

Lei de Improbidade Administrativa e divergências de interpretação para fins de responsabilidade de agentes públicos

Márcio Cammarosano

Professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ex-Presidente do IBDA – Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto CEDDE – Centro de Estudos de Direito e Desenvolvimento do Estado. Advogado e Parecerista em São Paulo. *E-mail*: marcio@cammarosano.com.br.

Palavras-chave: Responsabilização de agentes públicos. Princípio da segurança jurídica e da confiança legítima. Improbidade administrativa.

Sumário: Introdução – **1** Da presunção de constitucionalidade e interpretação conforme a Constituição – **2** Do princípio da segurança jurídica e da confiança legítima – **3** Do princípio da vedação do retrocesso – **4** Do suposto esvaziamento da tipicidade em matéria de improbidade administrativa – **5** Conclusão – Referências

Introdução

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) propôs ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, tendo por objeto várias disposições da Lei nº 8.429/92, alterada pela Lei nº 14.230/21, ação essa que tem como relator o Exmo. Senhor Ministro Alexandre de Moraes.

Dentre os dispositivos que se pretendem ver declarados inconstitucionais, está o §8º do artigo 1º da Lei nº 8.429/92, assim redigido:

Art. 1º (...)

§8º - Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacífica, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.

Quanto a esse dispositivo, entre alguns outros, foi deferida medida liminar suspendendo sua eficácia.

Sustenta o autor da ação a inconstitucionalidade do §8º do artigo 1º da lei em questão, sob o pretexto de que o mesmo viola os princípios da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI, da CF), da confiança e da vedação do retrocesso. Sustenta também que “a lei esvazia a incidência das tipicidades da improbidade administrativa, incentiva expedientes ardilosos para contornar o melhor direito e perpetua o sentimento de impunidade para atos cuja intensidade e *modus operandi* são reconhecidamente ilícitos”.

O Exmo. Ministro Relator, considerando que “o critério estabelecido no art. 1º, §8º, da LIA, é excessivamente amplo e resulta em insegurança jurídica apta e esvaziar a efetividade da ação de improbidade administrativa”, suspendeu sua vigência, não obstante tenha reconhecido “o propósito do legislador de proteger a boa-fé do gestor público que confia e adota orientações exaradas pelo Poder Judiciário a respeito da aplicação da lei, preservando-o de eventuais oscilações jurisprudenciais (...)”.

Os argumentos jurídicos apresentados na inicial de propositura da ação e que acabaram por ensejar o deferimento da cautelar pleiteada, ao menos no que concerne ao artigo 1º, §8º, da LIA, são, *data venia*, de uma fragilidade de causar espécie, revelando mesmo compreensão distorcida dos próprios princípios constitucionais invocados, quais sejam, os da segurança jurídica, da confiança e da vedação do retrocesso.

Além disso, para o autor da ação, o §8º do artigo 1º da LIA “esvazia a tipicidade da improbidade administrativa”, “incentiva expedientes ardilosos para contornar o melhor direito” e “perpetua o sentimento de impunidade para atos cuja intensidade e *modus operandi* são reconhecidamente ilícitos”.

Esses vícios de que padeceria o dispositivo em questão foram meramente mencionados, laconicamente, sem que o autor da ação tenha se dado ao trabalho de desenvolver qualquer raciocínio dotado de um mínimo de sustentabilidade, como se estivesse a dizer o que fosse óbvio, evidente, sem necessidade de racional demonstração.

Feitas essas iniciais observações, consideremos, ainda que com a brevidade possível, os vícios de que padeceria o parágrafo apontado como eivado de inconstitucionalidade.

1 Da presunção de constitucionalidade e interpretação conforme a Constituição

É cediço que as leis e atos jurídicos em geral, especialmente os atos expedidos por entidades governamentais em geral, presumem-se constitucionais, dotados de validade, expedidos em consonância com o ordenamento jurídico.

Essa presunção de constitucionalidade e de legalidade, ainda que relativa, milita em favor da contenção do exercício do controle pelo Poder Judiciário.

Inconstitucionalidades só devem ser proclamadas quando inequívocas, para além de qualquer margem de dúvida razoável, e uma vez esgotadas as possibilidades de interpretação da disposição jurídico-normativa conforme a Constituição.

Na lição sempre precisa de Luís Roberto Barroso, o princípio da interpretação conforme a Constituição, compreensivo de algumas sutilezas, destina-se “à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais”.¹

À luz, portanto, do referido princípio, ainda que dúvida pudesse haver quanto à constitucionalidade do §8º do artigo 1º da LIA, basta interpretá-lo à luz das exigências de ordem sistemática, finalística, para tê-lo como conforme à Constituição, como restará evidenciado ao longo deste sintético estudo.

De qualquer forma, é de se ressaltar desde logo que, como bem anotado pelo ministro Alexandre de Moraes, a finalidade do dispositivo questionado é proteger a boa-fé do gestor público. Uma vez comprovado que se houve com má-fé, dissimuladamente, a pretexto de se escudar em jurisprudências, pacificada ou não, mas com o intuito mal disfarçado “de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” (LIA, art. 11, §§1º e 2º), em nada aproveitará ao agente público a invocação do §8º do artigo 1º da LIA.

Verifica-se, portanto, que, demonstrada a má-fé do agente público, o dispositivo considerado não incide, não lhe aproveita, e a prova da má-fé pode ser direta ou indiciária, com as cautelas de estilo, observado o devido processo legal.

Na medida em que o §8º do artigo 1º da LIA está voltado à proteção do gestor que atua de boa-fé e que ações ou omissões fundadas em jurisprudência, pacificada ou não, presumem-se de boa-fé, relativa, de inconstitucionalidade não se

¹ *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Saraiva, 2009. p. 301.

ressente. Em rigor, ao proteger quem procede de boa-fé, é respeitoso à Constituição da República. O direito protege quem age de boa-fé.

2 Do princípio da segurança jurídica e da confiança legítima

Sem grau razoável de segurança jurídica, de proteção da confiança legítima, não se pode falar em existência de Estado de Direito Democrático.

Em rigor, a exigência de segurança jurídica é uma das razões fundamentais do direito, concebido como ordem normativa do comportamento humano, dotada de coercibilidade institucionalizada, posta por decisão do legislador competente e por fontes por ele autorizadas ou delegadas.

A todos os submetidos ao direito deve ser assegurada a possibilidade de antever as possíveis consequências de seu comportamento, do que lhes seja obrigatório, proibido ou permitido fazer, consoante prescrito na Constituição e normas com ela dotadas de conformidade ou compatibilidade.

Uma das mais importantes projeções do princípio da segurança jurídica, no Brasil, consiste na prescrição constitucional de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II). Daí o imperativo da predeterminação formal do direito, a que alude Miguel Reale, e outras exigências, como a de tipicidade, especialmente em matéria sancionatória, criminal e por improbidade administrativa.

Outras projeções do princípio da segurança jurídica residem na irretroatividade das leis, salvo as benéficas (e.g., art. 5º, XL, CF), na proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF), na universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), na exigência do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), na proteção da boa-fé e outros direitos e garantias constitucionais e legais, expressos ou implícitos (art. 5º, §2º, CF).

Institutos como o da repercussão geral de certas decisões judiciais e da súmula vinculante (CF, art. 103-A) também têm por finalidade eliminar insegurança jurídica, decorrente, inclusive, de controvérsias na interpretação, validade e eficácia de normas jurídicas, como consta expressamente do artigo 103-A, §1º, da Constituição da República.

Dentre as finalidades da segurança jurídica está a de colocar os cidadãos a salvo de arbitrariedades ou abusos, de subjetivismos caprichosos de quaisquer órgãos de poder.

Precisa a advertência de Gisela Gondim Ramos no sentido de que o princípio da segurança jurídica “deve ser avaliado sob a perspectiva do indivíduo e não a do Estado, de forma que todo e qualquer discurso a respeito deve partir da ideia de proteção e garantia de direitos, jamais de restrições destes”.²

Ora, é inquestionável que o direito protege quem atua de boa-fé, havendo mesmo em nossa legislação dispositivos que apontam nesse sentido, até expressamente.

A propósito, cabe trazer à colação dispositivos que revelam o mesmo espírito que anima o §8º do artigo 1º da LIA, quais sejam:

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n.º 4.657/42)
 Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.
 Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia)
 Art. 34. Constitui infração disciplinar:
 (...)
 VI - advogar contra literal disposição de lei, *presumindo-se a boa-fé quando fundamentado* na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou *em pronunciamento judicial anterior*; (Grifamos)

Verifica-se, pois, que o dispositivo legal em discussão, em si mesmo considerado, segue na linha de proteção da boa-fé – no caso, proteção da boa-fé do agente público cuja atuação não pode ser qualificada como caracterizadora de improbidade, desde que, em havendo divergências de interpretação, tenha sido adotada interpretação baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada. Entenda-se ainda não pacificada à época da atuação do agente público que, obviamente, não poderia antever qual das interpretações haveria de prevalecer nas decisões futuras dos órgãos de controle ou do Judiciário. A caracterização de ilicitude dolosa, indispensável à configuração de improbidade, não pode ficar condicionada a evento futuro e incerto consistente em futura não prevalência de jurisprudência, até então não pacificada, em que se tenha preteritamente baseado uma ação ou inação. Esse condicionamento é que implicaria instituir incerteza, insegurança jurídica em desfavor de agentes públicos com competências para tomar decisões à luz do direito que se tenha como vigente à época do seu exercício.

² *Princípios Jurídicos*. Editora Fórum, 2012. p. 416.

Em verdade, o §8º do artigo 1º da LIA só faz tornar explícito o que já está implícito no nosso ordenamento jurídico, como proteção da boa-fé, que se presume. Se for comprovada má-fé do agente, aí sim se poderá cogitar de improbidade.

Assim interpretado, não há razão alguma para se ter o §8º do artigo 1º como eivado de inconstitucionalidade. Sua virtude mesmo está em, garantindo a liberdade intelectual do agente público honesto, proteger sua atuação informada pela boa-fé, que se há de ter como presumida, sem embargo de se ver provada, eventualmente, sua má-fé, sem a qual não haverá dolo e, *ipso facto*, improbidade administrativa.

3 Do princípio da vedação do retrocesso

É de causar espécie a frequência com que se tem falado indiscriminadamente em vedação do retrocesso para desqualificar juridicamente decisões do legislador consistentes no exercício de sua competência constitucional de inovar originariamente na ordem jurídica.

A formulação correta do princípio, plasmado doutrinariamente por mestres da estatura de um Canotilho, é a do *princípio da proibição do retrocesso social*, vinculado à ideia de justiça social, de limitação de direitos sociais e econômicos garantidos institucionalmente ao longo do tempo, e que se tem como conquistas civilizatórias com relação às quais não se pode mais recuar. Trata-se mesmo de imperativo inerente à dignidade da pessoa humana.

O princípio da proibição do retrocesso social presta-se a limitar juridicamente a atividade legislativa no que diz respeito a conquistas já consagradas.

É a lição de Canotilho:³

O princípio da *proibição de retrocesso social* pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei de segurança social”, “lei de subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

3 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª edição. Almedina, 1999. p. 327.

Vê-se, portanto, que constitui grave distorção do referido princípio invocá-lo para sustentar a inconstitucionalidade do que restou normatizado pelo legislador competente, de forma contrária, por exemplo, a certos interesses do Ministério Público ou de seus integrantes, que teriam, se legisladores fossem, prescrito diferentemente a respeito dessa ou daquela matéria.

Inovações legislativas há que só fazem prestigiar princípios maiores do ordenamento jurídico que, em matéria sancionatória, por exemplo, sejam mais garantistas. Inovações pode haver que até descriminalizem esse ou aquele comportamento. Trata-se de evolução legislativa, a critério do legislador competente, a ser respeitada por todos, como manifestação da vontade da maioria dos representantes do povo, donde emana todo o poder.

4 Do suposto esvaziamento da tipicidade em matéria de improbidade administrativa

Quanto a este tópico, iniciemos por recordar lição de Miguel Reale no sentido de que, “de todas as formas da experiência humana, o Direito é a que mais exige forma predeterminada e certa em suas regras. Não se compreende o Direito sem um mínimo de legislação escrita, de certeza, de tipificação da conduta e de previsibilidade genérica. Isto porque o Direito, ao facultar-lhe a possibilidade de escolha entre o adimplemento ou não se seus preceitos, situa o obrigado no âmbito de uma escolha já *objetivamente* feita pela sociedade, escolha esta revelada através de um complexo sistema de modelos”.⁴

Nós mesmos,⁵ discorrendo a respeito da tipicidade para configuração de improbidade, já anotamos:

A exigência de tipicidade consta expressamente da lei de improbidade em vários de seus dispositivos, como se verifica pela leitura dos seguintes: artigo 1º, §1º; artigos 9º, 10 e 11, §§, artigo 17, §§6º, 6º-B, 10-C, 10-D e 10-F, I.

Também é certo que, quanto ao elemento subjetivo, se exige que o comportamento descrito nos tipos legais de improbidade administrativa esteja eivado de *dolo*, cujo conceito cuida a LIA de prescrever, consoante disposto no artigo 1º, §§2º e 3º, c/c artigo 11, §§1º e 2º.

⁴ *Filosofia do direito*. 16ª edição. Saraiva, 1994. p. 709.

⁵ *Inovações na tipificação do ato de improbidade*. Editora Fórum, 2022. p. 20.

Ora, o conceito de dolo é indissociável da má-fé, da intenção viciada pelo propósito de proceder conscientemente com ofensa à ordem jurídica, razão pela qual quem atua de boa-fé, ainda que em descompasso com a lei, não responde por improbidade, sem embargo de possível responsabilização à luz de algum outro sistema sancionatório, como o administrativo disciplinar.

A exigência legal de dolo para configuração de improbidade administrativa é constitucional, como já assentado em decisão do STF, ao ensejo do ARE nº 843.989, oportunidade em que se fixou a seguinte tese, entre outras:

Tese 1199

1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO;

Diante desse quadro jurídico-normativo, o que está a prescrever o artigo 1º, §8º, da LIA? A exegese desse dispositivo legal, à luz do sistema, revela que sua finalidade, como já ressaltada pelo ministro relator, Alexandre de Moraes, é proteger o agente público que atua de boa-fé, sem dolo, colocando-o a salvo da responsabilização por improbidade, dizemos nós, em complementação do raciocínio de Sua Excelência.

Nesse sentido, presume-se a boa-fé do agente público cujo proceder, em face de divergências interpretativas da lei, baseia-se em jurisprudência, ainda que não pacificada.

É evidente que, diante de jurisprudência não pacificada quanto à interpretação da lei, o agente público só pode adotar uma dentre as orientações jurisprudenciais divergentes, sem que possa, evidentemente, adivinhar qual delas haverá, no futuro, de prevalecer em definitivo por decisão final de órgão de controle ou Tribunal do Poder Judiciário.

Diante, pois, da indefinição de orientação jurisprudencial, que só no futuro cessará, nem se pode dizer que o agente público, ao se basear em jurisprudência existente à época do exercício de sua competência funcional, tenha violado a ordem jurídica, quanto mais violado *dolosamente*.

A superveniente pacificação de divergências jurisprudenciais, fixando a definitiva prevalência de dada orientação, tornando superadas outras interpretações até então susceptíveis de discussão, não tem eficácia retroativa para fins de responsabilização de agentes públicos por decisões preteritamente tomadas com base em orientação jurisprudencial à época não infirmada.

Enquanto não pacificada a jurisprudência, não há como titulares de ação de responsabilidade por improbidade investirem contra agentes públicos cuja atuação tenha tido por fundamento jurisprudência até então não infirmada e, portanto, não passível de, sob esse aspecto, ser qualificada como ofensiva à ordem jurídica. Além disso, é de se presumir que tenha o agente público atuado de boa-fé, ainda que em descompasso com a interpretação perfilhada por titulares da mencionada ação de responsabilidade.

É certo, todavia, que o §8º do artigo 1º da LIA não pode servir de escudo para agentes públicos que, maliciosamente, venham a invocar jurisprudência em rigor não aplicável ao caso ensejador de sua atuação. A presunção de boa-fé é relativa, admitindo, evidentemente, prova em sentido contrário, ônus de quem acusa, inclusive, de atuações maculadas por desvio de finalidade.

Assim sendo, não é a possibilidade de indevida invocação do §8º do artigo 1º da LIA que o macula de inconstitucionalidade. O dispositivo em só mesmo nada tem de inconstitucional. Ao contrário, presta-se apenas a proteger o agente que presumivelmente esteja a atuar de boa-fé, conferindo-lhe segurança jurídica no exercício de suas funções. Prestigia princípios constitucionais maiores.

O §8º do artigo 1º da LIA em nada esvazia a tipicidade em matéria de improbidade, que só se configura com a prova do elemento subjetivo dolo, que pressupõe intenção, propósito viciado pela má-fé. Ao contrário de esvaziar a tipicidade, só faz prestigiar a presunção de boa-fé, a exigência de segurança jurídica sem a qual o que restará estimulado é o apagão das canetas, o medo inibidor do exercício de competências públicas.

Incabível, destarte, falar-se em incentivo a expedientes arditos para contornar o melhor direito, ou perpetuação de sentimento de impunidade, já que aqueles expedientes, se quando existentes, sempre serão passíveis de labor probatório ao ensejo do devido processo legal.

Finalmente, o que se há de considerar “o melhor direito” que o §8º do artigo 1º da LIA supostamente ensejaria contornar?

Divergências de interpretação povoam o mundo do direito, como ele mesmo reconhece ao instituir instâncias recursais, incidentes de uniformização de jurisprudência, súmulas vinculantes. Há mesmo previsão constitucional de recurso especial, de competência do Superior Tribunal de Justiça, em face de decisão que tenha dado à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (art. 105, III, CF).

Portanto, enquanto não pacificada a jurisprudência a respeito de dada matéria ou questão jurídica, não havendo como ter certeza quanto à qual exegese afinal prevalecerá, aos agentes públicos se deve assegurar o direito de se conduzirem consoante a orientação jurisprudencial que se decidirem por perfilhar, imbuídos de honestidade intelectual. Assim procedendo, não se lhes pode imputar responsabilidades de qualquer natureza, independentemente até mesmo da vigência do §8º do artigo 1º da LIA.

Referido dispositivo se faz expressar o que já está implícito no sistema.

O exercício desse direito de escolha de orientação jurisprudencial sustentável – uma ou outra dentre as decorrentes de divergências interpretativas não superadas – é uma das projeções do pluralismo, da tolerância no sentido positivo da expressão.

Nada há que obrigue agentes públicos, diante de jurisprudência não pacificada, a perfilhar orientação do melhor agrado do Ministério Público, como se a preferida por integrantes de referida instituição devesse ser tida, necessariamente, a que consubstancia “o melhor direito”, como se fossem os donos da verdade.

Ninguém é dono da verdade em razão mesmo da finitude do conhecimento humano, da nossa falibilidade, sendo o caso de se recordar que, como já disse Ruy Barbosa, até o STF pode errar. Tem o direito de errar por último.

5 Conclusão

O artigo 1º, §8º, da LIA não se ressentir de qualquer inconstitucionalidade. Em rigor, na sua letra e no seu espírito, só faz prestigiar o que já está implícito no ordenamento jurídico, na mesma linha de outras disposições legais voltadas à proteção dos que atuam de boa-fé.

Diante de divergências jurisprudenciais ainda não pacificadas, agentes públicos responsáveis pelas tomadas de decisão só podem mesmo exercer suas competências louvando-se nos ensinamentos da doutrina e da jurisprudência. Grassando divergências não pacificadas à época das tomadas de decisão, estas necessariamente serão afinadas com uma ou outra das orientações até então sustentáveis, sem que se possa antever, com absoluta segurança, qual a que, no futuro, haverá de prevalecer.

O direito protege os que procedem de boa-fé. Se, a pretexto de invocação do artigo 1º, §8º, o agente mal disfarça má-fé, viola o ordenamento jurídico, atua com abuso ou desvio de finalidade, por isso haverá de responder, tendo quem acusa

o ônus da prova. Essa possível responsabilização em nada autoriza investir contra o artigo 1º, §8º, da LIA, que, repita-se, não se ressente de qualquer inconstitucionalidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMMAROSANO, Márcio. *Inovações na tipificação do Ato de Improbidade*. São Paulo: Fórum, 2022. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/destaque/editora-forum-disponibiliza-e-book-sobre-tipificacao-do-ato-de-improbidade/>. Acesso em: 09 jan. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1999.

RAMOS, Gisela Gondin. *Princípios jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VALGAS, Rodrigo. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CAMMAROSANO, Márcio. Lei de Improbidade Administrativa e divergências de interpretação para fins de responsabilidade de agentes públicos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 23, n. 264, p. 73-83, fev. 2023.