

Por que o PL 7.448/2017 vai trazer segurança jurídica na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa?

Ricardo A. Kanayama

Mestrando em direito na FGV DIREITO SP.

Advogado no Kanayama Advocacia.

Na última sexta-feira, a Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, encaminhou Nota Técnica Conjunta à Presidente da República em exercício, Ministra Cármen Lúcia, pedindo o veto integral ao Projeto de Lei 7.448/2017. O motivo seria o fato de que as alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), previstas no PL, afetariam "negativamente o atual sistema de controle, responsabilização e punição de agentes públicos e de ressarcimento por atos causadores de lesão ao erário", ou seja, alterariam a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

A preocupação é especialmente com o art. 28 que o PL pretende acrescentar, segundo o qual "o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro", sendo que não seria erro grosseiro a decisão administrativa que se baseia em jurisprudência, doutrina, orientação geral ou interpretação razoável. Segundo a referida Nota Técnica, "a alteração normativa eleva a insegurança jurídica, vez que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem sancionando infrações à moralidade administrativa, à impessoalidade e à legalidade."

No entanto, ao voltarmos os olhos para a atual jurisprudência dos tribunais, perceberemos que a alegação da Procuradoria Geral da República não procede. De fato, as decisões judiciais em todo o país vêm sancionando, com fundamento na LIA as condutas ímprobas e imorais que provocam a lesão ao Erário e o enriquecimento ilícito. Porém, isto não significa que a punição se faz sem qualquer critério. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), cumprindo sua função de uniformizar a interpretação de lei federal, estabeleceu, ao longo dos anos, duas importantes diretrizes interpretativas aos atos de improbidade. A primeira é a de que

"em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja

dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 ou pelo menos evada de culpa grave, nas [condutas] do artigo 10 (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014." (STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp 409.591/PB, Rel. Min. Assusete Magalhães, julg. 07/11/2017, grifamos).

Para chegar a esta conclusão, o STJ, considerando a gravidade das penas previstas na LIA, fez a necessária distinção entre ilegalidade e improbidade, de modo que não se admita a responsabilização objetiva dos agentes públicos. Daí porque em várias decisões do Tribunal afirmou-se que:

"a ilegalidade e a improbidade não são – em absoluto, não são – situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pelo outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos evados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave." (STJ, Primeira Turma, REsp 1.193.248/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. 24/04/2014, grifamos).

A partir desta primeira diretriz que exige o elemento subjetivo (dolo ou culpa grave), o STJ, ao longo de sua construção jurisprudencial, fixou uma segunda diretriz, segundo a qual, conforme voto do Ministro Herman Benjamin:

"para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é 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. Cito precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014." (STJ, Segunda Turma, REsp 1.656.889/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julg. 20/04/2017, grifos nossos).

Logo, para o STJ, não é possível punir o agente público por qualquer erro, mas apenas por aqueles graves, que contenham má-fé, práticas desonestas e maliciosas, ou seja, corruptas. Em outras palavras, para o STJ, a LIA não se presta a punir o agente inábil, que comete erros de baixo

potencial ofensivo e sem gravidade social, mas apenas aqueles erros tidos como grosseiros. Daí porque o mesmo Tribunal reconhece que não caracteriza culpa grave ou dolo o ato administrativo que se fundamenta em parecer do departamento jurídico do órgão, especialmente em casos envolvendo dispensa de licitação (STJ, Primeira Turma, REsp 797.671/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 05/06/2008; STJ, Primeira Turma, EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julg. 18/05/2010).

Portanto, diferentemente do que a Nota Técnica da PGR sustenta, o art. 28 do Projeto de Lei 7.448/2017 não acarretará insegurança jurídica e impunidade. Pelo contrário, o dispositivo proposto apenas consolida, na forma de lei, o entendimento que o Superior Tribunal de Justiça já tem acerca do elemento subjetivo necessário para que se configure ato de improbidade administrativa. Em resumo, o dispositivo confere segurança jurídica ao tema.