

MARINO PAZZAGLINI FILHO

Lei de
**IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA
COMENTADA**

9ª edição
REVISTA, ATUALIZADA
E AMPLIADA

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

1. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 Conceito e regramento constitucional

A expressão improbidade administrativa foi inserida pela primeira vez no texto constitucional na Carta Magna de 1988, em seus arts. 15, V e 37, § 4º.

O art. 15 da Constituição Federal, ao proclamar que é “vedada a cassação de direitos políticos”, elenca as hipóteses de sua privação definitiva (perda) ou temporária (suspensão), inserindo na sanção de suspensão dos direitos políticos a improbidade administrativa nos termos do art. 37, § 4º da Constituição Federal.

Esta norma constitucional, que trata das disposições gerais sobre a Administração Pública, estabelece:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos

bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O vocábulo latino *improbitate* tem o significado de “desonestidade” e a expressão *improbis administrator* quer dizer “administrador desonesto ou de má-fé”.

Segundo o conceito de Plácido e Silva, é o ímprobo:

Mau, perverso, corrupto, devasso, falso, enganador. É atributivo da qualidade de todo homem ou de toda pessoa que procede atentando contra os princípios ou as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos. O ímprobo é privado de idoneidade e de boa fama.¹

A ação ou omissão funcional ilícita para caracterizar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.

Como bem doutrina Francisco Octávio de Almeida Prado:

“Probidade” significa honradez, honestidade. “Improbidade” é desonestidade, ausência de honradez. O termo de que o Constituinte se serviu para designar a categoria de ilícitos e quis instituir tem carga significativa acentuada, que interfere profundamente com o elemento subjetivo das condutas configuradoras de improbidade administrativa. O elemento subjetivo é o vínculo psicológico, o nexu subjetivo que une o agente ao resultado. A improbidade pressupõe sempre um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico – este, tomado na sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a transgressão direta à fórmula literal do preceito legal como a contrariedade velada, que

1. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 26 ed. São Paulo: Forense, 2005. p. 715.

importa desvio em relação aos fins legais ou desatendimento aos motivos legalmente qualificados.²

No ponto, destaco voto paradigma do Ministro Luiz Fux:

A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má intenção do administrador.

Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva. (REsp 1149427/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 9-9-2010).

No mesmo sentido, vem decidindo o Tribunal de Justiça de São Paulo:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESVIO DE FINALIDADE E ABUSO DE PODER.

Apreender uma ilegalidade, a parte *objecti*, não é o quanto basta para assentar uma correspondente improbidade (cf. o paradigmático julgado no REsp 721.190 do col. STJ). Nem toda *actio contra legem* é necessariamente *actio ímproba*, porque esta última exige, para logo, um atributo de perversão, de corrupção, de dissolução moral, e, além disso, que esteja nutrida de dolo ou culpa com alguma intensidade: ou seja, não é todo desvio, não é o pecadilho, não é a falta leve que se afeiçoa ao conceito de improbidade (a noção de *improbis* aponta, à origem, ao que é *enormis*, *immoderatus* – vide FORCELLINI, Aegidio. *Lexicon Totius Latinitatis*. 1940. Appendix D-J, p. 21). A Lei nº 8.429/1992 foi prudentemente instituída para o escarmento da improbidade – é dizer, da desonestidade grave, da imoralidade vultosa –, e não para ser um instrumento de perseguição de infrações

2. PRADO, Francisco Octávio de Almeida, *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiro, 2001, p. 37.

veniais. Para o caso, de resto, a acusação de desvio teológico – a que atrelar a conduta objeto– não se confirmou na prova dos autos. Não provimento da apelação e da remessa oficial (que se tem por interposta). (Apelação Cível. 0000722-92.2015.8.26.033 – Des. Ricardo Dip, 29/11/2018).

Improbidade administrativa, pois, é mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé, do agente público no desempenho de função pública.

Esse também é o entendimento do Prof. Marcelo Figueiredo:

Nessa direção, não nos parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de “desonestidade”, ou de improbidade propriamente dita.³

Portanto, **ilegalidade não é sinônimo de improbidade** e a ocorrência de ato funcional ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa.

Assim, a conduta ilegal do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as suas modalidades: desonestidade, má-fé, no trato da coisa pública.

1.2 Lei de Improbidade Administrativa (LIA)

A Lei 8.429, de 2.6.1992, Lei de Improbidade Administrativa, que passo a identificar pela sigla LIA, com a nova redação estabelecida pela Lei 14.230 de 25.10.2021, como a original dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade administrativa,

3. FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49-50.

disciplinando os atos de improbidade administrativa em três categorias: atos que importam enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), atos que causam prejuízo efetivo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), cominando-lhes sanções políticas, civis e administrativas (art. 12). Ademais, define os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, cuida dos procedimentos investigatórios desses atos e regula a ação civil de improbidade. Dispõe, também, sobre declaração de bens, afastamento liminar do agente público, prescrição e infração penal.

A normatização recente da LIA teve por finalidade primordial sedimentar sua inserção no âmbito do direito administrativo sancionador, consignando no art. 1º, § 4º, que aplicam-se ao sistema de improbidade administrativa **“os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador”**, e no art. 17-D, que a ação de improbidade é **“repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal”**.

Assim, aos atos de improbidade administrativa e suas sanções, que têm carga repressiva semelhante aos ilícitos penais, se estendem os princípios e garantias constitucionais dos Direitos Penal e Processual Penal, aplicáveis à todos os ramos do microsistema do direito sancionador, tais como do **devido processo legal** (art. 5º, LIV da CF) e da **retroatividade da lei nova mais benéfica**, este insculpido no art. 5º, XL da Magna Carta:

“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

Esta norma constitucional, cláusula pétreia, como as demais que expressam direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV da CF), na verdade, engloba dois princípios constitucionais:

- o da não retroatividade da lei mais severa;
- e o da retroatividade da lei mais benéfica.

Nessa linha, aplicam-se retroativamente as novas disposições da LIA, que favoreçam, de qualquer modo, os acusados de atos ímprobos, como, v.g., descriminando figura exemplificativa de ato de improbidade enunciado nos arts. 9º e 10 da LIA, eliminando sanção ou cominando

pena menos severa e extinguindo a punibilidade em razão de prescrição (comum ou intercorrente).

De consequência as alterações promovidas na LIA pela Lei 14.230/2021, que beneficiam os investigados ou processados pelo cometimento de ato de improbidade tem efeito retroativo, que pode ser arguido a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, inclusive na fase de execução da condenação.

Assim sendo, no âmbito do devido processo legal, as decisões judiciais que impuseram condenação por dolo baseado em prejuízo presumido (*dano in re ipsa*) decorrente de mera transgressão de norma legal, v.g., por ferimento do Estatuto das Licitações, ou por improbidade culposa de lesão ao erário, à vista da revogação da condenação por dano patrimonial presumido e do tipo culposos de improbidade, devem ser reformadas de ofício ou a requerimento da parte interessada nas ações de improbidade em curso na data da publicação da Lei 14.230/2021.

1.3 Sistema de responsabilização por ato de improbidade administrativa

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa (...)

§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário (suspensa sua eficácia pela ADI 72361).

O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutela a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, que impõe ao agente público, na gestão de bens públicos, o **dever jurídico de agir com honestidade, lisura, retidão**, assegurando, com este modo de ser e agir, a integridade do patrimônio público e social.

A transgressão da probidade, o seu desvirtuamento por má-fé, fundada no dolo, configura improbidade administrativa.

Portanto, a improbidade é a ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo doloso.

Nesse ponto, a LIA passou a conceituar como atos de improbidade administrativa “as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, ressalvados tipos previstos em leis especiais” (art. 1º, § 1º).

E a considerar **dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito, não bastando a voluntariedade do agente** (art. 1º e 2º).

Em suma, o dolo constitui contingente mínimo à subsunção do agente público às sanções da LIA.

Ante a suspensão da eficácia do § 8º acima, introduzido pela Lei 14.230/21, a ação ou omissão do agente público decorrente de divergência interpretativa da LIA, baseada em jurisprudência ainda não pacificada, pode configurar improbidade administrativa.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Art. 1º (...) § 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Ao sistema de responsabilização dos atos de improbidade administrativa aplicam-se os princípios basilares de gestão pública, de observância prioritária de toda atividade estatal, que estão discriminados no art. 37 da CF: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que serão examinados a seguir.

E, igualmente, os princípios constitucionais dos Direitos Penal e Processual aplicáveis a todos os ramos do microsistema do direito sancionador, destacando-se os princípios constitucionais do devido processo penal e da retroatividade da lei mais benéfica, comentados no item anterior.

2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade *constitui* o fundamento e a essência do estado de direito, no qual as leis governam, e não os homens (máxima: *rule by the law, not by men* do direito inglês). Pode ser sintetizado no aforismo “a Administração Pública somente pode atuar em conformidade com a norma jurídica (*secundum legem*)”.

Na lição de Norberto Bobbio,

“toda a norma jurídica representa uma limitação à livre atividade humana; fora da esfera regulada pelo Direito, o homem é livre para fazer o que quiser. O âmbito da atividade de um homem pode, portanto, ser considerado dividido, do ponto de vista do Direito, em dois compartimentos: aquele no qual é regulado por normas jurídicas, e que poderemos chamar de espaço jurídico pleno, e aquele no qual

é livre, e que poderemos chamar de espaço jurídico vazio. Ou há vínculo jurídico ou há a absoluta liberdade. “*Tertium non datur*”⁴

A observância do princípio da legalidade é dever do agente público e prévia condição para atuar licitamente. Expressa relação de subordinação ou vinculação à lei ou, mais precisamente, ao regramento jurídico.

Decorre daí que o princípio da legalidade é direito fundamental do indivíduo, cuja liberdade de atuação só pode ser contida pela norma jurídica, consoante enfatiza o art. 5º, II, da CF:

Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

O princípio da legalidade pode ser sintetizado no aforismo: “a Administração Pública somente pode atuar em conformidade com a norma jurídica (*secundum legem*)”.

O *praeter legem* e o *contra legem* não tem lugar na atividade pública, ou seja, não podem justificar ou legitimar a atuação dos agentes públicos.

Logo, o princípio da legalidade é direito fundamental de toda a pessoa. Somente a lei tem o poder de inibir o livre comportamento do homem. Para os agentes públicos, a solução é inversa: seu desempenho administrativo está inteiramente subordinado à norma jurídica.

Em suma, a **legalidade é o princípio nuclear do sistema jurídico brasileiro e desrespeitá-lo constitui ato de arbítrio.**

2.2 Princípio da moralidade

A moralidade significa a ética da conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para a consecução do interesse coletivo. Nessa

4. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 10 ed. Brasília: UnB, 1997.

pauta de valores insere-se o ideário vigente no grupo social sobre, *v.g.*, honestidade, boa conduta, bons costumes, equidade e justiça. Em outras palavras, a decisão do agente público deve atender àquilo que a sociedade, em determinado momento, considera eticamente adequado, moralmente aceito.

A sociedade brasileira, nos termos dos parâmetros sociais atuais prevalentes, reputa atentados contra o princípio da moralidade administrativa a corrupção e a impunidade dos corruptos; o enriquecimento ilícito dos agentes públicos; a exigência (ou solicitação) e o recebimento de propinas para o atendimento dos pleitos legítimos dos particulares junto à Administração; o tráfico de influências; o sectarismo da conduta de agentes públicos, privilegiando interesses pessoais no trato da coisa pública (*v.g.*, nomeação de parentes em cargos de comissão ou perseguição de desafetos); o malbaratamento do dinheiro público, aplicado seja em mordomias abusivas, seja em propaganda institucional inútil ou de proselitismo pessoal ou partidário.

Em suma, **o agente público, na prestação de atividade administrativa, tem o dever constitucional de se pautar pela ética, ou seja, sem violar a moral vigente na sociedade.** E a esse dever corresponde o direito público subjetivo de todo o cidadão ao trato ético da coisa pública, ou seja, todo o cidadão tem direito à administração honesta e moral.

2.3 Princípio da impessoalidade

O princípio constitucional da impessoalidade caracteriza-se pela objetividade e neutralidade da atuação da Administração Pública, que deve ter por único propósito legal o atendimento do interesse público.

No dizer de Cármen Lúcia Antunes Rocha:

O princípio da impessoalidade da Administração Pública traduz-se na ausência de marcas pessoais e particulares correspondentes ao administrador, que, em determinado momento, esteja no exercício da atividade administrativa, tornando-a, assim, afeiçoada a seu modelo, pensamento ou vontade.

A impessoalidade revela o Estado não-César, contrário àquele que prevaleceu desde a Antiguidade e que tinha na figura do governante o seu padrão normativo e político. A figura do Estado era uma e mesma coisa que o César, por isso a sua face se espelhava em sua lei, em sua bandeira e até mesmo em sua moeda.⁵

Assim, o princípio da impessoalidade impõe ao agente público, no desempenho de função estatal, comportamento sempre objetivo, neutro e imparcial, isto é, imune a seus liames de caráter pessoal, subjetivo ou partidário, procurando o atendimento dos interesses de todos e não de determinados grupos, facções ou indivíduos.

A prática do nepotismo na Administração Pública constitui a mais corriqueira violação do princípio da impessoalidade. Entende-se por nepotismo a concessão por agentes públicos, valendo-se das funções por eles exercidas, de favores, ajudas e privilégios de cunho político a seus parentes, amigos e correligionários. E se concretiza, especialmente, com a nomeação ou a admissão desses para cargos ou empregos públicos, bem assim em favorecê-los tanto nas contratações de obras, serviços e compras, como nas concessões, permissões, alienações e locações da Administração Pública direta e indireta.

2.4 Princípio da publicidade

Entende-se pelo princípio da publicidade o **acesso difuso do público às informações relativas às atividades do Estado**, seja pela divulgação na imprensa (oficial ou particular) ou na Internet, seja pela prestação de contas dos órgãos ou das entidades públicas, seja pelo fornecimento de dados de interesse geral ou individual, quando requeridos, sob pena de responsabilidade.

A publicidade das atividades estatais confere transparência à gestão da coisa pública e permite seu controle interno e externo.

5. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, obra citada, p. 147-148.