



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**

ORLANDO SOARES DA SILVEIRA FILHO

**OS ASPECTOS PENAIS IMPLEMENTADOS À SISTEMÁTICA DA
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI N. 14.230/2021**

**SOUSA
2022**

ORLANDO SOARES DA SILVEIRA FILHO

**OS ASPECTOS PENAIS IMPLEMENTADOS À SISTEMÁTICA DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI N. 14.230/2021**

Trabalho de monografia apresentado ao curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito.

Orientadora: Ma. Carla Rocha Pordeus.

S587a

Silveira Filho, Orlando Soares da.

Os aspectos penais implementados à sistemática da improbidade administrativa a partir da lei n. 14.230/2011 / Orlando Soares da Silveira Filho. – Sousa, 2022.

44 f.

Monografia (Especialização em Direito Penal e Processo Penal) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2022.

"Orientação: Profa. Ma. Carla Pedrosa de Figueiredo".

Referências.

1. Crimes contra a Administração Pública. 2. Direito Administrativo do Medo. 3. Direito Penal – Improbidade Administrativa. 4. Apagão das Canetas. 5. Sanções. I. Figueiredo, Carla Pedrosa de. II. Título.

CDU 343.35(043)

ORLANDO SOARES DA SILVEIRA FILHO

**OS ASPECTOS PENAIS IMPLEMENTADOS À SISTEMÁTICA DA IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI N. 14.230/2021**

Trabalho de monografia apresentado ao curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito.

Orientadora: Ma. Carla Rocha Pordeus.

Aprovado em: _____ de _____ de 2022.

Banca examinadora:

Ma. Carla Rocha Pordeus
Orientador (a)

Examinador (a)
Universidade Federal de Campina Grande

Examinador (a)
Universidade Federal de Campina Grande

SOUSA
2022

RESUMO

Este estudo trata de uma análise a partir da nova Lei de Improbidade Administrativa, tendo por base as previsões contidas nos princípios expressos no texto constitucional e na seara Penal. Com isso, considerando o *modus operandi* dos órgãos fiscalizatórios, a problemática da pesquisa consiste nos excessos que podem ser cometidos neste cenário. A finalidade do trabalho é mostrar os possíveis impactos quando o administrador público tem receio de uma futura penalização em decorrência do Direito Administrativo Sancionador. A metodologia utilizada neste trabalho decorre de estudos bibliográficos e pesquisas realizadas nas legislações de Direito Administrativo, Direito Constitucional e de Direito Penal, tendo como métodos de abordagem: o indutivo e o dialético. Além disso, foram utilizadas doutrinas, leis, julgados, e decisões do Tribunal de Contas da União para fundamentar a pesquisa. Com isso, a partir dos dados encontrados e confrontando-os com a realidade dos administradores públicos, constata-se a necessidade de liberdade de decisão aos administradores públicos para atingir o interesse público, devendo, obrigatoriamente, respeitar a razoabilidade e demais valores expressos no texto constitucional, sem ficar restrito ao Direito Administrativo do Medo e ao apagão das canetas. Diante disso, com a necessidade de comprovar o dolo específico na conduta dos agentes, em oposição ao método anterior, será possível detectar maneiras novas de decidir.

Palavras-chave: Improbidade. Direito Administrativo do Medo. Sanções. Apagão das Canetas.

ABSTRACT

This study deals with an analysis based on the new Law of Administrative Improbability, based on the forecasts contained in the principles expressed in the constitutional text and in the Criminal Law. With that, considering the modus operandi of the supervisory bodies, the problem of the research consists of the excesses that can be committed in this scenario. The purpose of the work is to show the possible impacts when the public administrator is afraid of a future penalty due to the Sanctioning Administrative Law. The methodology used in this work stems from bibliographical studies and research carried out in the legislation of Administrative Law, Constitutional Law and Criminal Law, having as approach methods: the inductive and the dialectical. In addition, doctrines, laws, judgments, and decisions of the Federal Court of Auditors were used to support the research. With that, based on the data found and confronting them with the reality of public administrators, it is verified the need for freedom of decision for public administrators to achieve the public interest, which must, obligatorily, respect reasonableness and other values expressed in the constitutional text, without being restricted to the Administrative Law of Fear and the blackout of pens. Therefore, with the need to prove the specific intent in the conduct of agents, as opposed to the previous method, it will be possible to detect new ways of deciding.

Keywords: Misconduct. Administrative Law of Fear. Sanctions. Erasure of Pens.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 | LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA | 8 |
| | 2.1 ASPECTOS GERAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA | 8 |
| | 2.2 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA..... | 10 |
| | 2.3 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E DIREITO PENAL..... | 12 |
| | 2.4 DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO | 15 |
| 3 | ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO GESTOR PÚBLICO | 18 |
| | 3.1 ART. 22 DA LINDB A PARTIR DO ADVENTO DA LEI N. 13.655/2018..... | 19 |
| | 3.2 ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRICIONÁRIOS..... | 22 |
| | 3.3 SEPARAÇÃO DOS PODERES | 24 |
| | 3.4 PRINCÍPIO REPUBLICANO | 25 |
| 4 | O DIREITO PENAL NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA | 27 |
| | 4.1 PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER ESTATAL..... | 27 |
| | 4.1.1 Legalidade, tipicidade e culpabilidade..... | 28 |
| | 4.2 ATIVIDADE DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO | 30 |
| | 4.3 ELEMENTO SUBJETIVO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..... | 33 |
| | 4.4 OS ASPECTOS PENAISS IMPLEMENTADOS À SISTEMÁTICA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PARTIR DA LEI N. 14.230/2021..... | 35 |
| 5 | CONCLUSÃO | 39 |

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública brasileira é constantemente fiscalizada e observada, seja pela população ou mediante órgãos de controle. A frequente investigação ocorre em prol da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público: pilares que devem ser observados por todos os gestores.

Com isso, o art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, prevê os princípios que devem nortear a Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência. Mas, mesmo tendo estes princípios de modo expresso no texto constitucional, ainda pode-se encontrar incongruências nas situações decisórias na atividade administrativa.

Em linhas gerais, o administrador público só pode agir a partir do que determina a lei, ou seja, a conduta de um agente público está estritamente expressa em uma previsão legal. Caso não haja previsão expressa acerca de uma conduta, o ato não pode ser executado, e em caso de constatação da prática de ato não previsto, uma penalização será atribuída ao gestor público.

A sociedade, por sua vez, exige um comportamento probo, pautado na boa-fé e na moralidade administrativa. Com isso, como maneira de preservar o interesse público e a Administração Pública, o legislador editou a Lei n. 8.429/1992, que prevê sanções aos agentes públicos e privados que venham a cometer atos de improbidade administrativa.

Nessa medida, a problemática deste estudo consiste nos questionamentos levantados a partir da aplicação da Lei de Improbidade, tais como: até que ponto o administrador público tem liberdade de atuação? Até que limite os Tribunais de Contas, Ministérios Públicos, Tribunais, estão aptos para ponderar a legalidade de um determinado ato de cunho estritamente administrativo?

Com efeito, a problemática ainda consiste em uma análise baseada na teoria da tripartição dos poderes, pois o Poder Executivo é o ponto mais delicado dessa cadeia alimentar sancionatória, devendo obediência à Constituição, leis, decretos, regulamentações, portarias, além das determinações oriundas dos órgãos de controle que constantemente expedem ofícios, notificações e recomendações.

Além disso, objetiva-se explicar os parâmetros gerais da lei de improbidade administrativa, a partir de seus princípios norteadores. Ainda, busca discorrer acerca da atividade administrativa do gestor público e sua atuação no campo decisório. Por fim, analisando o direito penal e sua relação nos novos parâmetros a serem observados na improbidade administrativa. A metodologia utilizada neste trabalho decorre de estudos bibliográficos e pesquisas realizadas nas legislações de Direito Administrativo, Direito Constitucional e de Direito Penal, além dos bancos de dados do órgãos de fiscalização.

Por outro lado, o sistema de freios e contrapesos parece funcionar apenas para um poder estatal, enquanto que para os demais em sua função atípica (administrar), não são abarcados na mesma proporcionalidade. Dessa forma, a interferência em quesitos decisórios, e que estão intimamente atrelados nas funções típicas, como o que ocorre no Poder Executivo, gera desconfortos e usurpação de atribuições.

No primeiro capítulo foi feita uma explanação geral à respeito da Lei de Improbidade Administrativa, explicando o princípio da moralidade, que é a essência dessa legislação, e pontuando os parâmetros que devem ser observados. Ademais, destacou-se o chamado Direito Administrativo do medo, que consiste no receio da execução da atividade típica do administrador público: administrar. Com isso, os constantes atos decorrentes dos órgãos fiscalizatórios geram uma sensação de desequilíbrio e insegurança na execução de atos decisórios de gestão pública, fazendo com que muitas vezes o administrador não observe o interesse coletivo, e, além disso, não agindo com a eficiência devida - que é um norte expresso no texto constitucional.

Já no capítulo seguinte foi destacado que em 2018 foi aprovada a lei de nº 13.655, de 25 de abril de 2018, na qual possibilitou aos agentes públicos uma margem de interpretação das normas de gestão pública ao qual devem obediência. Por outro lado, há críticas que se fundam na violação do princípio da legalidade, afetando a segurança jurídica dos atos administrativos.

No último capítulo foi ressaltado que em 2021 foi aprovada a lei de nº 14.230/2021, que reorganiza, atribui novas percepções, e possibilita ao Administrador Público a possibilidade de uma nova forma de investigação. Nesta nova legislação, o dolo deve ser levado em consideração de modo enfático, garantindo um parâmetro pautado na realidade da Administração Pública.

Esta pesquisa buscou demonstrar como a nova legislação de improbidade administrativa possibilita uma garantia mais efetiva ao administrador público na execução de atividades eminentemente administrativas, em observância aos fatos postos ao agente público na realidade ao qual está inserido, seguindo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade previstos constitucionalmente.

Diante disso, os comandos expressos nas legislações penais e administrativas, quando se trata de improbidade, não podem ser analisadas de modo isolado. O Direito Penal é ramo do Direito Público mais severo, e liga-se ao Direito Administrativo na apuração de crimes contra a Administração. Neste ponto, ambos devem e necessitam de uma interpretação cooperativa, vinculativa e proporcional aos fatos, deixando de lado punições que servirão para estatísticas institucionais e de pouca efetividade.

2 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Neste capítulo será tratada as novas nuances da Lei de Improbidade Administrativa, trazidas por meio da Lei nº 14.230/2021, da qual possibilitou uma nova reflexão acerca dos institutos jurídicos do Direito Administrativo. Além disso, a mensuração do que se entende por ato de improbidade na seara administrativa, e elencar semelhanças e diferenças perante o Direito Penal.

Ademais, a abordagem acerca do estudo dos princípios que estão relacionados ao novo sistema de proteção à probidade administrativa serão analisados para uma melhor compreensão e diálogo entre os pontos que versam sobre o desenvolvimento deste conteúdo.

2.1 Aspectos gerais da Lei de Improbidade Administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa surge como uma manifestação das insatisfações da sociedade diante da necessidade de se ter uma Administração Pública pautada no exímio cumprimento do ordenamento jurídico seguindo princípios basilares.

A Constituição Federal de 1988, prevê no *caput* do art. 37, princípios basilares para atingir o interesse público da sociedade brasileira, com isso: o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são o norte que o

administrador público deve seguir para realizar finalidades públicas de interesse social.

Com isso, ao se idealizar uma lei exclusiva para punir agentes públicos que violem o interesse público, ou, ainda, não cumpram os atos seguindo os trâmites legais, faz-se necessário que haja uma punição para que as ações qualificadas como crimes contra a Administração Pública sejam atribuídas ao devido responsável, a partir de uma conduta vedada de modo legal, em observância ao princípio da reserva legal.

Desse modo, segundo os ensinamentos de Costa e Barbosa (2022), “probidade” significa integridade, honra e honestidade, sendo o oposto de “improbidade”, significando má qualidade, imoralidade e malícia.

Com efeito, há uma correlação entre a probidade e a moralidade, pois segundo o defendido na doutrina, a probidade administrativa é uma derivação do princípio da moralidade. Dessa forma, este princípio pode ser caracterizado como uma manifestação da índole do agente, sendo equivalente à decência, honestidade, e qualidades voltadas à formação do cidadão. Assim, precisas são as palavras de Costa e Barbosa:

[...] a probidade administrativa é mais ampla que a moralidade administrativa, conjugando-a com outros princípios, legalidade, impessoalidade, eficiência e própria moralidade administrativa. A recente redação conferida ao artigo 1º, § 4º, da Lei n. 8.429/1992, pela Lei n. 14.230/2021, parece encampar essa posição, estabelecendo a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador ao sistema de improbidade administrativa. Assim, pode-se destacar a incidência no campo da improbidade administrativa do princípio da legalidade da Administração Pública, o princípio da segurança jurídica, o princípio da proibição do excesso ou proporcionalidade e o princípio da proteção jurídica e das garantias processuais (COSTA; BARBOSA, 2022, págs. 20-21).

A partir das ideias defendidas, pode-se afirmar que o conceito de improbidade administrativa deve ser entendido de modo amplo, ou seja, a partir de uma interpretação que interliga os princípios expressos no texto constitucional com as condutas dolosas praticadas por agentes públicos que geram danos à Administração Pública e à coletividade.

Em consonância com as previsões do ordenamento jurídico pátrio, diversas manifestações legislativas podem ser exemplificadas para configurar a proteção à Administração Pública, tais como: Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), Decreto-

Lei n. 201/1967 (Crimes praticados por prefeitos), Código Penal (Crimes contra a Administração Pública), Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), Lei n. 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Diante disso, a Lei de Improbidade Administrativa não está isolada no ordenamento jurídico nacional, e, analisada de modo isolado também não é capaz de gerar resultados úteis ao interesse público.

Nessa medida, quando o legislador cria diversos documentos legislativos busca-se especificar uma determinada matéria, mas de modo conjugado, quando se trata de Administração Pública, a interpretação deve ser pautada na supremacia do interesse público e indisponibilidade deste interesse, que além de preservar a Administração propriamente dita, almeja a proteção de um grupo indeterminado de pessoas. Com isso, precisas são as palavras de Zavascki:

O direito a um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas, tem, nesse sentido, natureza transindividual – decorrendo, como decorre, do Estado Democrático, ele não pertence a ninguém individualmente: o seu titular é o povo, em nome e em benefício de quem o poder deve ser exercido (ZAVASCKI, 2017, p. 100)

Desse modo, segundo os ensinamentos de Costa e Barbosa (2022), a corrupção precisa ser combatida em todas as suas frentes, e como formas de medidas de combate tem-se o conhecimento, a informação, e o desenvolvimento de valores éticos para as gerações futuras.

2.2 O Princípio da Moralidade Administrativa

A Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 37, já expressa princípios basilares para serem observados por quem compõem a Administração Pública, seja particular ou agente público. Dessa maneira, Martins Júnior (2009, p. 30) explica que os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, trazem elementos de validade para toda a realização dos atos administrativos.

Além disso, a moralidade administrativa tem como enfoque principal, segundo Martins Júnior (2009, p. 31), um precedente lógico de toda a conduta administrativa vinculada ou discricionária, que vincula também as atividades legislativas e jurisdicionais, pois a Administração Pública não se restringe ao Poder Executivo, incluindo-se os demais poderes da República.

Com isso, ao tratar de moralidade, deve-se levar em conta parâmetros ligados à impessoalidade e discricionariedade do Administrador Público. A impessoalidade, princípio previsto de modo expresso no texto constitucional, possibilita um entendimento obscuro, pois haveria de se pontuar com racionalidade a atitude de seres pautados em interesses próprios, em agir na estrita objetividade do interesse público. Assim, Sicca expressa que:

A vinculação da administração à lei é um princípio historicamente condicionado e delimitado conforme as características de cada Estado, cuja consequência é a existência de diversas formas de determinação da conduta administrativa e de controle desta atuação. Talvez a única afirmação válida em todos aspectos no que se refere à legalidade administrativa seja a de que a lei exerce no Estado de direito a importante função de garantia da racionalidade e segurança jurídica, com reserva para os cidadãos, em tese, da previsibilidade necessária ao perfeito desenvolvimento das relações sociais, principalmente a atividade econômica (SICCA, 2006, págs. 234-235)

Com efeito, segundo Zago (2001, p. 353-354), a impessoalidade é um princípio inibidor da corrupção e da improbidade, na obtenção de uma Administração Pública proba, objetiva, sem inclinações e com as devidas relações junto ao princípio da moralidade.

Desse modo, a impessoalidade liga-se diretamente aos atos discricionários existentes na Administração Pública, pois de modo contrário, os atos vinculados são determinados por mandamentos legais, que eliminam juízos de valor, oportunidade e conveniência do Administrador Público.

A discricionariedade é um ato que não deve ser exercido de modo desarrazoado e desproporcional, tendo em vista que a legalidade na atividade administrativa ainda acaba por modular atos tidos como discricionários, mensurando que cabe apenas ao administrador público ponderar elementos da realidade não abarcada pela estrita legalidade.

Diante disso, o princípio da moralidade é uma manifestação da probidade idealizada pelo constituinte como método de proteção ao interesse público e da segurança do Estado, em detrimento de interesses privados e viciados. Com isso, a moralidade remete à moral, índole, boa-fé, justiça e ética na execução dos atos públicos.

Dessa forma, na Lei de Improbidade Administrativa, a moralidade do administrador público é tão importante quanto a legalidade, tendo em vista que os

anseios que o possibilitam a exercer determinada conduta, é analisada pelos órgãos de controle e fiscalização.

2.3 Direito Administrativo Sancionador e Direito Penal

O Direito Administrativo é um ramo do direito público sistematizado por regras e princípios que norteiam a Administração Pública, mas quando se refere às atividades administrativas do Estado não há uma limitação apenas ao espectro de uma entidade jurídica, mas também órgãos públicos, agentes públicos, concessionárias, entre outras entidades que estão sob o crivo do interesse público.

Por outro lado, a partir dos ensinamentos de Mattos (2016, p. 18), o Direito Administrativo Sancionador corresponde ao conjunto de princípios – expressos ou implícitos – e de regras que objetivam a estipulação regulamentar, imposição, e aplicação de sanções no exercício da função administrativa.

Essa interpretação pode proporcionar uma comparação direta com o Direito Penal, pois para o Direito Administrativo o que há de mais precioso é o interesse público, sendo, assim, o bem jurídico mais relevante para a seara administrativa. Por outro lado, Greco (2016, p. 02), expressa que a tutela de bens para o Direito Penal se pauta naqueles extremamente valiosos, não do ponto de vista econômico, mas sim político, ou seja, o Direito Penal busca preservar os bens tidos como relevantes a partir das evoluções e anseios sociais.

Com isso, o poder sancionador, segundo Mattos (2016, p.18), é a possibilidade de a Administração impor, por ela mesma e com império, sanções aos particulares, sem necessariamente manter relação jurídica especial, almejando a persecução do interesse público com influência no Direito Penal.

O objetivo em punir na seara administrativa se aproxima da sanção prevista no Direito Penal tendo em vista o *Jus Puniendi estatal*. Além disso, há um ponto de convergência nas duas temáticas, pois o objetivo central é a proteção social em decorrência dos descumprimentos da sociedade nas mais variadas normas de cunho de controle social.

Dessa forma, o Direito Administrativo Sancionador se mensura a partir de influências no Direito Penal, representando, segundo Mattos (2016, p. 19), uma forma de arbítrio do Estado, inerentes ao devido processo legal, que conduz a instrumentos

de coerção estatal para coibir ilícitos em matéria fiscal, econômica, saúde, educação, e demais áreas do setor público.

Com efeito, a expansão do Direito Administrativo Sancionador para a regulação social é uma manifestação de como o Direito Penal está sendo submetido às matérias de cunho administrativo. Com isso, precisas são as palavras de Mattos:

A existência do poder sancionador geral dependerá sempre de prévia e expressa autorização e regulação pelo legislador. A permissibilidade punitiva exige a existência de um vínculo que ligue o Estado ao indivíduo, o que se dá por meio da imposição legislativa. Somente o legislador pode exigir a adoção de um comportamento que, em caso de não observância, pode ensejar a aplicação de uma sanção punitiva. Nessas hipóteses, o Estado encontra-se na condição de ente regulamentador das relações sociais e possui a atribuição de tipificar as condutas proibidas, protegendo o pacto social. A atuação aqui deve ser vislumbrada como a de guardião da sociedade e de seus bens jurídicos mais relevantes (MATTOS, 2016, p. 19)

Além disso, como no Direito Administrativo e no Direito Penal, há princípios aplicáveis ao Direito Administrativo Sancionador, tais como: legalidade, devido processo legal, impessoalidade, igualdade, moralidade, publicidade, eficiência, proporcionalidade e razoabilidade.

A legalidade no Direito Administrativo Sancionador se pauta na supremacia da lei e na reserva legal. Com isso, a supremacia da lei garante que os atos administrativos tenham eficácia para garantir sua aplicação, enquanto que a reserva legal, segundo Mattos (2016, p. 22), significa que certos atos estatais só estarão em conformidade com o Direito quando forem editados por órgãos competentes, e capazes de regular uma situação jurídica.

O devido processo legal, é uma garantia ao poder punitivo do Estado frente à desproporcionalidade que o indivíduo é acometido. Com isso, do mesmo modo que no Direito Penal há a garantia de um devido processo legal com observância às garantias legais, ao contraditório, ampla defesa, e demais garantias institucionais, como também, no sentido de observar a legislação nos respectivos limites estabelecidos pelo legislador.

Os princípios da impessoalidade e da igualdade, segundo o defendido por Mattos (2016, p. 26), partem da ideia de que o agente público deve atuar de forma objetiva, imparcial e neutra, com foco no interesse público, em outras palavras, que a Administração Pública não pratique atos que desvirtuem o interesse social perante o

interesse privado, sem fazer diferenciações contrárias às expressões previstas na legislação.

O princípio da moralidade administrativa decorre da máxima do direito *versus* moral, como afirma Di Pietro (2011, pág. 77), antiga é a distinção entre ambas, representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. A partir disso, a licitude e honestidade seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação da máxima de que nem tudo que é legal é honesto.

A presença da moralidade se fez necessária também na esfera pública, decorrente dos inúmeros direitos que os cidadãos detêm, e que devem ser preservados pelos administradores. Com isso, o Direito Administrativo, de modo especial, trata da moralidade em diversos aspectos em prol do interesse público, como nas questões envolvendo o desvio de poder.

Por outro lado, o princípio da publicidade reflete o dever estatal de possibilitar aos administrados informações voltadas à transparência institucional, para possibilitar uma convalidação da moralidade, impessoalidade, e eficiência. Ademais, segundo Mattos (2016, p. 28) essa regra só é mitigada para proteção de interesses de intimidade, vida privada, imagem das pessoas, e do sigilo da fonte quando necessário à segurança do Estado, por exemplo.

O princípio da eficiência mensura que o administrador público deve possibilitar esforços para alcançar os melhores meios de consecução dos objetivos, e quando se expressa acerca de interesse público não limita-se a atuação dos órgãos públicos. Com isso, o Brasil figura-se como Estado regulador por meio de uma reforma administrativa promovida na década de 90, inserindo o princípio da eficiência a partir da emenda constitucional nº 19/98 que alterou o art. 37 da Constituição Federal.

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, segundo Mattos (2016, p. 29), prevê que no Estado Democrático de Direito, tendo em vista o Direito Administrativo Sancionador, impede que a discricionariedade se converta em arbitrariedade e em distorções legislativas, ou seja, busca-se evitar danos ao interesse público, almejando não haver excessos nas sanções, vícios nos processos administrativos, desvio de finalidade e excesso de poder na seara sancionatória do Direito Administrativo.

2.4 Direito Administrativo do Medo

Na gradação da vida de um cidadão muitas experiências ocorrem a partir das situações que são postas dia após dia. Com isso, diversos sentimentos acabam por fazer parte do cotidiano de qualquer pessoa, e um sentimento inerente a qualidade humana é o medo.

No exercício de uma função pública da qual um cidadão, de modo indireto, acaba renunciando sua vida privada, segurança e em alguns casos, a dignidade, vivencia na atividade administrativa o constante medo de uma possível penalização perante o Poder Judiciário ou órgãos externos de fiscalização.

Parece demonstração de culpa por parte de um administrador público o receio perante os órgãos fiscalizadores, pois faz parte do dia a dia administrativo o excesso de recomendações, notificações, ofícios e demais atos expedidos para garantir uma atuação restrita, ímpar, e sem oscilações.

Nos noticiários, nos programas de rádio, e na imprensa de modo geral, as informações são difundidas e internalizadas por quem as visualiza, ouve, ou simplesmente é surpreendido com uma mensagem encaminhada de modo frequente. Dessa forma, um nome citado, uma informação dita fora do contexto acaba gerando danos na órbita privada de qualquer indivíduo.

Com efeito, na atualidade está havendo um controle disfuncional, ou seja, uma contraposição entre as questões burocráticas e a política. A Administração Pública está, segundo Rodrigo Valgas dos Santos (2020), diretamente ligada à divisão disfuncional dos poderes, em que ações desproporcionais manifestam-se na prática de atos de controle incompatíveis com a visão idealizada da divisão de poderes proposta por Montesquieu.

Além disso, como uma resposta do agente público ao receio da responsabilização ocorre o fenômeno da paralisia decisória e o apagão das canetas, que segundo Ferreira e França (2022), são as nomenclaturas para explicar a paralisia decisória do gestor público decorrente de um desproporcional agir dos órgãos de controle, em que o caráter qualitativo desses órgãos é medido tendo em vista o número de ações propostas, e não a promoção da justiça social.

Ademais, como medida reflexa, também pode haver a penalização do agente por não ter perseguido o interesse público. Nessa medida, Santos (2020), expressa que a consequência dos excessos de controle ocasiona respostas disfuncionais decorrentes do imobilismo decisório, que pode levar a uma postura mais firme dos órgãos de controle no exercício de suas funções.

Diante disso, a atuação dos órgãos de controle e do Poder Judiciário tem suas razões de existirem, pois no decorrer da história política e democrática nacional, os devaneios proporcionados pelo Executivo criaram para a sociedade a necessidade de haver uma fiscalização mais acentuada e direcionada na limitação da liberdade dos gestores públicos, no qual devem agir na estrita literalidade da legislação.

Desse modo, segundo o defendido por Sundfeld (2012, p. 57), o próprio conteúdo da Constituição Federal engessou a atividade administrativa ao limitar ações de governo e ampliar a judicialização, pois limita o atingimento dos interesses públicos e sociais, inclusive quando o fato gerador ocorre em âmbito internacional, como: crises econômicas e sanitárias.

Por outro lado, com a necessidade de promover respostas à sociedade, sob o crivo do combate à corrupção, os poderes eleitos e escolhidos pelo povo acabaram, de modo gradual, sendo levados à marginalidade institucionalizada devido aos crescentes inquéritos, ações de improbidade, e danos ao erário estipulados por um controle pautado na estrita legalidade, e coordenado por autoridades não escolhidas pelos detentores do poder (povo), do qual desconhecem a realidade que a Administração Pública está inserida.

A complexidade administrativa é configurada da maneira como hoje existe para possibilitar o controle e respeito à forma de como se deve proceder para a concretização do interesse público. Nessa medida, o controle e a segurança na proteção aos interesses da sociedade encontram na burocracia as dificuldades e elementos que possam mensurar os interesses do gestor frente ao interesse da sociedade, ou seja, a lei é o caminho a ser seguido.

Assim, tendo por base uma comparação formulada por Alf Ross (2000, p. 34), ao fazer uma reflexão tendo por base um jogador de xadrez com um observador que não conhece a dinâmica de um jogo, pode-se fazer um paralelo do administrador público com o agente fiscalizador.

Se o observador nada conhecer de xadrez não compreenderá o que está se passando. Com base em seu conhecimento de outros jogos provavelmente concluirá que se trata de algum tipo de jogo. Porém, não será capaz de compreender os movimentos individuais ou perceber qualquer conexão entre eles. Terá, menos ainda, qualquer noção dos problemas envolvidos por qualquer disposição particular das peças do tabuleiro (ROSS, 2000, p. 34).

Nessa medida, a proposta levantada pelo autor possibilita uma reflexão que o art. 22 da LINDB expressa, pois a redação do artigo almeja que aos órgãos de controle ponderem à realidade das diversas formas de Administração Pública que há no Brasil. Dessa maneira, os agentes de controle podem mensurar como agiriam frente a uma determinada realidade ao qual estão valorando.

Com isso, a ideia de que os órgãos de controle poderiam administrar melhor que os indivíduos eleitos é uma realidade que mitiga a separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos. Nesse caso, as consequências desse dano ocasionam insegurança jurídica de forma institucionalizada, e criando um cenário peculiar pontuado por Santos (2020, p. 79):

O esvaziamento da importância da racionalidade jurídica, implica necessariamente na ascensão da política nos órgãos de controle. Todo político vai aonde a política está. A partir do momento que o Judiciário, o Ministério Público e os Tribunais de Contas detiverem – como já detêm – o poder de vida e morte civil dos agentes políticos, assistiremos a crescente politização dos órgãos de controle, pois não nos basta mais o Direito para assegurar um mínimo de segurança jurídica, fazendo com que os controladores corram o risco de tornarem-se o que pretendem consertar: políticos (SANTOS, 2020, p. 79)

Nestes casos, as limitações impostas aos agentes públicos demonstram-se desarrazoadas. Como maneira de exemplificar situações dessa natureza, pode-se citar os servidores da comissão de licitação, que em muitos casos são agentes que não detêm conhecimento jurídico acentuado, e que sofrem penalidades extremas que o prejudicam por toda a vida, mesmo pautados em parecer jurídico, boa-fé e cautela.

Diante disso, é necessária uma mudança de comportamento em diversas searas. Os problemas enfrentados no exercício do controle externo parte de uma visão rígida e com o olhar voltado ao Ministério Público, ou seja, há o predomínio de uma visão, sem se levar em conta as dificuldades e peculiaridades postas ao administrador público, que em muitos municípios pequenos a ausência de pessoal qualificado prejudica os parâmetros ideais de eficiência.

3 ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO GESTOR PÚBLICO

O administrador público, em sua essência, pratica atos de modo vinculado ao que está pré-estabelecido nas normas que deve obediência. Com isso, a Teoria Pura do Direito criada por Hans Kelsen delimita a objetividade do “dever-ser” no campo jurídico, e de modo reflexo, atinge a seara penal e administrativa.

Por outro lado, a interpretação das normas de cunho administrativo remete a um comportamento que, atualmente, é previsto no art. 22 da LINDB, mas que a cultura da estrita legalidade impede e limita o gestor público de ter um papel mais enfático nas situações que possibilitam uma margem discricionária na decisão, temendo penalidades na seara penal.

Com isso, os ensinamentos de Kelsen remetem que a interpretação deve seguir parâmetros pré-fixados, ou seja, o resultado de uma interpretação somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito, e por consequência, o conhecimento das várias possibilidades que possam estar expressas (KELSEN, 1998).

Com efeito, a interpretação da lei na seara administrativa e penal realizada pelo administrador público deve conduzir não apenas a uma solução prática, mas a várias soluções que sejam auferidas pela interpretação de uma determinada lei em observância ao interesse público.

Desse modo, diante das várias possibilidades de soluções que o gestor público pode se direcionar, apenas uma interpretação pode ser levada em consideração, qual seja, a do Poder Judiciário.

Diante disso, em casos de incongruência entre a interpretação do gestor público frente ao critério de interpretação dos órgãos de fiscalização ou do Poder Judiciário, a solução proposta pelo executivo é vista como fora da moldura da norma jurídica, e conseqüentemente, passível de penalidade, criando-se, o chamado Direito Administrativo do Medo.

Como uma maneira de minimizar esses impactos, o legislador, por meio da Lei n. 13.655/2018, acrescentou o art. 22 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LIND, para possibilitar uma margem de segurança aos administradores públicos que, atualmente, não querem decidir por medo de uma responsabilização futura.

3.1 Art. 22 da LINDB a partir do advento da Lei n. 13.655/2018

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, por meio da Lei nº 13.655/2018, recebeu dez artigos que almejam aprimorar a Administração Pública nacional. Dessa forma, com base no art. 22 da LINDB, a essência concentra-se nos obstáculos jurídicos que os gestores públicos enfrentam.

Com isso, as determinações da lei nº 13.655/2018 figuram no corpo da LINDB para garantir uma segurança mais efetiva e compatível com os interesses que ela tutela. Dessa maneira, caso as garantias e determinações por ela expressas fossem apenas objeto de lei federal, poderia ser desprestigiada em algumas situações sob a alegação de que já é tratada em leis estaduais, distrital ou municipais.

Inicialmente, a mudança legislativa foi idealizada para que se possa atender a complexidade do mundo moderno diante de um processo legislativo que almeja objetivar e eliminar a subjetividade interpretativa.

Nesse ponto, Jordão (2018, p. 67), explica que dogmas irrealistas são frequentes no Brasil, e conduzem os aplicadores do direito a buscarem soluções específicas nas normas para qualquer problema social ou questão prática.

O *caput* do art. 22 expressa que por meio da interpretação das normas de gestão pública o administrador não pode se furtar em levar em consideração os obstáculos aos quais está submetido no caso concreto, e, ressaltando, ainda, que as políticas públicas (normas programáticas) devem ser atendidas. Por outro lado, a interpretação efetuada pelo agente público deve conter a devida motivação, não apenas para efetivar os objetivos e interesses sociais, mas como uma medida de garantia institucional.

Essa é a ideia central do pensamento de Peter Häberle, o qual, levando em consideração a existência de uma sociedade aberta, democrática e pluralista, acredita que aquele que vive a constituição tem legitimidade para interpretá-la, como corolário do direito fundamental à cidadania, superando o monopólio interpretativo tradicional estatal. Por sua vez, Christine Bateup, questionando se os juízes exclusivamente deveriam ser autorizados a ter decisões finais e vinculantes sobre o significado e o alcance de direitos, propõe o estabelecimento de diálogos político-institucionais, numa fusão de modelos de equilíbrio e parceria, incorporando à solução constitucional

aspectos sociais, institucionais e dialéticos, num procedimento mais democrático e inclusivo de deliberação e resolução.

Inclusive, no pensamento de Habermas, isso corresponde a própria ideia de criação de uma esfera pública qualificada, como um ambiente em que “todos os possivelmente atingidos como participantes em discursos racionais poderiam concordar”. Desse modo, a solução (ou a atenuação) dos problemas contemporâneos, que vão da escassez de recursos a necessidade de prontas respostas estatais, passariam pela construção de um modelo em que o direito, como instrumento legítimo de poder, precisaria de uma constante justificação moral-racional, resultado de um procedimento discursivo argumentativo que validaria na esfera pública essas soluções. Somente dessa forma, com Estado e sociedade participando da construção de soluções para os problemas contemporâneos, as decisões alcançarão um grau satisfatório de legitimação institucional e social, com mais fácil aceitação e resolubilidade.

É por isso que, nesse viés, importa destacar a preocupação de Manuel Castells, na qual mostra os perigos da ruptura entre governantes e governados, desvelando, por meio de variadas análises, a crise de legitimidade global que passa a democracia. Essas disjunções valorativas e sociais nas concepções e construções de soluções constitucionais tornam-se obstáculos na resolução das crises que sobejam no Estado contemporâneo.

Além disso, o gestor público não pode interpretar os fatos e dificuldades de modo descontextualizado com a lei, pois a interpretação deve ser um diálogo para promover a legalidade, e não o descontrole institucional na seara administrativa, tendo em vista que a partir das previsões que existem na Lei de Improbidade Administrativa, a atuação do administrador público pode ser penalizada em âmbito penal e administrativo.

Com isso, os parâmetros de legalidade, moralidade, transparência e impessoalidade devem figurar na exposição dos motivos que levam ao gestor realizar determinada conduta, seja ela de âmbito local, ou uma situação fática de âmbito internacional que gera interferência na seara privada dos administrados. Com efeito, os bens jurídicos tutelados na esfera administrativa, neste ponto, se confundem com os bens jurídicos na seara penal, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público.

Ademais, quando se expressa acerca dos obstáculos e dificuldades, não há garantia ao gestor que possa agir de modo desenfreado, o que o legislador almejou por meio da alteração legislativa foi possibilitar ao agente público que suas dificuldades possam ser levadas em análise, e não serem utilizadas como um mecanismo de usurpação ao interesse público.

Assim, quando é oportunizada a possibilidade de mensurar as dificuldades inerentes à atividade administrativa, faz com que o órgão fiscalizador possa, em determinado momento, pôr-se no lugar do gestor público, e ponderar a conduta com outra visão.

Neste sentido, Jordão (2018, p. 74), defende que além das dificuldades mensuradas pelo gestor público, outras podem ser levantadas a partir da análise do órgão controlador, assim como as hipóteses expressas na motivação do agente, serem tidas como não suficientes para a concretização de um determinado ato. O art. 22 é uma manifestação de diálogo entre as instâncias controlada com a controladora, e não a usurpação de uma perante a outra.

Ainda, quando se refere aos “obstáculos e dificuldades” deve-se levar em conta que a Administração Pública é variada, ou seja, há no Brasil diversas “Administrações Públicas”, e de modo substancial não podem ser equiparadas, visto que cada uma sofre restrições de alguma natureza, tais como: pessoal, estrutural, orçamentária, e ainda, “heranças” deixadas por gestões pretéritas que são incorporadas independentemente de quem as deu causa.

Diante disso, a Administração Pública brasileira está passando por renovações, visto que a crescente penalização de servidores e gestores públicos ocasiona um descontrole nas atividades intrínsecas do setor público, fazendo com que pessoas com boa índole e conhecimentos satisfatórios evitem ingressar na Administração temendo uma futura responsabilização em decorrência do excessivo peso fiscalizatório.

Por fim, as demandas administrativas inerentes à uma gestão não pode ser vista como de exclusividade do Poder Executivo, pois o poder de autotutela da Administração Pública deve ser refletivo também nos órgãos fiscalizadores. Como exemplo, pode ser citado as recomendações enviadas aos municípios brasileiros para

que realizem concursos públicos, enquanto que os órgãos que os fiscalizam não procedem com a mesma conduta.

3.2 Atos vinculados e atos discricionários

A Administração Pública brasileira é regida por diversos atos administrativos. Como maneira de proteção à sociedade, alguns atos são executados de modo vinculado, ou seja, sem haver juízo de valor por parte do agente público, enquanto outros são executados de modo discricionário, dando uma margem decisória ao agente público.

Dessa maneira, segundo o defendido por Oliveira (2010, p.18), a consagração de um Estado de Direito parte de duas linhas gerais: a imposição de limites ao exercício do poder estatal, e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos a partir da preservação dos atos administrativos e penais.

Com isso, os atos vinculados tem uma íntima relação com o princípio da legalidade, insculpido no *caput* do art. 37 do texto constitucional, e atualmente é interpretado partindo de conceitos substanciais do que propriamente formais. Essa nova modalidade de percepção na interpretação da legalidade no Direito Administrativo e Penal possibilita uma melhor aplicação de normas programáticas idealizadas pelo constituinte originário, e preservação dos bens jurídicos mais relevantes para o direito, como a liberdade, patrimônio e segurança institucional.

Com efeito, segundo a ideia defendida por Sundfeld (2012, p. 133), o Direito Administrativo foi criado com a idealização de ser um projeto para colaborar com a Administração Pública, vinculando-o às leis editadas pelo Poder Legislativo para configurar validade aos atos realizados.

Desse modo, no Direito Penal os atos vinculados também registram sua equiparação à legalidade, pois segundo Greco (2016, p. 146), há quatro funções que devem ser observadas, quais sejam:

1º) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*);

2º) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla praevia*);

3º) proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*);

4º) proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*) (GRECO, 2016, p. 146)

Dessa maneira, quando o legislador prevê a mensuração da conduta administrativa ou penal por meio das legislações, o administrador público limita-se a agir de modo restrito. Os atos vinculados tem um viés protecionista muito emblemático e que busca garantir segurança jurídica e evitar desvios de finalidade na atuação dos gestores.

Por outro lado, por mais que os atos vinculados sejam carregados de conceitos sedimentados, há situações no cotidiano da atividade administrativa que o parlamento não pode mensurar de modo prévio, cabendo, assim, a presença de uma atuação pautada na discricionariedade.

A previsibilidade de atos expressos em normas condiciona o agir do administrador, mas não do ambiente ao qual se insere. Nessa medida, Kelsen (1998, p. 3) argumenta que a transformação de um fato em um ato jurídico, seja ele lícito ou ilícito, é o objetivo que está ligado ao ato, ou seja, a significação que ele possui. Com isso, as previsões idealizadas pelos legisladores são significadas a partir de um recorte social de uma dada época ou circunstância.

Desse modo, tendo em vista que a dinâmica social é mais expressiva do que o processo legislativo, faz-se necessário que as leis criadas possam vincular o gestor público a interpretá-las de modo hábil, pois a demora ou inércia é prejudicial ao desenvolvimento público e administrativo.

O desenvolvimento da Administração Pública, por sua vez, significa a perpetuação dos interesses dos administrados de modo técnico, impessoal, transparente, justo, e acima de tudo, legal. Com isso, os atos discricionários não sofrem limitações ao se adequar ao que o interesse público demanda, pois de modo natural, é originado em defesa da supremacia e indisponibilidade do interesse coletivo e social.

Ademais, do ponto de vista técnico, Sundfeld (2012, p. 143) alinha que a valorização extrema da lei não é necessária de modo irrestrito para a atividade administrativa. Por outro lado, expressa que as bases do Direito Administrativo estão se ampliando e possibilitando um alargamento de suas fontes.

Conforme demonstrado, as bases do Direito Administrativo não estão se restringindo apenas aos ditames legais, a jurisprudência, por exemplo, está de modo

paulatino alterando orientações dos julgadores. Nessa proporção, quando há a estipulação exclusiva da lei frente à conduta interpretativa do administrador público soluções práticas por vezes retardam em ocorrer, e como efeito reflexo, ocorre a perda da eficiência nos resultados almejados.

Diante disso, no Estado Democrático de Direito ao qual a sociedade brasileira se embasa, a Administração Pública está inserida em uma esfera pluralista que emerge de uma sociedade supercomplexa e contemporânea. Dessa maneira, segundo as ideias defendidas por Neves (2006), o respeito às diferenças como a liberdade e autonomia, interligam-se à margem decisória do administrador público.

Além disso, as legislações vigentes que prescrevem normas de Direito Administrativo são direcionadas não apenas aos gestores, mas também, aos cidadãos. Nesse ponto, a moldura da norma jurídica idealizada por Kelsen propõe uma razoabilidade, para que ao valorar uma norma o gestor busque concretizar o interesse público em conformação aos preceitos constitucionais e em consonância com a realidade fática experimentada na situação concreta.

3.3 Separação dos Poderes

A Constituição Federal de 1988, prevê no *caput* do art. 2º, que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Segundo José Afonso da Silva (2010), para que haja uma melhor compreensão desta temática, é necessário que se entenda o que significa a palavra “Poder”, com isso:

O poder é um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode nos fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins (SILVA, 2010, págs. 106-107)

Dessa maneira, a separação dos poderes, idealizada por Montesquieu ganha formas na República Federativa do Brasil. Neste ponto, o Direito Penal se entrelaça com o Direito Administrativo quando deve se observar que as prescrições surgem como uma organização para se evitar justiça privada e uso dos poderes públicos como método de usurpação de finalidades.

3.4 Princípio Republicano

A Administração Pública e o Direito Penal tem uma relação direta com a República. Desse modo, a significação como “coisa pública” deve ser interpretada como a “coisa do povo”, e por consequência, não está inserida na órbita privada de nenhum agente, pautada na transitoriedade, eletividade, e prestação de contas dos atos executados.

O termo República, segundo Silva (2010, pág. 102), tem sido usado no sentido de forma de governo contraposta à monarquia. Mas vale ressaltar que a República e a Monarquia não são simples formas de governo, mas sim formas institucionais do Estado.

Dessa forma, ao se analisar parâmetros voltados à Lei de Improbidade Administrativa e preceitos penais, destaca-se que segundo Bulos (2012, pág. 505), a república contrapõe-se a monarquia, em que tudo pertencia ao Rei, o qual governava de modo absoluto e irresponsável. A *res (coisa) publicae* (povo) foi um brado contra a realeza, em homenagem ao governo responsável e de muitos, sendo dessa forma, a alternância algo intrínseco.

Com efeito, o entendimento da República está diretamente ligado aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, já tratados anteriormente, em decorrência da gradação político social do país. Além disso, o interesse da coletividade, em muitas interpretações se equipara, apenas, à obediência aos princípios expressos no art. 37 do texto constitucional, que por si só não são suficientes tendo em vista a evolução dos sistemas administrativos e penais.

Dessa maneira, em observância ao art. 1º da Constituição Federal de 1988, e interligando com as concepções de Eros Grau, no sentido de que a Constituição não pode ser interpretada em tiras, faz-se necessário entender que a forma de governo adotada no Brasil, ou seja, a República, não limita-se apenas como uma forma de governo pura e simples, mas interligá-la aos demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública como um todo.

Com efeito, ao analisar uma afirmação dessa natureza, possibilita expressar que quando o julgador se depara com situações ditas ímprobas, e que violem aspectos administrativos e penais, é necessário que haja uma interpretação conjugada em consonância com todo o ordenamento jurídico pátrio.

O Direito Penal é pautado na proteção dos bens jurídicos mais relevantes, e, dessa forma, não pode ser utilizado de modo banal e desproporcional, tendo em vista as penalidades que lhe são inerentes e de grande impacto em fatores sociais, privados, econômicos e psicológicos.

Com isso, a legalidade tão difundida pelos administrativistas e penalistas parte de noções protecionistas aos administrados diante as ações dos administradores. Desse modo, a regra deve refletir não apenas perante ao gestor público, mas também, aos demais poderes, pois o ônus da decisão, em respeito ao princípio republicano, não pode ser atribuído, exclusivamente, ao Poder Executivo. Assim, Santos (2020, p. 170), expõe que:

Como se pode perceber, muitas das estratégias de fuga da responsabilização são disfuncionais, e o são porque ainda carecemos de uma cultura de gerir de modo transparente e republicano a esses riscos, a exemplo de um sistema de gestão de riscos. Ainda que adequadamente implementada a gestão de riscos, esta mostra-se insuficiente para garantir ao agente público segurança para definir os limites de sua responsabilização. Isso decorre diretamente do exercício do hipercontrole externo, cuja racionalidade não é previsível, maximizando o medo do agente em ser responsabilizado (SANTOS, 2021, p. 170)

Diante disso, o princípio republicano pauta-se na proteção à Administração Pública como um todo, ou seja, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Órgãos Externos e de Controle também inserem-se, para que haja a efetiva independência e harmonia entre todos os entes.

4 O DIREITO PENAL NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Direito Penal é um ramo do Direito Público em que há a materialização de uma estrutura estatal punitiva de proteção social. O caráter punitivo do Estado almeja a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para garantir à sociedade uma vida social livre de perigos e imoralidades.

Com isso, o bem jurídico tutelado pela Lei de Improbidade Administrativa é a moralidade, honestidade, boa-fé e uma Administração Pública equilibrada e coesa. Ao analisar esta lei com o Direito Penal, faz-se necessário ressaltar que a punição dos agentes responsáveis por cometerem ilícitos contra a Administração Pública compete, também, à esfera penal.

Com efeito, o legislador age por meio de um critério político, segundo Greco (2016, p. 97), variando de acordo com o momento político em que vive a sociedade, ou seja, analisando quais bens mais relevantes para o Direito Penal proteger, tendo em vista as condutas que merecem mais atenção.

Desse modo, a partir da gravidade das sanções expressas na legislação penal, devem ser observados princípios, condutas, e interpretações a partir do ordenamento jurídico como um todo, e não utilizá-lo como uma espécie de vingança privada entre particulares imposta pelo Estado.

4.1 Princípios limitadores do poder estatal

O ordenamento jurídico brasileiro é pautado por diversas manifestações que o caracterizam, e uma dessas formas é por meio de princípios que buscam nortear a atividade interpretativa e integrada nas mais diversas situações, seja para o administrador público ou para o julgador.

Com isso, ao utilizar os princípios como fontes, o direito pauta-se em regradar, limitar e sistematizar diversas possibilidades onde um ser pautado em parcialidade e subjetividade latente, pode desvirtuar ou desprestigiar determinado instituto jurídico.

No âmbito penal, a observância aos princípios merece uma atenção ainda mais detalhada, tendo em vista o rigor punitivo do aparato estatal e a vulnerabilidade de um particular diante a força do Estado em seu aspecto punitivo. É a partir dessa ideia que os princípios são comuns nos mais diversos ramos do direito.

4.1.1 Legalidade, tipicidade e culpabilidade

A Constituição Federal de 1988 expressa a preocupação em proteger a Administração Pública em observância aos ditames legais, com isso, Canotilho, Gilmar Mendes, Sarlet, e Lênio Streck, defendem que a partir de uma análise no art. 37, §4º, do texto constitucional, é necessário a edição de uma norma infraconstitucional para produzir efeitos em concordância com o art. 5º, II, da mesma fonte normativa, a partir da preservação do princípio da legalidade que contempla à reserva legal, típica do Direito Penal.

O Estado de Direito e o princípio da legalidade são dois conceitos divergentes, mas que mantêm uma relação de conjugação ao retirar o poder absoluto das mãos do soberano para que haja em decorrência dos mandamentos expressos em uma lei previamente promulgada.

Para o Direito Penal, o princípio da legalidade vem expresso no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal, ao expor que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Com isso, Segundo Greco:

É o princípio da legalidade, sem dúvida alguma, o mais importante do Direito Penal. Conforme se extrai do art. 1º do Código Penal, bem como do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, não se fala na existência de crime se não houver uma lei definindo-o como tal. A lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal [...] (GRECO, 2016, p. 144)

Dessa maneira, a legalidade se materializa com a edição de parâmetros jurídico-constitucionais, dos quais fixam a matéria que será regulada, criando, modificando, ou extinguindo direitos. Além disso, para o Direito Penal não basta apenas a edição de um diploma legal (leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, decretos), é necessário que, com base no princípio da reserva legal, a criação legislativa seja baseada numa lei ordinária ou em leis complementares.

Com isso, a reserva legal demonstra que as matérias em Direito Penal devem ser disciplinadas por meio de lei, ou seja, sendo vedado se utilizar de outro mecanismo divergente da lei, admitindo, dessa forma, apenas a lei como fonte para limitar ou impor um determinado comportamento na seara penal.

Com efeito, segundo Sousa (2016), a taxatividade da conduta é um dos alicerces a ser observado. As condutas ilícitas previstas na nova Lei de Improbidade

buscam corrigir o enquadramento infundável ao número de ilícitos possíveis de serem praticados, aos quais demandariam uma criatividade do órgão julgador.

Ademais, a tipicidade é um dos princípios que também deve ser observado em prol da segurança jurídica necessário às penalidades do Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. Dessa forma, não se pode confundir legalidade com tipicidades, pois a primeira pauta-se na previsão de ilícitos e suas respectivas sanções, enquanto o segundo mensura os elementos trazidos na lei de improbidade que caracterizam o ato ilícito.

A tipicidade, prevista nas infrações administrativas, encontra alicerce direto no princípio da legalidade, tendo em vista o Estado Democrático de Direito, e a constante vinculação dos sujeitos aos mandamentos legais. Assim, a tipicidade é um desdobramento da legalidade por ser uma maneira de controle do Estado perante o particular, mas, também, uma segurança do particular frente à força estatal.

Com efeito, a tipicidade caracteriza-se por ser a subsunção da conduta executada pelo agente ao tipo descrito na norma, ou seja, segundo Greco (2016), a tipicidade formal é a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei.

Por outro lado, a culpabilidade também deve ser analisada de modo conjugado quando se trata de improbidade administrativa. De modo sequencial, ao se analisar a legalidade, tipicidade e a culpabilidade, pode-se delinear uma sequência que antes da promulgação da Lei nº 14.230/2021, havia um hiato de interpretação, pois a improbidade administrativa era vista de modo objetivo. Desse modo, Greco expressa que:

Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições em que se encontrava, podia agir de outro modo [...] (GRECO, 2016, p. 139)

A partir desse conceito expresso acima, pode-se entender que a culpabilidade é um princípio norteador da vedação de uma responsabilidade objetiva. Com isso, segundo Nilo Batista (2004), o princípio da culpabilidade impõe uma subjetividade da responsabilidade penal, não cabendo ao Direito Penal ou ao Direito Administrativo Sancionador, uma responsabilidade objetiva, da qual deriva-se da associação de

alguns fatores, quais sejam: associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico.

Com efeito, a partir da nova redação da Lei de Improbidade, vale ressaltar que na redação anterior, e com base nas interpretações do órgãos fiscalizadores, não era necessário haver a particularização das condutas atribuídas aos agentes, mas somente uma imputação genérica referente a atos de improbidade.

Diante disso, no que tange a culpabilidade na improbidade administrativa é necessário que o órgão fiscalizador mensure o dolo, pois se não houver dolo comprovado, é um indício de que não houve conduta, e necessariamente, a responsabilização penal não pode seguir critérios objetivos para enquadrar os agentes em um determinado comportamento.

O Direito Penal visa a proteção dos bens jurídicos mais relevantes, interferindo naqueles que são essenciais ao convívio social adequado. O poder que o Estado tem de punir os agentes pelos crimes cometidos surge como uma evolução deste ramo nas questões que envolvem a manutenção da paz social, tendo como consequência, a imposição de sanções para enaltecer o valor dado a estes bens tutelados e as normas que os regulam.

Com isso, para que o Estado possa exercer este poder de modo fiel aos mandamentos legais, deve dispender atenção às condutas inerentes ao agente do fato criminoso, aplicando as sanções diretamente ao infrator. Desse modo, caracteriza-se o princípio da individualização das penas que tem respaldo no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, observando-se os aspectos subjetivos e objetivos do crime.

4.2 Atividade dos órgãos de fiscalização

A atividade institucionalizada perante os órgãos de fiscalização demonstram uma crescente preocupação do Estado Brasileiro referente à probidade administrativa. Para uma interpretação mais voltada aos ditames da república, federação e democracia, faz-se necessário ressaltar que a separação dos poderes na realidade brasileira demonstra a evolução do Brasil e o fortalecimento das instituições.

A teoria da divisão dos poderes ao longo dos anos, e, conseqüentemente, a partir das individualidades de cada nação, foi ganhando novos contornos e novos

arranjos: órgãos constitucionais e ascensão dos não eleitos. Com isso, a pluralidade de funções, segundo Santos (2021), demonstra a nova exigência dos Estados nacionais, podendo mensurar uma deficiência à divisão clássica dos poderes.

Dessa maneira, os órgãos constitucionais autônomos figuram na estrutura estatal para contornar os problemas oriundos de setores da Administração Pública, e, além disso, gozam de poderes atribuídos, inicialmente, ao executivo, legislativo e judiciário. Além disso, Santos expressa que:

A segunda razão, é que mesmo no âmbito da separação dos poderes há consideráveis mudanças, donde destacamos o crescimento do ativismo judicial e da interferência do Judiciário no núcleo decisório dos demais poderes, o que inexoravelmente leva à reflexão sobre os limites do controle a partir da ideia de separação orgânica e funcional dos poderes (SANTOS, 2021, p. 54)

Desse modo, muito se discute acerca das atribuições de cada poder propriamente dito, tendo em vista que ao analisar contextos históricos, percebe-se uma afronta aos ditames defendidos e democratizados por Montesquieu. A atividade fiscalizatória ganhou novos contornos, e adaptabilidade na esfera social, pois a sociedade entende, incentiva, e apoia a cultura da extrema penalização aos agentes públicos.

Os limites ao exercício da atividade fiscalizatória é uma materialização do que deve ser entendido como sistema de freios e contrapesos, pois nenhuma esfera do Poder pode prevalecer perante outra, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 já expressa que os poderes são harmônicos e independentes entre si. Ainda, Santos afirma que:

O modelo tripartite proposto por Montesquieu influenciou determinantemente a divisão de poderes utilizadas nos estados contemporâneos. Todavia, tanto pelo longo lapso temporal em que foi proposta, quanto em decorrência do surgimento de novas instituições, a exemplo dos bancos centrais independentes, comissões eleitorais independentes e, no caso brasileiro, os Tribunais de Contas e o Ministério Público, põe-se em xeque a efetiva aplicação da teoria montesquiana, exigindo dos teóricos novos modos de pensar a divisão funcional dos poderes (SANTOS, 2021, p. 54)

A fiscalização é necessária e fundamental para fortalecer a democracia no Brasil, mas é necessário uma reflexão acerca de até que ponto a atuação dos órgãos fiscalizatórios busca proteger o interesse público, pois está diante do exercício de um

chefe de um determinado poder, do qual atua segundo os parâmetros aos quais foi escolhido por vontade popular.

Com isso, seguindo as ideias de Santos (2021), os novos arranjos institucionais refletem a complexidade das sociedades contemporâneas. Os órgãos fiscalizatórios são compostas por autoridades não eleitas e que detêm conhecimento técnico para questionar determinado ato executado por um agente da Administração Pública.

A priori, deve-se frisar que o interesse de agir repousa no binômio utilidade + necessidade. A demanda é útil à consecução dos objetivos institucionais constitucionalmente previstos e atribuídos ao Ministério Público, o qual é incumbido de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse viés, muitas autoridades incumbidas da função de fiscalizar acabam por despende uma força que em muitas situações torna-se desproporcional diante da realidade que um determinado ente da Administração possa se encontrar. A partir dessa ideia, Santos expõe que:

Já no tocante à capacidade de interferência do Ministério Público noutros poderes não há dúvida alguma. Esta interferência ocorre ora de modo legítimo, ora ilegítimo. Expliquemos. Interfere legitimamente o Ministério Público quando investiga, requer documentos e conduz inquéritos em sua própria alçada de competência. Mas interfere ilegitimamente quando a despeito de requerer providências, deixa claro que o descumprimento implicará na interposição de ações de improbidade ou outras ações penais, objetivando fazer valer sua opinião sob funções tipicamente administrativas, fazendo com que gestores e chefes de poder executivo – especialmente pequenos municípios – capitulem na primeira ameaça. Noutras vezes, o Ministério Público é procurado por integrantes de outros poderes para aconselhamentos acerca de medidas administrativas a serem adotadas, sob o pretexto de busca de informações, mas que em verdade buscam blindar-se no processo de tomada de decisão (SANTOS, 2021, p. 66)

Neste ponto, origina-se o receio do administrador público em decidir, surgindo-se o apagão das canetas, sob o medo de uma possível ação que traga prejuízos na órbita administrativa e pessoal. Além disso, as consultas informais dos gestores aos tribunais de contas para saberem como devem agir, também é uma manifestação do receio de uma penalização para os agentes eleitos para administrar.

4.3 Elemento subjetivo na Improbidade Administrativa

Com o advento da Lei nº 14.230/2021, o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa é o dolo. Dessa maneira, não se admite responsabilidade objetiva, pois é necessário que haja a comprovação de que no exercício da função pública houve ato doloso com fim ilícito. Com isso, Costa expressa que:

Dolo é a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei. Não basta, portanto, a voluntariedade do agente. É necessário que o agente público deseje praticar a conduta e alcançar determinado resultado, sendo insuficiente, por exemplo, assinar um documento sem realmente conhecer seu teor (COSTA, 2022, p. 73)

Como método de ilustração, acerca da necessidade da presença do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa, é mister destacar o entendimento do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, anterior a publicação da nova lei de improbidade:

Para a prática de ato ímprobo não é suficiente o enquadramento da conduta praticada nas hipóteses previstas na Lei de Improbidade Administrativa “deve-se atentar para a existência de inequívoca intenção desonesta, vontade do agente voltada à corrupção, sendo exatamente quanto a esses aspectos que reside a distinção entre irregularidade e o agir ímprobo” (AC 00123460520104058100, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 – Quarta Turma, DJE – Data: 22/08/2013 – Página: 445).

A partir da nova redação, só será enquadrado como ato de improbidade a conduta a partir da vontade consciente do agente em concretizar o ato tido como proibido. Desse modo, precisas são as palavras de Greco:

A consciência, ou seja, o momento intelectual do dolo, basicamente, diz respeito à situação fática em que se encontra o agente. O agente deve ter consciência, isto é, deve saber exatamente aquilo que faz, para que se lhe possa atribuir o resultado lesivo a título de dolo [...] (GRECO, 2016, p. 285)

Com efeito, o agente público deve ter consciência de que o ato a ser executado está em descompasso com as normas que regem a Administração Pública, e que haja a vontade de praticar a conduta vedada pelo ordenamento jurídico. Em comparação à forma como anteriormente a matéria era tratada, por exemplo, se algum gestor baseasse sua conduta a um parecer técnico emitido por órgão de assessoramento jurídico, ainda assim subsistiria o elemento subjetivo na conduta.

Nesse sentido, é mister destacar que, conforme entendimento do STJ à época anterior à nova redação da Lei de Improbidade, não havendo necessidade de dolo

específico para configurar ofensa aos princípios da administração pública, bastando para tanto, o dolo geral, senão vejamos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. MOVIMENTAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS EM CONTA DIVERSA DA PREVISTA EM CONVÊNIO. OFENSA DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO. REVISÃO DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A orientação jurisprudencial sedimentada no Superior Tribunal de Justiça estabelece que a configuração do ato de improbidade por ofensa a princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico. Precedentes. 2. No particular caso dos autos, é impossível extrair do acórdão recorrido qualquer referência - ainda que indireta - à presença desse elemento subjetivo. Na sentença de primeiro grau, por seu turno, o juízo expressamente afastou o dolo de improbidade ao referir que o comportamento do requerido "não denota intenção vil, desonesta ou corrupta". 3. Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 4. Ad argumentandum tantum, a decisão recorrida está em conformidade com precedentes do STJ no sentido de não sujeitar meras irregularidades às sanções da Lei 8.429/92. 5. Recurso Especial não provido. (STJ - REsp: 1383649 SE 2013/0142573-4, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2013). Destaques acrescentados.

Dessa forma, no que concerne ao elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa, notadamente aqueles que violam os princípios da administração pública, o Superior Tribunal de Justiça entendia ser suficiente o dolo geral, senão veja-se:

A configuração de ato de improbidade administrativa por ofensa a princípio da administração pública depende da demonstração do chamado dolo genérico ou lato sensu.

STJ.2ªTurma.AgRg no AResp 307.583/RN, Rel.Min.Castro Meira, julgado em 18/06/2013.

Por fim, ressalta-se que não se fazia necessária a demonstração do dano ao erário para se configurar ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração, conforme entendimento da Corte Cidadã, veja-se:

Para configuração dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11, da Lei 8.429/92), é dispensável a comprovação de efetivo prejuízo aos cofres públicos.(STJ.1ªTurma.Resp.1.192.758-MG,Rel.Orig.Min.Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para Acórdão Min. Sérgio Kukina, julgado em 4/9/2014 -Info 547).

Destarte, restam superadas as argumentações suscitadas na antiga interpretação e aplicação para os supostos atos de Improbidade Administrativa, tendo em vista que o dolo não era necessário para configuração de tais atos.

Como se sabe, é poder-dever do administrador cumprir e fazer cumprir o ordenamento jurídico, tratando com o devido zelo a coisa pública. Com efeito, doutrinariamente e jurisprudencialmente, anteriormente, para caracterização dos atos previstos na Lei de Improbidade Administrativa, exigia-se que estes sejam praticados com dolo ou com culpa. Nesse sentido Alves expressa que:

Agindo com dolo ou culpa (leve, grave ou gravíssima), sofrerá o agente político as sanções cominadas, não havendo previsão legal de um salvo-conduto para que possa dilapidar o patrimônio público com a prática de atos irresponsáveis e completamente dissociados da redobrada cautela que deve estar presente entre todos aqueles que administram o patrimônio alheio (ALVES, 2010, p. 318)

De toda sorte, o dolo quando era questionado pelos réus nas condutas, buscavam demonstrar por diversos atos como: homologação, autorização de pagamentos, etc., restando evidente a ciência de supostas irregularidades praticadas, ou pelo menos, a forma negligente com a qual agiu o gestor, caracterizando a culpa grave, que, como dito acima, era admitida e atualmente não se encaixa na espécie.

Ademais, importa registrar que, embora seja importante elemento de convicção, o fato de um suposto ato de improbidade ser embasado em parecer jurídico que afirmava a licitude do proceder não é, por si só, suficiente a caracterizar o dolo, pois o administrador não é obrigado ter conhecimento técnico nas mais diversas matérias aos quais necessita decidir.

Diante disso, o desempenho de funções públicas deve ser desenvolvido por meio de atos probos e em observância aos ditames constitucionais, mas caso haja alguma suspeita do cometimento de ato de improbidade, deve haver a comprovação do ato doloso e não apenas uma mera voluntariedade.

4.4 Os aspectos penais implementados à sistemática da Improbidade Administrativa a partir da Lei n. 14.230/2021

Ao se detectar um ato comprovadamente improbo, é imposto ao réu uma ou mais sanções, quais sejam: perda de bens e valores acrescidos ilicitamente; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos

políticos; e) multa civil; f) proibição de contratar com o Poder Público; g) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Além disso, precisas são as palavras de Costa:

O legislador ordinário, como se pode ver, não se limitou às sanções elencadas no § 4º do artigo 37 da Constituição Federal. Tal fato não implica, contudo, inconstitucionalidade da multa civil, da proibição de contratar ou receber benefícios ou incentivos e da perda dos bens acrescidos ilicitamente. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a Carta Magna estabeleceu rol exemplificativo, competindo ao legislador ordinário a fixação de outras penalidades, uma vez que “as sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei nº 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública (COSTA, 2022, págs. 152-153)

Com isso, conforme Costa (2022), ressaltaram-se as sanções penais – comuns e de responsabilidade, ou seja, a aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa não impede, em razão do mesmo fato, a imposição de pena, reparação de danos e uma possível demissão.

Com base na conduta acima descrita, consiste no autor fazer uma representação contra uma pessoa da qual sabe que é inocente. Em algumas situações, inclusive no cenário político, muitas pessoas acabam por se utilizar desse mecanismo como uma forma de prejudicar alguém a longo prazo, tendo em vista que o simples fato de haver uma investigação contra algum sujeito o atribui danos à imagem, danos pessoais, e até psicológicos.

Quando o legislador prevê essa proteção, é uma forma de dar garantia e segurança para que não se utilizem de mecanismos estatais para fins diversos dos quais foi idealizado.

Diante disso, conforme exposto por Costa (2022), o crime previsto no art. 19 da Lei de Improbidade Administrativa apenas existirá se a representação for indeferida, pois, do contrário, prevalece o delito mais grave previsto no art. 339 do Código Penal.

A redação do art. 20 da nova lei de improbidade prevê que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Isso permite o desenvolvimento de um constitucionalismo de libertação e resistência que, em meio a complexidade contemporânea, ampara os valores da Carta Magna em face de tudo que a agride. Em última análise, nisso, há o fortalecimento do sentimento de pertencimento do agente público, aos quais tenderiam a buscar, por sua vez e de forma mais efetiva, as esferas públicas de

representação, ensejando um ciclo virtuoso entre cidadania-participação-resolução-legitimidade.

Com isso, a interpretação literal acerca da efetivação desse artigo ainda não pode ser vista com integralidade, tendo em vista que segundo Costa (2022), há duas interpretações: uma literal que permite o afastamento do agente público de até no máximo cento e oitenta dias (noventa mais noventa), e uma segunda interpretação, teleológica, em que a depender das circunstâncias do caso, pode estender o período de afastamento. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AFASTAMENTO DE PREFEITO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO POR MAIS 180 DIAS. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS NÃO DEMONSTRADA. 1. A suspensão de liminar é medida excepcional de contracautela cuja finalidade é evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que “o deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa grave lesão a um dos bens tutelados pela legislação de regência”. 3. O afastamento temporário de prefeito municipal decorrente de investigação por atos de improbidade administrativa (art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992) não tem o potencial de, por si só, causar grave lesão aos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.437/1992. 4. O STJ considera razoável o prazo de 180 dias para afastamento cautelar de prefeito. Todavia, também entende que, excepcionalmente, as peculiaridades fáticas do caso concreto podem ensejar a necessidade de alongar o período de afastamento, sendo o juízo natural da causa, em regra, o mais competente para tanto (AgRg na SLS n. 1.854/ES, relator Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe de 21/3/2014). 5. No presente caso, as decisões mencionadas apresentam fundamentação idônea e têm prazo determinado. A prorrogação do afastamento do cargo de prefeito está fundada em elementos probatórios contemporâneos, que apontam para indícios de interferência na instrução processual. Portanto, a excepcionalidade prevista pela legislação de regência não foi devidamente demonstrada. A insatisfação do requerente com a decisão impugnada e o evidente interesse pessoal de retornar ao cargo de prefeito aparentam transcender o interesse público em discussão. Agravo interno improvido. (STJ, AgInt na SLS n. 2.790/ES, Relator: Ministro Humberto Martins, Corte Especial, j. 01/12/2020, DJe 14/12/2020.)

Ademais, em consonância com o art. 21 da Lei de Improbidade Administrativa, as sanções previstas no art. 12 não dependem, segundo Costa (2022), da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, ressalvando quando houver pena de ressarcimento ou a depender do ato de improbidade propriamente realizado. Com isso, atualmente é indispensável a comprovação da efetiva ocorrência do dano em duas situações, quais sejam: quanto à pena de ressarcimento, e quanto aos atos que causam danos ao erário.

Dessa maneira, o Estado Democrático de Direito, em consonância e à luz do sistema penal constitucional brasileiro, pressupõe uma esfera pública pluralista, isto é, com a participação dos mais diversos destinatários e atores na construção de soluções constitucionais para as diversas problemáticas que emergem da sociedade supercomplexa contemporânea. Como afirma Marcelo Neves, essa sua nova feição intermedia o dissenso conteudístico mediante o consenso procedimental, viabilizando e promovendo o respeito às diferenças assim como a autonomia/liberdade.

Por fim, considerando as vicissitudes da sociedade hodierna e as inovações legislativas, prepondera-se a necessidade de respostas rápidas do Estado à Sociedade. Diante disso, tais devem ser buscadas com a construção de um Direito Penal e Administrativo Sancionador equilibrado e pautado na separação dos poderes, tendo como destinatários das normas os atores políticos ou os cidadãos, por meio dos vários procedimentos inerentes ao Estado Democrático de Direito, que devem ser utilizados como instrumento equitativo do balanço constitucional na seara administrativa e penal na solução dos problemas contemporâneos.

5 CONCLUSÃO

A vida em sociedade é regida por normas que buscam minimizar os conflitos decorrentes das mais diversas relações sociais. Com isso, o Direito Penal é o mecanismo utilizado com a finalidade de proteger a vida em sociedade, mas não basta apenas prevê normas que limitam a liberdade dos indivíduos, é necessário que este ramo do direito se atenha apenas aos bens jurídicos mais importantes.

Dessa forma, como a mensuração do que vem a ser relevante ou não passa por crivo legislativo houve uma preferência aos bens jurídicos vida, liberdade, segurança nacional, honra, patrimônio, e a todos que ponham em risco o bem-estar do cidadão. Dada a efetiva proteção legal a estes bens, o Estado atraiu para si a função de punir os indivíduos para que o agente não possa ser acometido pelas chamadas “vinganças privadas” em que o único fundamento era a retribuição pelo mal cometido.

Sob essa ótica, e mesmo ante a complexidade dos problemas contemporâneos, os textos penal e administrativo devem ser interpretados sistemática e realisticamente com base no texto constitucional, exatamente para possibilitar a formação dialética de soluções constitucionais. Desse modo, segundo Eros Grau, a Constituição não pode ser interpretada em tiras, mas deve ser utilizada de modo integral, ou seja, os problemas que emergem da evolução da sociedade contemporânea não são sanados por uma mera análise penal ou administrativa restrita ou literal, mas perpassam pela construção sistemática de arcabouços que conjugam essas novas realidades com os direitos individuais, sociais e administrativos.

Nesse sentido, as cortes constitucionais parecem ser um ambiente adequado para o processo de amadurecimento e reflexão social. As soluções político-constitucionais, por essa natureza, demandam um debate plural e democrático para se legitimarem. É por essa razão que o trabalho hermenêutico, na conciliação dessas tensões valorativas, deve ser realizado não apenas pelos órgãos estatais legitimados formalmente, mas também por todos aqueles inseridos na realidade tratada do texto constitucional. Significa dizer que a interpretação judicial, apesar de importante, não é a única possível, de modo que o Judiciário deve passar a ser visto menos como

simples instância decisória, e mais como um âmbito de desenvolvimento de soluções dialéticas e plurais.

A partir das exposições tratadas nesta pesquisa, ressalta-se a ideia da necessidade de estudos direcionados ao Direito Administrativo e ao Direito Penal nas normas de improbidade administrativa. A utilização de mecanismos penais severos na penalização dos atos de improbidade acarreta o que na doutrina chama-se de apagão das canetas e Direito Administrativo do Medo.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 14.230/2021) surge como uma resposta à sociedade que necessita de uma garantia protetiva aos administrados, e, acima de tudo, à Administração Pública, frente aos escândalos que geraram, e ainda geram prejuízos incalculáveis.

Ao longo da história brasileira muitos episódios a marcaram, fazendo com que houvesse a descrença por aqueles que representam e materializam o que se entende por agentes públicos. Com a redemocratização, o apelo social por normas que busquem a proteção ao erário público, zelo à moralidade, e aos fins sociais, fizeram-se de modo mais enfático e difundido.

Conforme exposto, muitas legislações foram editadas para possibilitar um enredo de proteção efetiva, dando ênfase às condutas que se almejavam vetar, e aos interesses públicos que se buscava proteger. As violações ao interesse público podem ocorrer nas mais diversas hipóteses, seja violando princípios norteadores da Administração, desviando recursos públicos, ou até mesmo se valendo de preceitos legais para concretizar interesses eminentemente privados. Com isso, a Constituição Federal de 1988 carrega consigo um grau protecionista garantido pelo constituinte originário, do qual, prevê uma proteção maior aos interesses sociais e à Administração Pública como um todo.

Com isso, como o Direito não é uma ciência exata e quantitativamente mensurada, as relações sociais desde a vigência da Lei n. 8.249/1992 mudaram de modo drástico. Os institutos legais, os legisladores, os órgãos de controle, e a própria sociedade, não são as mesmas do século passado, e em decorrência dos últimos acontecimentos globais, não são as mesmas de 2019.

Dessa maneira, ao observar a legalidade (administrativa e penal) e o interesse público social, deve-se reanalisar o *modus operandi* atual, não apenas do

administrador público, como também, dos órgãos de controle ao qual é submetido. Nessa medida, a nova Lei de Improbidade Administrativa é uma garantia ao administrador público ao expressar normas que possibilitam os órgãos fiscalizatórios agirem dentro da moldura do ordenamento jurídico.

Com efeito, as interpretações e decisões do administrador público devem respeito ao ordenamento jurídico pátrio, prezando pela legalidade, impessoalidade, moralidade pública, e eficiência. O ato de administrar é complexo e detém escolhas que são amortizadas a partir da realidade fática de um determinado ambiente, desde que as razões expressas na motivação do agente se demonstrem reais e compatíveis com o ato realizado, pois a interpretação não pode significar uma atuação desenfreada do administrador público.

Diante disso, a alteração realizada no modo de julgamento dos supostos atos de improbidade foi um avanço para o Direito Administrativo e para o Direito Penal, pois os mandamentos legislativos formulados de modo anterior denotam uma idealização burocrática que para ser efetivada, em que o administrador público não executaria sua função típica de modo coeso, mas pautado no medo e destoando da realidade.

Com isso, a Lei n. 14.230/2021 expressa uma inovação significativa para o ordenamento jurídico nacional, possibilitando ao administrador efetivar suas decisões a partir de motivação fática e em obediência à realidade. Além disso, o Direito Administrativo e o Direito Penal passam a ter uma configuração mais constitucionalizada, visto que há uma ponderação maior em relação ao cotidiano da Administração Pública.

Desse modo, a conduta do agente público passa a ter uma configuração mais subjetivada e voltada aos fatos e particularidades de caso concreto, desprestigiando práticas anteriormente comuns, que enquadravam os ocupantes de cargos públicos executivos em um padrão de punições e não de interpretações programáticas.

REFERÊNCIAS

Alves, Rogério Pacheco; Garcia, Emerson. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2010. p. 318

BATEUP, Christine. **The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitucional dialogue**. Brooklyn Law Review, v. 71, p. 1.109-1180, 2006.

BATISTA, Nilo. **Concurso de Agentes**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 02 de out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 de out. 2022.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942)**. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Brasília, DF: Senado, 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 07 de out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 07 de out. 2022.

BRASIL. Tribunal Federal da 5ª Região. **Processo nº 0802102-58.2015.4.05.0000 - Agravo de Instrumento**. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2015/08/PJE/08021025820154050000_20150801_48373_40500002844573.pdf. Acesso em: 11 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento na Suspensão Liminar de Sentença n. 2.790/ES**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1206306986>. Acesso em: 11 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1204965/MT**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/17941116>. Acesso em: 09 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1383649**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/24199699>. Acesso em: 10 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.192.758/MG**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/897295211>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1497490/RJ**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701977693&dt_publicacao=01/08/2018. Acesso em: 10 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 307.583/RN**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/23613327>. Acesso em: 11 de out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 318511/DF**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/24200224>. Acesso em: 09 de out. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional** / Uadi Lammêgo Bulos. – 7. Ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 70/2012 – São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

Costa, Rafael de Oliveira. **Nova Lei de improbidade administrativa: atualizada de acordo com a Lei n. 14.230/2021** / Rafael de Oliveira Costa, Renato Kim Barbosa. – São Paulo: Almedina, 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 25. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15° ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.

FERREIRA, Ana Catarina dos Santos Oliveira; FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência e juridicidade na aplicação de normas de gestão pública a partir da linha de interpretação do artigo 22 da LINDB**. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Ribeirão Preto - SP, v. 9, ed. 2, p. 173-195, 21 jul. 2022. DOI <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v9i2p173-195>. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/195553/184967>. Acesso em: 15 out. 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** / Rogério Greco. – 18. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JORDÃO, Eduardo. **Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 63-92, 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6455274/mod_resource/content/1/77650-Texto%20do%20Artigo-161994-1-10-20181123-Eduardo%20Jordao.pdf. Acesso em: 21 out. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa** / Wallace Paiva Martins Júnior. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MATTOS, Daisy Beatriz de. **Sanções Administrativas: natureza e objeto**. 2016. 59 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2016.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático** / Gustavo Justino de Oliveira. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru, SP: Edipro, 2000.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo** [livro eletrônico]: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos / Rodrigo Valgas dos Santos. – 1. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação** / Gerson dos Santos Sicca. Curitiba: Juruá, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2012. 192 p. ISBN 978-85-392-0088-7.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. – 34 ed. revisada e atualizada. São Paulo. Malheiros Editores, 2010.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. **O princípio da impessoalidade** / Livia Maria Armentano Koenigstein Zago – Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Zavascki, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 100.