
REFLEXOS DO ART. 28 DA LINDB NA LEI
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
UMA NOVA FORMA DE COMBATE
À CORRUPÇÃO POR MEIO DE UMA
MELHOR GESTÃO PÚBLICA

*REFLECTIONS OF ART. 28 OF THE LINDB IN THE
ADMINISTRATIVE IMPROBITY LAW: A NEW WAY TO FIGHT
CORRUPTION THROUGH BETTER PUBLIC MANAGEMENT*

Murillo Giordan Santos

Doutor e mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP (Largo de São Francisco). Professor de direito administrativo. Procurador-Chefe da Procuradoria Federal junto à Universidade Federal de São Paulo (Unifesp).

SUMÁRIO: Introdução; 1. Apagão das canetas e dificuldade de gestão; 2. Gestão pública e corrupção; 3. Efeitos da Lei de Improbidade Administrativa na gestão pública; 4. A reação da LINDB: delimitação dos conceitos de culpa e erro grosseiro; 5. A interpretação conforme à Constituição da MP 966/2020 pelo STF: a afirmação da autonomia dos agentes públicos; 6. Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo pretende demonstrar que o art. 28 da LINDB pode ser um novo propulsor no combate à corrupção. Será demonstrado que não se trata, na hipótese defendida, de um enfrentamento repressivo. Ao contrário, defende-se que a garantia de uma gestão pública proativa e criativa, resguardada pela necessidade de demonstração de dolo ou erro grosseiro em face do art. 11 da LIA, trará maior eficiência à atuação estatal, o que desestimulará a buscas de facilidades e ilegalidades pelos interessados. Para tanto, faz uso do método teórico para a análise das fontes bibliográficas sobre o assunto e do método empírico (indutivo) para a análise dos casos concretos. Ao final, constata que o STF, ao conferir interpretação conforme à MP 66/2020, chancelou a previsão do art. 28 da LINDB, abrindo espaço para uma gestão pública eficiente e pautada por critérios técnicos e objetivos, o que desestimulará a busca por práticas de corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Gestão Pública. Corrupção. Lei 13.655/2018. Dolo e Erro Grosseiro. Art. 11 da Lei 8.429/1992.

ABSTRACT: This article intends to demonstrate that the LINDB article 28, might be a new impulse in fighting corruption. It will be demonstrated that, it is not about a repressive confrontation. Instead, it argues that the assurance of a proactive and creative public management, protected by the necessity of demonstrating intention or gross error, under the LIA article 11, will bring more efficiency to the governmental activity, which will discourage seeking the facility and illegality by the interested citizens. Therefore, it makes use of theoretical method for the bibliographic sources analysis about the issue and empirical method (inductive) for the analysis of the specific cases. At the end, it finds that the Federal Supreme Court, giving interpretation according to the MP 66/2020, endorsed the forecast of the LINDB article 28, making way for an efficient public management and guided by objective technical criteria, which will discourage the search for corrupt practice.

KEYWORDS: Public Management. Corruption. 13.655/2018 Act. Intention or Gross Error. LIA article 11.

Introdução

O senso comum formado em torno da corrupção no Brasil levou à adoção de diversas medidas rígidas para combatê-la. Essa rigidez vai além da severidade das punições previstas como decorrência de práticas ilícitas, alcançando regras de gestão rígidas.

No primeiro caso, pode-se citar o art. 11 da 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), cuja interpretação vem sendo alargada para qualificar como ímprobos uma série de condutas de gestão¹. No que se refere às regras rígidas de gestão, a Lei 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas) materializa a diminuição da discricionariedade dos gestores como forma de evitar a corrupção estatal².

Em ambas as situações, no entanto, verifica-se um grave efeito colateral que consiste no engessamento da gestão pública, inibindo a criatividade do gestor em buscar soluções mais ágeis e eficientes para o atendimento das necessidades sociais.

Cria-se, com isso, uma cultura de medo entre os responsáveis pela gestão estatal, que, por temor à rigidez das regras punitivas e por receio à forma como são aplicadas, acabam se agarrando a um formalismo exagerado, que, como mencionado, é adotado por algumas leis justamente como forma de combate à corrupção.

Esse cenário gera uma verdadeira inação da gestão pública brasileira, pois seus artífices ou estão amedrontados de serem submetidos a uma sanha punitivista ou estão submetidos às regras gerenciais extremamente formais, mais voltadas para a própria forma do que para os objetivos que pretendem alcançar.

Não se está a negar os malefícios causados pela corrupção no Brasil e a premente necessidade de combatê-la. Todavia, inobstante a boa intenção do legislador em combater esse mal endêmico que prejudica a sociedade brasileira há tantos anos, não se deve deixar de buscar a

1 Além do caráter genérico e aberto do art. 11 da LIA, a jurisprudência vem alargando ainda mais essa amplitude. Segundo Flávio Unes Pereira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) propugna a insuficiência do dolo genérico como elemento configurador do ilícito de improbidade. Todavia, embora tal entendimento seja um avanço por exigir a presença de dolo para a aplicação do art. 11 da LIA, a análise jurisprudencial demonstra que esse entendimento nem sempre é aplicado. “Isso porque a compreensão do dolo genérico tem sido feita de modo perigoso, desconsiderando elementos importantes, falhando na avaliação probatória e aproximando o dolo genérico de uma verdadeira responsabilização objetiva” (Comentário doutrinário: dolo na improbidade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito administrativo v. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 451).

2 O maior detalhamento e o casuísmo nas regras de contratação decorrem, segundo André Rosillo de um fetichismo legal. Como consequência houve a “redefinição do eixo da disciplina jurídica das licitações, que passou a se centrar no combate à corrupção” (Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 64-64).

harmonia do sistema de combate à corrupção e a eliminação dos efeitos danosos observados, que vêm levando ao chamado *apagão das canetas*.

O medo de agir do gestor público causa dificuldades ao funcionamento estatal, burocratizando ainda mais a atuação administrativa e dificultando os provimentos. Como consequência, a necessidade de driblar os empecilhos burocráticos estimula a corrupção como uma forma de obtenção de “facilidades”³ que deveriam ser naturalmente disponibilizadas pela atividade administrativa de forma indistinta a todos os interessados.

Naturalmente, esses efeitos colaterais geraram reações. Uma delas foi o advento da Lei 13.655/2018, que introduziu novos dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com o objetivo de aumentar a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

De acordo com a justificativa que instruiu o Projeto de Lei do Senado 349/2015, que deu origem a essa norma, um de seus objetivos foi justamente impedir a responsabilização injusta de autoridades públicas que tiveram as suas decisões invalidadas pelo Poder Judiciário ou pelos órgãos de controle.

Tal Projeto de Lei redundou na Lei 13.655/2018, cujo art. 28 introduzido na LINDB reproduz o regramento legal para atingir esse objetivo. O foco do presente estudo é justamente analisar a contribuição dessa norma para combater os malefícios causados pelo excesso de punitivismo à gestão pública brasileira, em especial no que se refere à Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Questionar-se-á se os reflexos da LINDB na LIA podem contribuir para uma melhor gestão pública e, ao mesmo tempo, evitar o estímulo à corrupção causada pela busca de facilidades. Essa análise demanda a rediscussão dos conceitos de culpa e erro grosseiro, tal como efetuado pelo art. 28 LINDB.

1 APAGÃO DAS CANETAS E DIFICULDADE DE GESTÃO

Ao criticar o estado de coisas atual no funcionamento do Estado brasileiro, Marçal Justen Filho identifica aquilo que ele denominou de *direito administrativo do espetáculo*, caracterizado por institutos e interpretações distantes da realidade cujo fim é criar um *cenário imaginário e destinado*

3 SUNDFELD, Carlos Ari. Gestão e políticas públicas, regulação e anticorrupção (Palestra). *II Congresso de Combate à Corrupção na Administração Pública: diálogos interinstitucionais*. Escola da Advocacia Geral da União, São Paulo/Capital, 03 de outubro de 2019.

*a produzir o entretenimento dos indivíduos antes do que a efetiva implantação de valores fundamentais.*⁴

Walfrido Warde utiliza imagem semelhante para abordar a corrupção na sociedade brasileira e analisar, de forma crítica, os efeitos que a *espetacularização* do seu combate vem causando ao país. Segundo esse autor, a falta de planejamento e de sincronização da atuação dos agentes envolvidos no combate à corrupção vêm levando à prática de excessos e de transgressões pelo próprio Estado. Como consequência, essa atuação desconforme, sob o pretexto de combater a corrupção, acabou por arruinar diversas empresas e a criminalizar a política como um todo.⁵ De maneira semelhante, é o que também está ocorrendo com a aplicação do art. 11 da LIA. Sob o manto do combate à corrupção, o abuso em sua interpretação está inviabilizando a atuação da gestão pública brasileira.

Um dos fundamentos encontrados para a promoção do *espetáculo* em questão é a preferência por *princípios* em detrimento das *regras*, pois estas últimas possuem conteúdo mais determinado. Com isso dá-se a impossibilidade de uma definição prévia e precisa das condutas toleradas pela ordem jurídica.⁶ Em outras palavras, gera uma falta de limites legais claros, impedindo que o combate à corrupção seja feito com eficiência, honestidade e senso de justiça.⁷ O controle da Administração baseado em princípios e sem regras claras amplia a dificuldade de delimitação das condutas esperadas por parte dos agentes públicos, causando insegurança jurídica e temeridade. É justamente o que se passa com o art. 11 da LIA.

Após analisar diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a aplicação desse dispositivo legal, Flávio Henrique Unes Pereira e Raphael Rocha de Souza Maia concluem que basear a improbidade administrativa na violação a princípios permite abarcar qualquer ilícito na Lei de Improbidade Administrativa devido à vagueza conceitual que permite considerar como elemento punitivo o *dolo genérico* do gestor público. Esse ambiente, aliado às graves consequências punitivas da LIA, cria um cenário de imensa insegurança jurídica, levando ao chamado *direito administrativo do medo* e ao fenômeno do *apagão das canetas*.⁸

4 O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 68.

5 O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018, p. 10-11.

6 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 74.

7 WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país*. Rio de Janeiro: LeYa, 2018. p. 46.

8 Direito administrativo do medo, apagão das canetas e improbidade administrativa: por uma reflexão acerca da (in)constitucionalidade da “violação a princípios” como espécie de improbidade administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 224, p. 15-22, out. 2019, p. 17.

Pesquisa empírica do Instituto de Direito Público (IDP), em parceria com a Confederação Nacional de Municípios (CNM), analisou 806 recursos enviados ao STJ no período de janeiro de 2005 a 27 de julho de 2018, todos versando sobre ações de improbidade administrativa no âmbito municipal. Desse total, 467 recursos diziam respeito a supostos ilícitos decorrentes de violações a princípios da administração pública enquanto somente 346 envolviam prejuízo ao erário. Versavam sobre enriquecimento ilícito somente 88 recursos.⁹

Diante desse quadro, é natural que os atores da gestão estatal, o que inclui os particulares que se relacionam com a Administração Pública, estejam receosos de buscar uma gestão mais eficiente e dinâmica, pois isso requer certa dose de inovação e criatividade, que se quedam minguadas diante do instinto natural de sobrevivência e autopreservação.

Os prejuízos dessa atuação receosa para a gestão pública são imensos. Não que esse seja o único problema da atuação estatal, mas, sem dúvida, deve ser diagnosticado e reparado. O art. 28 da LINDB, introduzido pela Lei 13.655/2018, apresenta-se para remediar esse problema.

Ademais, embora seja causado por justamente pelos métodos dissonantes de combate à corrupção, o apagão das canetas acaba por gerar um outro efeito colateral: o agravamento da própria corrupção, conforme se passa a demonstrar no item subsequente.

2 GESTÃO PÚBLICA E CORRUPÇÃO

A noção de gestão pública está ligada aos movimentos de Reforma do Estado, muitos dos quais inspirados na racionalidade da *Public Management*. Trata-se de uma tentativa de ultrapassar o modelo burocrático weberiano e aproximar a administração do Estado das ideias e técnicas da gestão privada.

Sob certo aspecto, gestão pública significaria superar a atividade de *administrar*, identificada, em seu sentido clássico, como o exercício da autoridade pública dentro de uma estrutura hierarquizada e permeada por uma lógica burocrática weberiana. *Gestionar*, por sua vez, seria uma atividade marcada pela necessidade de inovação sistemática do saber, com o objetivo de empregar o conhecimento como instrumento de melhoria contínua.¹⁰

9 Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/pesquisa-analisa-recursos-de-improbidade-administrativa-no-ambito-municipal>>. Acesso em: 27 maio 2020.

10 HACHEM, Daniel Wunder. Gestão pública e a realidade latino-americana. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70468>>. Acesso em: 25 maio 2020.

Portanto, a gestão pública não pode prescindir da necessidade de inovação, pois é ela que impulsiona a melhoria e o aperfeiçoamento das atividades prestacionais do Estado. Aliás, não se pode perder de vista que o grande mote das reformas gerenciais foi justamente conferir maior eficiência à atuação estatal.¹¹ Desse modo, há uma ligação estreita entre gestão, eficiência e inovação, todas voltadas à melhoria da atividade administrativa brasileira.

Ao mesmo tempo, é indiscutível que a corrupção e seus malefícios devem ser combatidos e extirpados do Estado brasileiro, o que passa, sem dúvida alguma, sob a forma de organização e gestão estatal. Há, com isso, ao menos duas grandes questões a serem consideradas pela gestão pública: a busca da eficiência e o enfrentamento da corrupção.

Como demonstrado no item anterior deste artigo, as formas de enfrentamento da corrupção têm causado dificuldades de gestão devido ao temor de responsabilização que faz recair sobre os agentes públicos e em razão da rigidez das regras e procedimentos que impõe.

Tal lógica, no entanto, tem surtido efeito contrário. Na verdade, a rigidez dos procedimentos e a burocratização como forma de controle servem de incentivo à corrupção. O aumento da burocracia muitas vezes faz com que empresas passem a atuar de forma irregular, pois não conseguem atender todas as exigências formuladas. Essa situação propicia o aumento da corrupção, pois dificulta o controle estatal e opaca a transparência. Ademais, tal situação aumenta a exposição dos agentes públicos a tentativas de cooptação por parte de interessados inescrupulosos.

O controle implacável sobre os gestores públicos, com tentativas de responsabilização objetiva pelos seus atos, ao invés de evitar que cedam a esse aliciamento, acabam levando a uma paralisia da gestão pública (o chamado apagão das canetas). Ao mesmo tempo, não é capaz de afastar os agentes públicos mal-intencionados.

A capacidade de inovação, uma das ferramentas da tão desejada administração gerencial, fica deveras comprometida, pois a possibilidade de erro inerente aos processos inovadores faz que os gestores prefiram manter as práticas existentes, mesmo que elas não tragam os resultados necessários, para não correrem risco de penalização pelos órgãos de controle.

11 A Reforma Administrativa da década de 1990 certamente foi mais ampla do que isso, objetivando a alteração do próprio modelo de Estado. De qualquer modo, a grande inspiração das diversas alterações promovidas pela Emenda Constitucional 19/2008 teve como fundamento a busca pela maior eficiência estatal. Sobre o assunto cf. NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-5.c

Inovar requer a experimentação de hipóteses, que, por sua vez, podem dar errado.¹² Não tolerar qualquer tipo de erro inviabiliza a busca por uma gestão estatal mais eficiente. Uma das leis que melhor evidenciam o descompasso do controle com a atuação estatal mais eficiente (que exige busca contínua pela inovação das formas de atuação) é a Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

3 EFEITOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA GESTÃO PÚBLICA

Como bem observa Adilson Abreu Dallari, embora a LIA possua grande utilidade e elevados propósitos, ela também apresenta aspectos negativos, por ter um efeito inibidor da atividade administrativa, na medida em que a simples imputação de improbidade a um agente público honesto acarreta, por si só, danos irreparáveis à sua imagem devido à sua conotação infamante e à severidade de suas medidas cautelares. O respeitado jurista, no entanto, reconhece que o problema não está na Lei em questão, mas na sua má aplicação.¹³

De fato, como exposto anteriormente, o caráter aberto de alguns dispositivos da LIA possibilita interpretação e aplicação extensivas, sendo capaz de abrigar uma gama muito grande de condutas, tornando impossível predeterminar os atos passíveis de serem considerados ímprobos. Tal característica, além da inevitável insegurança jurídica, gera temeridade de atuação por parte dos agentes públicos, que temem, justificadamente, a severidade de seus efeitos.

Um dos dispositivos da LIA de maior controvérsia e que é apontado como um dos grandes causadores da criticada insegurança e imprecisão é o seu art. 11, que qualifica como ato de improbidade aqueles que atentam *contra os princípios da administração pública*. Além disso, estipula um rol exemplificativo de condutas que podem ser consideradas como ímprobos, tornando a sua aplicação ainda mais imprecisa.

Trata-se do dispositivo mais aberto da LIA, constituindo uma *regra de reserva*, ou seja, caso não seja configurada lesão ao Erário ou

12 “E há ponto correlato: nem sempre o que é inovador é bom. Experimentos existem para verificar hipóteses. É natural que possam dar errado. Na dinâmica entre avanço e retrocesso de normas jurídicas e realidade, sugerida por Hesse, normas devem avançar, sem se descolar muito do real. Às vezes, o avanço atira em excesso para frente (e se torna inefetivo), ou, simplesmente, não é bom” (MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017. p. 173).

13 Prefácio. In: HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 6.

enriquecimento ilícito, o agente que praticou o ilícito poderá ser condenado por improbidade por conduta ofensiva aos princípios da Administração.¹⁴

Há controvérsia doutrinária acerca da constitucionalidade desse dispositivo quando confrontado com o § 4º do art. 37 da Constituição Federal. Embora a maioria dos autores posicione-se pela sua constitucionalidade¹⁵, o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 (LIA), pois a ADI 4.295/DF ainda está pendente de julgamento.¹⁶

Constitucional ou não,¹⁷ o fato é que o art. 11 dessa Lei está trazendo malefícios à gestão pública brasileira devido à vagueza de sua redação e à forma como vem sendo aplicado. A abertura excessiva desse artigo atenta contra o princípio da tipicidade que deve estar presente na definição de qualquer conduta punitiva, seja de natureza penal ou de qualquer outra espécie, inclusive administrativa.

Não se pode negar a necessidade de técnicas flexíveis de normatização, como as normas em branco ou o uso de conceitos jurídicos indeterminados. Porém, no tange às leis sancionadoras, não se pode conceber a delegação total da tipificação da conduta sancionadora, sob pena de inevitável lesão à legalidade e à segurança jurídica.¹⁸

Desse modo, a técnica empregada pelo legislador ao formular o art. 11 da LIA conferiu aos órgãos de controle acentuada subjetividade, o que dá margem a excessos interpretativos prejudiciais ao funcionamento da administração pública.

Se o problema não é a lei, mas a forma como é interpretada e aplicada, resta identificar formas para que ela seja utilizada corretamente. Uma solução seria conferir ao art. 11 interpretação conforme à Constituição, a

14 HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 196-197.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao art. 37 da Constituição Federal. In: *Constituição Federal comentada*. Org. Equipe Forense, p. 512-553. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 542-543.

16 HARGER, op. cit., p. 49.

17 Ainda assim, destaca-se concordância com a opinião do Professor José Afonso da Silva, que se manifesta pela inconstitucionalidade do art. 11 da Lei 8.429/1992 ao comentar o art. 37, § 4º da Constituição Federal: "O que se extrai do texto constitucional e dessa doutrina é que a improbidade administrativa constitui um desvio de conduta qualificado como dano ao Tesouro, aos dinheiros públicos, não sendo assim caracterizado o simples desvio de finalidade, ainda que em proveito do agente. Neste último caso o ato é inválido, porque a finalidade de interesse público do ato é requisito de sua validade, e pode gerar sanções ao agente, mas não as graves sanções que cominam a uma conduta ímproba. A mera ilegalidade do ato não pode caracterizar ato de improbidade" (Comentário contextual à Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 348).

18 Nesse sentido, cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 240-241; FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p.73.

fim de condicionar a condenação por improbidade a uma conduta dolosa que se enquadre em um dos seus incisos.¹⁹

Outra possibilidade seria complementar a sua vagueza com o disposto no art. 28 da LINDB, o que evitaria a responsabilização objetiva dos agentes públicos e devolveria aos gestores públicos a naturalidade para inovar em busca de uma gestão estatal mais eficiente, conforme se passa a discorrer no próximo tópico.

4 A REAÇÃO DA LINDB: DELIMITAÇÃO DOS CONCEITOS DE CULPA E ERRO GROSSEIRO

Em contraposição aos entendimentos que pretendem restringir a ação do gestor público à *aplicação da lei de ofício*, a Lei 13.655/2018 inseriu novos dispositivos na LINDB com a pretensão de propiciar um novo espaço decisório para a Administração Pública, capaz de propiciar a criação de novas alternativas voltadas para a eficiência.

Entre os novos dispositivos inseridos na LINDB, cabe destacar, para os fins almejados por este artigo, o disposto no art. 28, que traz uma delimitação mais precisa para as hipóteses de responsabilização dos agentes públicos: *O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.*

Como demonstrado anteriormente, a temeridade de responsabilização por parte dos agentes públicos tem atrofiado a gestão pública. Ao invés de buscarem novas alternativas para conferir maior eficiência à atuação estatal, preferem, por instinto de sobrevivência, se apegar aos termos estritos da legislação, muitas vezes de forma acrítica e contraproducente.

A intenção do art. 28 da LINDB é justamente resguardar o gestor de boa-fé que *quer fazer uma boa administração a partir de abordagens inovadoras, mas tem medo de agir* em razão da severidade do sistema de controles administrativos, permitindo-lhes condição de experimentação de novas práticas de gestão.²⁰

Outra importante consequência da norma em análise é estimular *seleções adversas* para o provimento de cargos públicos. Explica-se: diante da instabilidade gerada pela jurisprudência do *administrador médio*, desestimula-se o agente público criativo, com perfil inovador e interessado na melhoria da coisa pública a se comprometer com novos desafios, transformando-o

19 HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa*: Lei 8.429/1992. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 198.

20 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018, p. 206.

em um aplicador acrítico, um burocrata no sentido pejorativo da expressão. Ademais, abre espaço para que aqueles desprovidos de bons propósitos assumam postos relevantes.²¹

Delimitar os conceitos de *dolo* e *erro grosseiro* ajuda a combater esse quadro caótico.

Entende-se por *dolo* a intenção deliberada de agir de forma contrária à ordem jurídica, em prejuízo à Administração. Já o conceito de erro grosseiro pode ser retirado do art. 12, § 1º do Decreto 9.830/2019, segundo o qual *erro grosseiro* *aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*.

Ambos os conceitos requerem a presença de elemento subjetivo para possibilitar a condenação de agentes públicos por suas decisões ou opiniões, o que afasta a possibilidade de responsabilização objetiva, inclusive nos casos de improbidade. Acaba-se, portanto, com o *crime de hermenêutica*,²² por meio da descriminalização do *delito de opinião*.²³

A preservação do espaço decisório do gestor público probo permite a melhoria constante da gestão pública na medida em que lhe permite inovar em busca de maior eficiência. Como consequência, ao contrário do que afirmam alguns críticos, contribui para o combate à corrupção devido à diminuição da burocracia excessiva, que, por sua vez, é um dos grandes motes para a busca de favorecimentos e facilidades por meios escusos, que levam ao conluio entre agentes públicos desonestos e corruptores privados.

O art. 28 da LINDB também contribui para o combate à corrupção na medida em que diminui a pressão política sobre as áreas técnicas da Administração, muitas vezes coagidas a tomarem decisões favoráveis a interesses não republicanos e de forma contrária a critérios científicos, pois preserva as opiniões *técnicas* e as *decisões* dos gestores públicos.

Outro avanço no combate à improbidade diz respeito ao aumento da transparência decisória exigido pelo art. 28 da LINDB. A preservação das decisões e opiniões técnicas dos agentes públicos somente será possível diante de adequada fundamentação do seu modo de agir, que, por sua vez, impõe uma processualização que impeça que sejam consideradas como dolosas ou provenientes de erro grosseiro. Em contrapartida, tal modo de atuação inverterá e ampliará o ônus do controlador, a quem incumbirá, por

21 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 131.

22 *Ibidem*, p. 136.

23 MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 93.

meio de provas concretas, demonstrar que o agente público agiu dolosamente para malferir a probidade administrativa ou cometeu erro grosseiro.²⁴

Ainda na esteira do combate à corrupção, acrescenta-se que a delimitação da responsabilização dos agentes públicos trazida pelo art. 28 da LINDB não significa complacência, pois não significa nenhuma simpatia com a desídia, o descuido ou a má gestão, que permanecem merecendo o devido enfrentamento. Deve-se ponderar o equívoco com as motivações e os cuidados que foram tomados.²⁵

Inobstante os inegáveis avanços trazidos pela Lei 13.655/2018, a sua eficácia dependerá de sua aplicação e da respectiva construção judicial, ou seja, o art. 28 da LINDB será realmente aplicado? Em caso positivo, como será aplicado?

Nesse sentido, pode-se verificar que o TCU, por exemplo, mesmo com essa alteração, vem insistindo no critério do *administrador médio*, confira-se:

[...] 44. Entendo, pois, que a conduta desse responsável foge do referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação. Tratou-se, a meu ver, de erro grosseiro, que permite que os agentes respondam pessoalmente por seus atos, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.655/2018) [...].²⁶

Como se vê, a Corte de Contas, no caso em questão, equiparou o erro grosseiro ao seu entendimento sobre o *administrador médio*, ou seja, por tautologia, utilizou a inovação legislativa para manter o seu entendimento anterior ao advento da Lei 13.655/2018.

A esperança de eficácia das inovações trazidas pela LINDB vem com a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento da medida cautelar proferida no bojo da ADI 6.421/DF, em 21 de maio de 2020, cuja breve análise será feita no tópico seguinte.

5 A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO DA MP 966/2020 PELO STF: A AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DOS AGENTES PÚBLICOS

No contexto da decretação do estado de pandemia pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em razão do Covid-19, foram editadas diversas

24 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 137.

25 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018. p. 214.

26 TCU, Plenário. *Acórdão 1.628/2018*. Rel. Min. Benjamin Zymler, j. em 18.07.2018.

normas para combater a estado de calamidade pública gerado pela pandemia. Entre as diversas ações, foi editada a Medida Provisória 966, de 13 de maio de 2020, que trata sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19.

Muitas críticas foram tecidas a essa Medida Provisória. A principal delas foi a de que seria uma tentativa de “blindar” os agentes públicos da responsabilização pelas decisões e opiniões tomadas no contexto da pandemia. Para os propósitos deste artigo, não faz sentido esmiuçar as intenções do Poder Executivo nesse caso ou mesmo as disposições do texto do normativo em questão, que, em grande medida, repete as disposições da Lei 13.655/2018.

Cabe somente sublinhar que a Medida Provisória foi questionada por meio da ADI 6.421/DF, relatada pelo Ministro Luis Roberto Barroso, ocasião em que o STF fixou a seguinte tese ao deferir a medida cautelar pleiteada:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

Como se vê, o STF não fez uso do entendimento do *administrador médio* utilizado pelo TCU, cujo critério de aferição é deveras subjetivo e contrário aos objetivos da Lei 13.655/2018. Ao contrário, a Corte Constitucional brasileira pautou o entendimento acerca do erro grosseiro em critérios objetivos (normas e critérios científicos e técnicos estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas), ou seja, afastou o indesejado subjetivismo combatido pela LINDB.

Essa decisão levou um grupo de respeitados juristas, entre eles os autores do anteprojeto de lei que redundou na Lei 13.655/2018, a se manifestar nos seguintes termos sobre o entendimento firmado pelo STF:

No julgamento de várias ADIs em face da MP 966 (algumas que, inclusive, pretendiam respingar na LINDB), o STF referendou a

constitucionalidade do preceito mais polêmico da LINDB, o art. 28. Mais que isso: declarou que essa lei tem de balizar juridicamente a interpretação e a atuação dos órgãos de controle, que não podem ignorá-la ou distorcê-la [...]. O STF se pronunciou contra o controle que gera o apagão das canetas. Reconheceu ainda que a LINDB é uma lei geral de hermenêutica, com parâmetros para bem interpretar e aplicar outras leis de efeitos concretos, inclusive a MP 966. O STF foi enfático ao reconhecer que não se responsabiliza o gestor que age de boa-fé, apoiado em parâmetros jurídicos e técnicos adequados. E mais: armou que impedir a submissão de gestores à responsabilização objetiva nada tem a ver com dar salvo conduto para o ilícito e a improbidade dolosa.²⁷

Desse modo, a recente decisão do STF parece abrir caminho para a retomada da criatividade na gestão pública brasileira, permitindo, quiçá, a devolução de uma discricionariedade proativa aos gestores, voltadas para a eficiência da gestão, o que, como demonstrado, também é um instrumento de combate à corrupção.

6 CONCLUSÕES

Procurou-se demonstrar que o combate à corrupção não pode ser feito a qualquer custo. Ao contrário, seus métodos devem ser constantemente reavaliados para verificar a sua eficácia e funcionamento.

No caso analisado, verificou-se que o art. 11 da LIA, em que pese a boa intenção do legislador e dos controladores, vem causando o efeito colateral malévolo de engessar a atuação administrativa por medo de responsabilização, o que, aliado ao engessamento de regras de gestão também motivadas pelo combate à corrupção, levou ao chamado *apagão das canetas*.

O remédio proposto pela Lei 13.655/2018 tem grande aptidão para evitar os mencionados efeitos colaterais. No entanto, sua eficácia depende da atuação dos juristas responsáveis pela sua aplicação. O STF deu seu recado, endossando as alterações legislativas propostas. Ainda assim, sua efetivação dependerá da vigilância dos envolvidos, que deverão cuidar para que as esferas administrativa, controladora e judicial sigam a lei conforme o decidido pelo STF. A reclamação constitucional poderá ser um eficaz instrumento de vigilância.

27 SUNDNFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et. alli. *Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966: o terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido da sessão do STF*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>>. Acesso em: 31 maio 2020.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Comentários ao art. 37 da Constituição Federal. In: *Constituição Federal comentada*. Org. Equipe Forense, p. 512-553. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DALLARI, Adilson Abreu. Prefácio. In: HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 5-7.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.

HACHEM, Daniel Wunder. Gestão pública e a realidade latino-americana. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70468>>. Acesso em: 25 maio 2020.

HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: Lei 8.429/1992*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 65/85.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 169-189, jul./set. 2017.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no Direito Público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Comentário doutrinário: dolo na improbidade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.). *Teses jurídicas dos tribunais superiores: direito administrativo v. II*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 451-458.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; MAIA, Raphael Rocha de Souza. Direito administrativo do medo, apagão das canetas e improbidade administrativa: por uma reflexão acerca da (in)constitucionalidade da “violação a princípios” como espécie de improbidade administrativa. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 224, p. 15-22, out. 2019.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Gestão e políticas públicas, regulação e anticorrupção (Palestra), *II Congresso de Combate à Corrupção na Administração Pública: diálogos interinstitucionais*, Escola da Advocacia Geral da União, São Paulo/Capital, 03 de outubro de 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et. alli. *Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966*: o terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido da sessão do STF. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>>. Acesso em: 31 maio 2020.

WARDE, Walfrido. *O espetáculo da corrupção*: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país. Rio de Janeiro: LeYa, 2018.