que sugerem os dados da pesquisa utilizada neste artigo. Não há razão para mantê-la como testemunho de nossa tendência ingênua de, ignorando a técnica, acreditar em simples promessas.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ, Editora Sumaré e Fapesp, 2002.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1.446/1991*. Dossiê completo digitalizado. Brasília. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2D37E484D9381679B4A9709E498D52EB.proposicoesWebExterno1?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em: 08 fev. 2020.

³⁴ A pesquisa constatou essa irrelevância ao buscar identificar não só quais autores citados, mas também o modo como suas ideias são utilizadas pelas decisões judiciais.

BRASIL. SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 94/1991*. Dossiê completo digitalizado. Brasília. Obtido através do Sistema de Informação ao Cidadão do Senado Federal, protocolo nº 0011869/18 PA, recebido por e-mail [de SIC@senado.leg.br para ricardo@kanayama.adv.br] na data de 20/09/2018.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 569.385/SE*. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília. Julgamento em: 02/10/2018 (2018a). Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1571013&tipo=0&nreg=201402131991&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190306&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Jurisprudência em Teses, Edição 38: improbidade administrativa - I*. Brasília, 2015b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Jurisprudência em Teses, Edição 40: improbidade administrativa - II*. Brasília, 2015c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2040%20-%20Improbidade%20Administrativa%20-%20II.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

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*. São Paulo. v. 15, n. 3, p. 1 – 31, set./dez. 2019.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2013.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (coord.). *Lei de Improbidade Administrativa: obstáculos à plena efetividade do combate aos atos de improbidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

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

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 63 – 92, out. 2018.

KANAYAMA, Ricardo Alberto. *Improbidade por violação aos princípios da administração pública: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo*. 2020. 274 f. Dissertação de Mestrado em Direito, FGV Direito SP, São Paulo, 2020. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28949>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

LICHAND, Guilherme; FERNANDES, Gustavo. A abundância e a escassez de recursos no setor público. *Valor Econômico*. São Paulo, 16 de abril de 2020, p. A10.

MACHADO, Maíra Rocha. Entre a lei e o juiz: os processos decisórios na definição de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, SP, v. 126, p. 181 – 223, dez. 2016.

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

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

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, V. 44, p. 27 – 54, 1994. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. 4. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas*. SBDP. 2018. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2020.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Fundamentação das decisões judiciais: o controle da interpretação dos fatos e do direito no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. A dogmática como controle do poder soberano: pesquisa empírica e Estado de Direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (org.). *Dogmática é conflito: uma visão crítica da racionalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2019.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da; COSTA, Susana Henriques da (coord.). *A eficácia do sistema jurídico de prevenção e combate à improbidade administrativa*. Relatório de pesquisa apresentado ao Ministério da Justiça/PNUD, no projeto “Pensando o Direito”, Referência PRODOC BRA 07/004. Série Pensando o Direito nº 34: improbidade administrativa. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

SILVEIRA, Ana Cristina de Melo. *Probidade administrativa como direito fundamental difuso*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

SIMÃO, Calil. *Improbidade Administrativa: teoria e prática*. 3. ed. revisada e atualizada. Leme: J. H. Mizuno, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2017.