

PUBLICAÇÃO

90

ISSN: 0101-9562

ISSN ELETRÔNICO: 2177-7055

SEQÜÊNCIA

Publicação do
Programa de Pós-Graduação
em Direito da UFSC

VOLUME 43 ■ ANO 2022

Estudos
jurídicos
e políticos



SEQUÊNCIA – ESTUDOS JURÍDICOS E POLÍTICOS é uma publicação temática e de periodicidade quadrimestral, editada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

SEQUÊNCIA – ESTUDOS JURÍDICOS E POLÍTICOS is a thematic publication, printed every four months, edited by the Program in law of the Federal University of Santa Catarina – UFSC.

Versão eletrônica: <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia>

Editora-Chefe: Norma Sueli Padilha

Editor Associado: José Sérgio da Silva Cristóvam

Editores Adjuntos: Priscilla Camargo Santos, Thanderson Pereira de Sousa

A publicação é indexada nas seguintes bases de dados e diretórios/
The Publication is indexed in the following databases and directories:

Base OJS	OJS
Base PKP	PKP
CCN (Catálogo Coletivo Nacional)	Portal de Periódicos UFSC
Dialnet	Portal do SEER
DOAJ (Directory of Open Access Journals)	ProQuest
EBSCOhost	SciELO
Genamics Journalseek	Sherpa/Romeo
ICAP (Indexação Compartilhada de Artigos de Periódicos)	Sumarios.org
Latindex	ULRICH'S
LivRe!	vLex

Ficha catalográfica

Seqüência: Estudos jurídicos e políticos. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. n.1 (janeiro 1980)-.

Florianópolis: Fundação José Boiteux. 1980-.

Publicação contínua

Resumo em português e inglês


Versão impressa ISSN 0101-9562

Versão on-line ISSN 2177-7055

1. Ciência jurídica. 2. Teoria política. 3. Filosofia do direito. 4. Periódicos. I. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-graduação em Direito

CDU 34(05)

Catálogo na fonte por: João Oscar do Espírito Santo CRB 14/849

PUBLICAÇÃO		SEQÜÊNCIA	Estudos jurídicos e políticos

RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA HISTÓRIA CONTURBADA

ACCOUNTABILITY OF PUBLIC AGENTS AND ADMINISTRATIVE IMPROBITY: A TROUBLED HISTORY

*Ricardo Marcondes Martins*¹

¹Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil.

RESUMO: Pretendeu-se neste estudo propor algumas teses sobre a responsabilização dos agentes públicos tendo por pressuposto uma teoria sociológica da improbidade administrativa. A realidade brasileira evidencia que o direito disciplinar foi apropriado pela Administração paralela. Há uma conformação implícita no Texto constitucional, que não pode ser desprezada pelo Legislador: o núcleo essencial da improbidade refere-se à desonestidade. A Lei 8.249/92, na sua literalidade, ao admitir a improbidade culposa, atentava contra a Constituição. Apesar disso, o ajuizamento das ações de improbidade pelo Ministério Público não se deu, majoritariamente, para atender os interesses da Administração paralela. Esses interesses, porém, presidiram as alterações efetuadas pela Lei 14.230/21. Em um ponto foram positivos: impediram a deturpada responsabilização por improbidade sem que haja desonestidade do agente. Em um ponto foram negativos: impediram a responsabilização jurisdicional por culpa. Esse ponto impõe a releitura do tema: a atuação culposa dos agentes, se não punida em prazo razoável na esfera administrativa, pode ser punida judicialmente em sede de ação popular e de ação civil pública.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Desonestidade do agente público. Administração paralela. Atuação culposa. Ação civil pública. Ação popular.

ABSTRACT: In this study, we intend to propose some theses on the accountability of public agents based on the assumption of a sociological theory of administrative improbity. The Brazilian reality shows that the disciplinary right was appropriated



by the parallel Administration. There is an implicit conformation in the Constitutional Text that cannot be disregarded by the Legislator: the essential core of improbity refers to dishonesty. Law 8,249/92, in its literalness, by admitting culpable improbity, violated the Constitution. In spite of this, the filing of improbity suits by the Public Prosecutor's Office was not, for the most part, to serve the interests of the parallel Administration. These interests, however, presided over the changes made by Law 14,230/21. In one point they were positive: they prevented the misrepresentation of liability for improbity without the agent being dishonest. On one point they were negative: they prevented jurisdictional accountability for guilt. This point requires re-reading the theme: the culpable action of agents, if not punished within a reasonable period of time in the administrative sphere, can be judicially punished in popular action and public civil action.

KEYWORDS: Administrative improbity. Dishonesty of public agent. Parallel Administration. Culpable performance. Public civil action. Popular action.

1 INTRODUÇÃO

Um grave erro de Kelsen¹ foi dissociar, quase que totalmente², o mundo do *ser* do mundo do *dever-ser*. Esse equívoco foi corrigido pelos *métodos concretistas*, segundo os quais a aplicação do Direito depende, sempre, da análise do caso concreto³. A solução mais radical foi dada por Friedrich Müller, para quem a norma não é integrada apenas pelo *programa normativo*, fruto da aplicação ao texto normativo dos métodos clássicos de interpretação, mas também pelo *âmbito normativo*, decorrente dos aspectos da realidade que integram a norma⁴.

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 119 et seq.

² A dissociação não foi total porque Kelsen exige um mínimo de eficácia social para que a norma seja considerada válida (Idem, p. 135).

³ Cf. CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. *Hermenêutica constitucional*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997, p. 64 et seq.

⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução: Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 58. De modo mais aprofundado: MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 250; MÜLLER, Friedrich. *O novo*

Inserir parte da realidade na norma é um exagero. Acolhe-se a arguta crítica de Robert Alexy: a realidade não é parte da norma jurídica, mas condiciona sua compreensão⁵. Deveras: o fato não integra a norma, mas condiciona sua interpretação. A interpretação da norma é condicionada pela realidade perante a qual ela é aplicada⁶; por isso, é perfeitamente possível que em contextos sociais diferentes se extraiam normas diferentes de um mesmo texto normativo.

Essa premissa possui especial relevo no tema da responsabilização dos agentes públicos. A administração brasileira é marcada por altos índices de corrupção⁷. Sociólogos brasileiros descrevem a sociedade brasileiro como uma sociedade inclinada ao desvio, tendo em vista uma história de clientelismo e patrimonialismo⁸. A doutrina e a

paradigma do direito. Tradução de Rossana Ingrid Jansen dos Santos et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22 et seq.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 80-84.

⁶ Por todos: ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.

⁷ A Organização *Transparência Internacional* publica anualmente um índice de percepções da corrupção (IPC) dos países do globo. Em 2021 o Brasil obteve nota 3,8 (de 0 a 10) e ficou, dentre os 180 países avaliados, em 96º lugar. (Fonte: <http://www.transparency.org/>). Está bem longe da Dinamarca, Finlândia e Nova Zelândia, que ficaram em primeiro lugar com a nota 8,8. Há quem critique a análise. Benedito Marques Ballouk Filho e Ronald A. Kuntz, por exemplo, fazem várias críticas ao índice (*Corrupção política: a luta social pelo resgate da dignidade no exercício do poder*. São Paulo: Madras, 2008, p. 35-36). Ainda que as críticas sejam procedentes e o índice não retrate o grau exato da corrupção brasileira, ele indiscutivelmente evidencia que no Brasil a corrupção é acenuadamente elevada.

⁸ A natureza *patrimonialista* e estamental da Administração brasileira é retratada por FAORO, Raymundo. 3. ed., 9. reimpr. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Global, 2001, p. 819 et seq.; HOLANDA, Sérgio Buarque de. 26. ed., 17. reimpr. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 146. Este último conceitua: “Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos”. (Idem, *ibidem*).

jurisprudência brasileiras, em geral, interpretam as normas referentes à responsabilização dos agentes públicos com absoluto desprezo à realidade, resultando em equívocos desastrosos. Neste estudo, propõe-se o esboço de uma teoria sociológica da improbidade administrativa com o intuito de corrigir alguns equívocos na compreensão dogmática do tema.

Impõe-se uma observação metodológica. A constatação de que a interpretação jurídica é condicionada pelos fatos envolve este problema: a apreensão dos fatos exige pesquisa empírica, atividade própria da Sociologia e não do Direito. Vale dizer: a hermenêutica jurídica depende de uma produção científica alheia, nem sempre disponível. Na falta da produção sociológica, restam aos juristas, duas possibilidades. A primeira consiste em realizar essa produção. Contudo, é intuitiva a falta de expertise dos juristas para realizar a atividade sociológica: a pesquisa de campo — com formulação de questionários, estatísticas, coleta de dados — **não costuma ser, por se tratar de atividade própria de outro campo científico, ensinada nas Faculdades de Direito**⁹. Diante dessa inapetência, tornou-se corrente, conforme antecipado, o desprezo pelos fatos na atividade hermenêutica, resultando em desastrosos equívocos.

A segunda possibilidade é que o jurista, na falta da produção sociológica, ao realizar a interpretação, se valha de suas próprias observações sobre a realidade, tendo em vista sua experiência pessoal. Nesse caso, a exegese, alicerçada no contexto fático, carecerá da comprovação da pesquisa empírica. As conclusões dogmáticas partirão de hipóteses a serem confirmadas ou infirmadas pela atividade sociológica. Sem embargo, essa deficiência, decorrente da fundamentação baseada apenas em percepções pessoais do contexto fático, é **menos inconveniente do que exegeses incompatíveis com a realidade social**.

⁹ Sobre a pesquisa sociológica, vide os diversos estudos reunidos por PAUGAM, Serge. *A pesquisa sociológica*. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2015.

2 RESPONSABILIZAÇÃO FUNCIONAL E ADMINISTRAÇÃO PARALELA

Para compreensão da responsabilização funcional de agentes públicos é de inestimável utilidade a Teoria da Administração Paralela, desenvolvida pelo administrativista argentino Agustín Gordillo¹⁰. Alude o autor a certos regimes jurídicos muito rigorosos, composto de normas irreais, excessivas, insensatas, que são, em geral, descumpridas por todos¹¹. O descumprimento amplo e irrestrito é tolerado pela Administração Pública, mas o regime é mantido em vigor. Quando alguém atrapalha os interesses do que Gordillo chama de “Administração Paralela”, essas normas são invocadas¹². O emérito jurista não teorizou sobre o direito ou a realidade brasileira, mas sua teoria adequa-se perfeitamente ao direito disciplinar vigente no Brasil¹³.

Com efeito: prevalece o entendimento de que toda violação às normas legais e regulamentares implica a tipificação de uma falta disciplinar¹⁴. Por força dele, pode-se afirmar, com segurança, que o

¹⁰ Cf. GORDILLO, Agustín A. *La administración paralela*. 1. ed., reimpr. Madrid: Civitas, 1997.

¹¹ Idem, p. 100-101.

¹² Nas palavras de Gordillo: “El parasistema no está entonces en guerra declarada contra el sistema, sino que es parasitario de él, lo usa y lo debilita. El uso que el parasistema hace del sistema reside, entre otras cosas, en que el aparato formal del Estado concurre con su mecanismo de sanciones para castigar no al que meramente viola el sistema, que casi todo el mundo lo hace, sino en verdad al que transgrede el parasistema”. (*La administración paralela*, op. cit., p. 99).

¹³ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Justiça deontica. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149-244, em especial p. 237; MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar. *Revista de direito administrativo e infraestrutura*. São Paulo, na. 05, n. 16, p. 179-211, jan.-mar. 2016.

¹⁴ Segundo esse entendimento faltas funcionais decorreriam não apenas da violação das *proibições* discriminadas no art. 117 da Lei Federal n. 8.112/90, mas também da violação dos *deveres* discriminados no art. 116. Nesse sentido, em lição clássica, doutrina Egberto Maia Luz: “Na falta de um elenco infracional, que seria atípico para a absoluta

cumprimento irrestrito do direito disciplinar, tal como compreendido pela doutrina brasileira majoritária, importaria na punição de todos os servidores. Há, pois, uma tolerância generalizada, em todas as esferas federativas, ao manifesto descumprimento. Contudo, o regime disciplinar, apesar de ineficaz, permanece vigente. Quando um agente público atrapalha os interesses da Administração paralela — *rectius* da corrupção sistêmica¹⁵ —, o regime é invocado contra ele.

Muitas vezes, o agente perturbador, questionado em uma sindicância inquisitiva (e não punitiva)¹⁶, é neutralizado. Em outras vezes, a neutralização dá-se pela punição do agente com sanção branda ou intermediária — advertência, repreensão ou suspensão. Excepcionalmente, quando a neutralização não se torna possível, o agente é demitido. Nesse cenário, na prática brasileira, o direito disciplinar

identidade com o Direito Penal, o Direito Administrativo Disciplinar repousa a sua parte substantiva em dispositivos estatutários que ora referindo-se aos deveres, ora reportando-se às proibições, dizem bem alto que o desrespeito a qualquer deles acarreta punições que tenham a variação especificada em lei”. (*Direito Administrativo Disciplinar: teoria e prática*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977, p. 75). Segundo o art. 116, III, da Lei 8.112/90, é dever do agente público observar as normas legais e regulamentares. Por força desse dispositivo pode-se extrair que o agente público tem o *dever* de observar o Direito, os princípios e as regras vigentes. Se a inobservância desse dispositivo implicasse necessariamente uma falta funcional, a edição de todo ato viciado seria passível de punição disciplinar, o que é absurdo. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 617 et seq.

¹⁵ A corrupção sistêmica ocorre quando o código jurídico lícito/ilícito se torna tão frágil que passa a não desempenhar satisfatoriamente sua função. Por todos: NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 242-243; BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política: uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 103 et seq. Essa corrupção sistêmica ou administração paralela é apropriadamente identificada como “sistema” no filme TROPA de Elite. Produção de José Padilha e Marcos Prado. Rio de Janeiro: Universal Pictures, 2007. 1 disco *blu-ray* (118 min.).

¹⁶ A sindicância inquisitiva é instaurada para apuração dos fatos, sem o indiciamento de um acusado; difere da sindicância punitiva, prevista no art. 145 da Lei 8.112/91, instaurada no âmbito federal para aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até trinta dias. A punitiva tem, na verdade, natureza de processo disciplinar. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Pressupostos da responsabilização disciplinar*, op. cit., p. 201, rodapé 53.

tornou-se um poderoso instrumento da administração paralela para a manutenção da corrupção sistêmica.

A verdade dessa assertiva é intuitiva. Há no Brasil milhares e milhares de servidores públicos. É bastante razoável supor que a maioria deles não é corrupta. Por que, então, o nível de corrupção não se altera? Uma das causas¹⁷ é justamente a apontada: se um servidor, ao ingressar nos quadros públicos, passar a denunciar todas as irregularidades que tiver conhecimento, certamente será questionado em uma sindicância ou em um processo disciplinar. A Administração paralela se vale do direito disciplinar para neutralizar ou se livrar dos agentes que atrapalham seus interesses. A desconsideração da realidade pelo intérprete, nesse caso, tem efeito funesto: o regime disciplinar acaba gerando efeitos diametralmente contrários a que se destina. Ao invés de servir ao bom exercício da função pública, serve aos interesses dos corruptos. Diante dessa situação, é possível estabelecer uma *razão* prima facie: a punição disciplinar de um agente público, pelos motivos aqui apontados, deve ser examinada com redobrada atenção. Dito isso, passa-se ao exame da improbidade administrativa.

3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A improbidade administrativa possui *status* constitucional. Nos termos do §4º do art. 37 da CF/88, “os atos de improbidade

¹⁷ Há, reconhece-se, outras causas. Mencionam-se mais duas: 1) prevalece o entendimento, apesar de equivocado, de que a nomeação para os cargos em comissão e para as funções de confiança exige confiança subjetiva e não objetiva (sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 161 et seq.); 2) prevalece o entendimento, também equivocado, de que a reprovação no estágio probatório independe da prática de falta funcional grave (sobre o tema vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estágio probatório e avaliação de desempenho*. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública - RBEFP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 13, p.09-35, jan.-abr. 2016).

administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. A especificação “na forma e gradação prevista em lei” indica, segundo a aclamada classificação de José Afonso da Silva, tratar-se de típica norma constitucional de eficácia limitada, mais precisamente, norma constitucional de princípio institutivo, do tipo impositiva, pois determina ao Legislador, “em termos peremptórios, a emissão de uma legislação integrativa”¹⁸. Com efeito, sem a edição de uma lei, nenhum agente pode ser responsabilizado por improbidade. Pode, por óbvio, sofrer sanções administrativas, penais ou civis, caso sua conduta configure, respectivamente, uma infração administrativa, penal ou civil; mas não pode sofrer uma sanção por improbidade.

José Roberto Pimenta Oliveira defende a existência na Constituição de diversas “esferas gerais de responsabilidade” dos agentes públicos, e, dentre elas, uma “esfera de responsabilidade por atos de improbidade”¹⁹. É indiscutível que a conduta do agente possa ser tipificada em mais de uma esfera, de modo a sujeitá-lo a mais de uma sanção. A título de exemplo, se o agente se apropria em proveito próprio ou alheio de dinheiro de que tem a posse em razão do cargo, comete crime de peculato e sujeita-se a pena criminal prevista no art. 312 do Código Penal. A conduta também é, em geral, tipificada²⁰ como infração disciplinar nos diversos Estatutos de Servidores

¹⁸ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 126-127.

¹⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 85-86.

²⁰ A tipificação no Direito disciplinar é assunto polêmico. Vem prevalecendo o entendimento de que, por se tratar de relação especial de sujeição, não se dá nos mesmos termos do Direito Penal. Esse entendimento facilita ainda mais a utilização do direito disciplinar como instrumento da Administração Paralela. A solução está na *teoria da razoabilidade às avessas*: na falta de tipicidade legal adequada, a conduta do agente público deve ser considerada infração disciplinar somente se houver um consenso social sobre a necessidade

Públicos. Como causa dano ao erário, sujeita o agente ao dever de reparar o dano e, pois, à **responsabilidade civil**. Dito isso, há de se reconhecer: regra geral, a responsabilização do agente, nas diversas esferas de responsabilização, exige a atuação prévia do Legislador.

Não é diferente com a esfera da responsabilidade por atos de improbidade. Que cabe ao Legislador editar uma lei disciplinando a improbidade administrativa para sujeitar os agentes públicos à responsabilização prevista no §4º do art. 37 da CF/88 é questão praticamente incontroversa. O que sempre gerou discussão foi saber quais os limites da discricionariedade legislativa. O uso da palavra “liberdade” configura erro conceitual grave quando se trata do exercício da função pública: agente público algum, no exercício de função pública, delibera pelo livre-arbítrio; sua escolha, quando juridicamente possível, é sempre pautada pela melhor realização do interesse público²¹. O Legislador, portanto, não possui, nunca, liberdade para editar leis, mas tão somente discricionariedade. Até aí, ainda que o erro seja bastante comum, está-se no terreno do óbvio. O problema é delimitar os limites do exercício discricionário do Legislador.

No tema da improbidade é útil invocar a teoria dos direitos fundamentais. Diferenciam-se os direitos fundamentais *institucionais*, que dependem de uma definição jurídica para serem protegidos, dos direitos fundamentais *não institucionais*, cuja tutela independe de definição jurídica²². A liberdade, por exemplo, — típico direito não institucional — ao contrário da herança — típico direito institucional —, não precisa ser juridicamente definida para ser protegida. Direitos

de punição, vale dizer, se não for razoável não punir. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar, op. cit., p. 185-191.

²¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 106 et seq.

²² Sobre os direitos institucionais vide, por todos: MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 693.

fundamentais não institucionais são passíveis de limitação ou de restrição, a depender da teoria adotada — interna ou externa²³.

Para os partidários da teoria interna, a configuração do direito fundamental é uma atividade conjunta do Constituinte e do Legislador, de modo que, ao estabelecer limites ao direito fundamental, o Legislador está, na verdade, definindo os contornos do direito; a norma extraída do texto constitucional seria uma norma incompleta; somente a partir da leitura global do ordenamento, das normas constitucionais e legislativas, seria possível estabelecer a norma do direito fundamental. Logo, para a teoria interna há propriamente “limites” constitucionais e legislativos ao direito fundamental, que definem os contornos do respectivo direito.

Para os partidários da teoria externa, há que se distinguir a norma constitucional que estabelece *prima facie* a proteção do direito fundamental, e as normas constitucionais e legislativas que o restringem. São normas autônomas: uma que estabelece o direito e outra que o restringe. Para a teoria externa há autênticas “restrições” constitucionais e legislativas ao direito fundamental. Adota-se a *teoria externa*: existe a norma constitucional que garante o direito e normas constitucionais e legislativas que restringem o direito.

Os direitos institucionais, porém, além de restringidos (ou limitados), precisam ser conformados. Sobre a *conformação* dos direitos fundamentais há três correntes. Para a primeira, não apenas é possível a conformação legislativa do direito fundamental, o Legislador possui ampla competência para realizá-la²⁴. Para a segunda, toda conformação legislativa é uma verdadeira restrição, de modo que a conformação

²³ Sobre ambas, vide: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 307-332; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo; Malheiros, 2009, p. 79 et seq.

²⁴ Por todos: MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 215.

não se configura como conceito autônomo²⁵. Pela terceira posição, apesar de haver autonomia conceitual entre conformação e restrição, a competência legislativa é bem restrita: cabe ao Legislador explicitar a conformação implícita na Constituição.

Para entender a última assertiva deve-se lembrar que as palavras constitucionais são signos, e não ruídos, e, portanto, significam, de modo que seu significado se constitucionaliza junto com o uso da palavra²⁶. O significado da palavra constitucional deve ser buscado, primeiro, no próprio Texto constitucional (*postulado da prioridade do texto*). A Constituição, porém, não costuma definir as palavras utilizadas em seu texto. Diante disso, se, na data da promulgação da Constituição, a palavra possui um significado técnico, e o texto não indica o contrário, deve-se presumir que o Constituinte utilizou a palavra no sentido técnico (*postulado da prioridade do sentido técnico*). Quando, após a promulgação da Constituição, configurou-se na área jurídica um novo significado técnico para a palavra, deve-se presumir que o Constituinte a utilizou no sentido técnico pretérito, em voga quando da promulgação do Texto (*postulado da prioridade do sentido pretérito*). Quando na data da promulgação da Constituição, houver mais de um sentido técnico, deve o intérprete valer-se das fontes históricas para apurar em qual sentido a palavra foi utilizada²⁷. Se a palavra, quando da promulgação da Constituição, não possuía significado técnico, deve-se presumir que o Constituinte a utilizou no sentido então corrente (*postulado da inteligibilidade da linguagem jurídica*). Com esses parâmetros, é possível encontrar a *conformação implícita* da improbidade administrativa.

Pode-se dizer que a improbidade prevista no §4º do art. 37 é típico *dever institucional*: para que o agente público se sujeite à

²⁵ Por todos: SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 10.

²⁶ Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 57 et seq.

²⁷ Sobre os postulados da interpretação constitucional, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 59-65.

responsabilização por improbidade, faz-se necessária a *conformação*, a definição do que seja improbidade. Conforme antecipado, não é correto supor que o Legislador tenha ampla discricionariedade para efetuar essa conformação, porque sempre há uma conformação constitucional implícita. A Constituição de 1988 não define a improbidade expressamente, de modo que é insuficiente o postulado da prioridade do texto. Em outubro de 1988 não havia um conceito técnico-jurídico de improbidade administrativa, não podendo ser invocados os postulados da prioridade do sentido técnico e do sentido pretérito. Resta apurar qual o sentido corrente da palavra “improbidade” quando da promulgação do Texto Maior.

Improbidade sempre significou algo ofensivo. Para Caldas Aulete é a “falta de probidade; maldade, malícia, perversidade”²⁸. Etimologicamente, a palavra vem do substantivo latino *improbitis, atis*²⁹. Há também o adjetivo latino *improbus, a, um*, que significa “mau, de má qualidade”; “perverso, falso, enganador”³⁰. Houaiss registra a expressão latina “*improbus administrator*” como “administrador desonesto”³¹. Correlativamente, probidade é a “retidão ou integridade de caráter que leva à observância estrita dos deveres do homem quer públicos, quer privados; honestidade; pundonor, honradez”³². Há, pois, um sentido implícito, extraído da própria linguagem comum, que se constitucionalizou com o uso da palavra “improbidade”. Esse sentido foi parcialmente percebido por José Afonso da Silva, para quem a improbidade é uma “imoralidade

²⁸ AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Delta, 1958, v. III, p. 2677.

²⁹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles (ed.). 1. reimpr. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1057.

³⁰ FARIA, Ernesto. *Dicionário Latino-Português*. Belo Horizonte: Garnier, 2003, p. 477.

³¹ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles (ed.), *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*, op. cit., p. 1057.

³² AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, op. cit., v. IV, p. 4082.

qualificada”³³. Aristides Junqueira Alvarenga deu um passo decisivo para compreensão do tema: essa qualificação é justamente a “desonestidade” do agente. Dessarte: improbidade é uma *imoralidade qualificada pela desonestidade do agente*³⁴.

Em suma, improbidade não é um ruído, é um signo, tem um significado. Quando o Constituinte utilizou a palavra no §4º do art. 37, constitucionalizou não apenas a palavra, mas o significado com que a utilizou. Esse significado, na falta de indicação textual contrária e de um sentido técnico existente na época, deve ser extraído da linguagem comum ou natural. Na data da promulgação da Constituição, pode-se afirmar com segurança que qualificar alguém de ímprobo era qualificá-lo de desonesto. O núcleo significativo implícito da improbidade é, pois, a imoralidade qualificada pela desonestidade do agente público³⁵.

4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO TEXTO ORIGINÁRIO DA LEI 8.429/92

Quase quatro anos após a promulgação da Constituição, mais precisamente em 02.06.1992, foi promulgada a Lei da Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92. Em seu texto expresso, ela estabeleceu que são atos de improbidade os atos dos agentes públicos que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º), dano ao erário (art. 10) ou que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11). O Legislador

³³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 680.

³⁴ Cf. ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86-92.

³⁵ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 641.

deixou claro, por meio do advérbio “notadamente”, que o rol dos três dispositivos seria meramente exemplificativo. A responsabilização por atos de improbidade dependeria do ajuizamento de ação judicial, cujos legitimados seriam apenas o Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada, vale dizer, a pessoa atingida pelo ato de improbidade³⁶.

O §3º do art. 17 determinava a incidência do §3º do art. 6º da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) quando a ação fosse proposta pelo Ministério Público. Poderia, então, a Pessoa Jurídica lesada realizar um de três comportamentos: 1) abster-se; 2) contestar a ação; 3) atuar ao lado do Ministério Público, em assistência adesiva. As três alternativas, segundo o entendimento prevalente, foram consideradas válidas pela comunidade jurídica³⁷. O entendimento, porém, é bastante controverso, pois a Administração Pública deve, inexoravelmente, zelar pelo interesse público³⁸. Se a Advocacia Pública acreditar na honestidade do agente, deve contestar a ação; se acreditar na desonestidade do agente, deve assistir ao autor. “Abster-se”, em termos prosaicos, significa “ficar em cima do muro”, o que, por evidente, contraria o interesse público. Há, pois, bons argumentos em prol da inconstitucionalidade da primeira alternativa³⁹. Na prática, porém, ela se tornou uma regra quase absoluta.

³⁶ Por todos: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 310; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 619.

³⁷ Por todos: SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e prática*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 197; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 138.

³⁸ Sobre a atuação da Advocacia Pública vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Aspectos controvertidos da advocacia pública. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*, São Paulo, ano 3, n. 09, p. 367-394, abr.-jun. 2019.

³⁹ Registra-se a arguta observação de Rodolfo de Camargo Mancuso: “De se observar que essas opções não estão para serem ponderadas ao bel prazer da administração ré, senão ao prudente arbítrio da Autoridade competente, que deve se precaver para não agir de forma leviana ao decidir qual das opções irá tomar, sob pena de, eventualmente, incorrer em pecha de prevaricação”. (*Ação popular*, op. cit., p. 138). Admite-se que, no momento do ajuizamento da ação, a Advocacia Pública possa não ter elementos suficientes para formar sua convicção, o que justifica a validade de não assumir, de plano, o polo ativo

Difícilmente o chefe do Executivo autorizava as Procuradorias a atuar contra os acusados nas ações de improbidade; raramente também as Procuradorias atuavam contra a Chefia. Por certo, a imensa maioria das ações de improbidade foi proposta pelo Ministério Público; dentre elas, na imensa maioria a Pessoa jurídica lesada absteve-se de contestar ou de assistir o autor. Pode-se dizer, por força disso, que a ação de improbidade ganhou força pela atuação do Ministério Público, sendo tímida, para não dizer quase inexistente, a atuação da Advocacia Pública.

O texto originário da Lei 8.429/92, ao menos em relação ao dano ao erário, mencionava expressamente que a ação do acusado poderia ser “dolosa” ou “culposa” (art. 5º). Ante o exposto, impunha-se uma interpretação conforme a Constituição⁴⁰, pois é impossível desonestidade culposa. A improbidade “por culpa” atenta contra o núcleo essencial do significado da palavra improbidade constante do §4º do art. 37 da CF/88⁴¹. Esse entendimento era coerente com o próprio texto originário da Lei, pois as sanções originariamente previstas no art. 12 da Lei de Improbidade não eram adequadas para a atuação culposa. Com efeito; para as três modalidades — dos arts. 9º, 10 e 11 —, previam-se consequências graves, como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a imposição de multas elevadas, sanções proporcionais para condutas desonestas, mas de duvidosa proporcionalidade para condutas culposas. Não foi esse, porém, o entendimento que prevaleceu no Ministério Público. Tornou-se praticamente pacífico no *Parquet* a possibilidade do ajuizamento da ação para impugnar condutas culposas⁴².

ou o polo passivo. Mas supor a validade dessa abstinência até o trânsito em julgado não é razoável.

⁴⁰ Sobre a interpretação conforme vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*, op. cit., p. 41-48.

⁴¹ Por todos: FIGUEIREDO, Isabela Giglio. *Improbidade administrativa: dolo e culpa*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p 144-151.

⁴² Por todos: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa*, op. cit., p. 274; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR,

Imagine-se que uma auxiliar de limpeza sofra uma grave violência doméstica. Depois desse sofrimento, decide não faltar ao trabalho, mas por imprudência danifica um bem da repartição, causando dano ao erário. A imprudência, no contexto, é bastante compreensível. Contudo, provada sua culpa, segundo o entendimento prevalente, estaria sujeita à ação de improbidade. O exemplo é suficiente para evidenciar que o entendimento leva a absurdos. Os membros do Ministério Público, todavia, não se sensibilizaram. Ações foram quotidianamente propostas, mesmo sem prova do dolo.

Ainda que seja possível intuir que alguma ação de improbidade tenha servido aos interesses da administração paralela, pode-se afirmar, com absoluta convicção, que muitas vezes o ajuizamento da ação pelo Ministério Público contrariou os interesses dos sistema de corrupção instituído no Brasil. A Administração Paralela, que domina totalmente a atuação do regime disciplinar, viu seus interesses contrariados. Em termos diretos: ressalvadas as situações excepcionais, processos disciplinares são instaurados para neutralizar ou eliminar o agente público que não se omite diante dos interesses da administração paralela. Esta, regra geral, tem total ingerência sobre a instauração dos processos disciplinares. As ações de improbidade, propostas pelo Ministério Público, não são ajuizadas apenas para neutralizar ou eliminar agentes refratários aos interesses do “sistema”. Por isso, o sistema de responsabilidade por improbidade, tornou-se, no direito brasileiro, sensivelmente incômodo.

5 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI 14.230/21

Foi surpreendente que o texto originário da Lei Federal n. 8.429/92 tenha sobrevivido por tanto tempo. Em países assolados pela

Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 77-78; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, op. cit., p. 181; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*, op. cit., p. 249.

corrupção, costuma haver uma simbiose entre o poder político e o poder econômico. Aliás, na atualidade, a própria Ciência do Direito Administrativo foi subjugada pelo poder econômico⁴³. Por evidente, os acusados de improbidade contrataram advogados para se defender das acusações. Com o tempo, naturalmente aumentou o número de juristas, em geral advogados, contrários ao texto originário da Lei n. 8.429/92. Era de se esperar o convencimento do Poder Legislativo e, de fato, foi surpreendente que a reação tenha demorado quase trinta anos. A Lei Federal n. 14.230, de 25.10.21, alterou boa parte dos dispositivos da Lei 8.429/92. Basta uma leitura apressada para perceber, de modo claro e cristalino, que foi editada como resposta ao desconforto gerado pela utilização do sistema de improbidade contra os interesses da Administração paralela. Sem a pretensão de examinar todas as alterações, pontuam-se algumas.

O Legislador retirou a legitimidade da Administração Pública lesada para o ajuizamento da ação de improbidade. De fato, com a alteração do art. 17 da Lei 8.429/92 restringiu-se a legitimidade ativa ao Ministério Público⁴⁴. Em uma análise estritamente jurídico-

⁴³ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de direito administrativo – v. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31 a 437, em especial p. 41-45; MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019.

⁴⁴ O Min. Alexandre de Moraes deferiu, monocraticamente, medida cautelar na ADI 7.042/DF, para atribuir interpretação conforme à Constituição ao *caput* e §§ 6º-A, 10-C e 14, todos do art. 17, e manter a legitimidade das pessoas jurídicas interessadas para propositura da Ação por Improbidade Administrativa. Um Ministro do STF, ressalvadas situações excepcioníssimas, não pode monocraticamente declarar a inconstitucionalidade de dispositivos legais. O art. 97 da CF/88 exige que a inconstitucionalidade nos Tribunais só seja reconhecida pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial. Quando os Ministros da Corte, sem mais, declararam monocraticamente a inconstitucionalidade de dispositivos legais configura-se a situação descrita por Tercio Sampaio Ferraz Jr.: “não um decido porque posso, mas um posso porque decido”. DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Entrevista com Tercio Sampaio Ferraz Jr. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* –

–dogmática, a alteração poderia ser considerada salutar: conforme aqui explicado, era difícil para Advocacia Pública contrariar os interesses da superior hierarquia, vale dizer, ajuizar ações de improbidade ou aderir ao polo ativo contra os interesses, por exemplo, do Chefe do Executivo ou do Ministro ou Secretário de Estado. No mais das vezes, configurava-se uma omissão inválida, atentatória da Constituição. Ao retirar sua legitimidade, o Legislador resolveu esse problema. Numa compreensão zetética⁴⁵, porém, a Advocacia Pública, ainda que não ajuizasse a ação, possuía, perante os governantes, um poderoso instrumento de contenção. A supressão da legitimidade importou no sensível enfraquecimento político da instituição e, por consequência, na facilitação do atendimento dos interesses da Administração paralela.

Suprimiu-se, também, o obstáculo à fluência do prazo prescricional estabelecido no inciso I do art. 23 da Lei 8.429/92. Segundo o texto originário, o prazo de prescrição de 5 anos só passava a correr após o término do exercício do mandato, do cargo em comissão ou da função de confiança. Tratava-se de verdadeira “regra de ouro” da responsabilização dos agentes públicos⁴⁶. É muitíssimo difícil que o Chefe do Executivo seja responsabilizado enquanto estiver no exercício do seu mandato, ou que um Ministro ou Secretário seja responsabilizado enquanto estiver na direção do Ministério ou da Secretaria, ou que um Diretor de Departamento seja responsabilizado enquanto estiver na Diretoria. É intuitivo que enquanto estiver no cargo o ímprobo faça de tudo para evitar sua responsabilização. Regra geral, utiliza-se

RDAI, São Paulo, ano 05, n. 18, p. 325–382, jul.–set. 2021, p. 351. Feita essa observação, discorda-se do conteúdo da decisão: apesar de politicamente criticável, a supressão da legitimidade das pessoas jurídicas interessadas para propositura de ação de improbidade não viola, em absolutamente nada, o Texto Constitucional.

⁴⁵ Sobre as perspectivas zetética e dogmática, vide: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 39–51.

⁴⁶ Sustentava-se, inclusive, a aplicação analógica dessa regra aos demais sistemas de responsabilização. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, op. cit., p. 475. Com a revogação do inciso I do art. 23 da Lei 8.429/92 inviabilizou-se a aplicação por analogia.

da hierarquia para não ser responsabilizado. O texto originário da Lei de Improbidade punha isso em xeque: enquanto estivesse no cargo e, pois, no exercício da hierarquia, o prazo de prescrição não fluía. O obstáculo foi simplesmente suprimido.

A mudança mais significativa foi, porém, a exaustiva insistência do Legislador em vedar a responsabilização por improbidade sem a presença do dolo. Nesse ponto, percebe-se que a alteração da Lei 8.429/92 não foi inspirada em pesquisas científicas. Além de um texto truncado, repetitivo, mal redigido, a Lei 14.230/21 deixou de positivar o essencial. Deveria dizer, com todas as letras, que a improbidade se caracteriza pela “desonestidade do agente”, elemento conceitual extraído da própria Constituição, nos termos aqui defendidos. Dessarte: a tripartição legislativa estabelecida na Lei — enriquecimento ilícito, dano ao erário, violação de princípios — tem o condão apenas de balizar a dosimetria das sanções. Se o agente age com desonestidade, comete ato de improbidade. Contudo, apesar do excesso de tinta do Legislador, o signo “desonestidade” não foi utilizado sequer uma vez.

Perdeu-se a ótima oportunidade de dar ao sistema de improbidade administrativa uma disciplina mais técnica, mais coerente. A exigência do dolo é afirmada no §1º do art. 1º para as condutas arroladas tanto no art. 9º, como no art. 10 e no art. 11. A exigência é reiterada no §3º do art. 1º, com a utilização de novo elemento subjetivo⁴⁷: faz-se necessária a “comprovação de ato doloso com fim ilícito”. Por evidente, se o agente pretende cumprir corretamente o Direito — não age, pois com “desonestidade” —, seu enriquecimento, ainda

⁴⁷ Sobre os *elementos subjetivos especiais do injusto*, assim se manifesta, por todos, Juarez Cirino dos Santos: “O dolo é o elemento subjetivo geral dos fatos dolosos, o programa psíquico que produz a ação típica, mas não é o único componente subjetivo dos crimes dolosos. O legislador penal contemporâneo inscreve, frequentemente, na dimensão subjetiva dos crimes dolosos, determinadas características psíquicas complementares diferentes do dolo, sob a forma de *intenções* ou *tendências* especiais ou de *atitudes pessoais* necessárias para precisar a imagem do crime ou para qualificar ou privilegiar certas formas de comportamentos criminosos”. (*Direito penal* – parte geral. 8. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 167-168).

que ilícito, não configura improbidade; do mesmo modo, o dano ao erário, ainda que ilícito, não configura improbidade; igualmente, a violação de princípio, ainda que ilícita, não configura improbidade.

A exigência do dolo é reiterada no *caput* dos arts. 9º, 10 e 11. O Legislador se esqueceu de que já a havia afirmado no art. 1º. Em relação à violação de princípio, acrescentou novo elemento subjetivo: segundo o texto literal, não basta o fim ilícito, exige-se o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” (art. 11, §1º). A reiteração e a sobreposição de elementos subjetivos evidenciam a correção do que foi aqui afirmado: a reforma deu-se não com o propósito de aprimorar o sistema, mas com o intuito, quase que desesperado, de atender aos reclamos da Administração paralela.

Em contextos sociais de profunda corrupção, em especial em um contexto de prevalência do clientelismo e do patrimonialismo, as normas de Direito Administrativo exigem um esforço hermenêutico redobrado. A interpretação, nos termos da premissa aqui assentada, deve dar-se com sensibilidade para o contexto fático em que a norma incide. Apesar da falta de técnica legislativa, adotando-se uma interpretação conforme a Constituição, a configuração da improbidade deve dar-se a partir de seu núcleo significativo essencial: a atuação “desonesta” do agente público configura improbidade administrativa; a classificação legal tem apenas o intuito de estabelecer parâmetros — infelizmente a reforma tornou-os mais confusos, reconhece-se — para a dosimetria da sanção.

Fixada essa ressalva, é mister reconhecer: com a alteração da Lei de improbidade, efetuada pela Lei Federal n. 14.230/21, obstou-se, de modo peremptório, a responsabilização por improbidade pela atuação culposa do agente. Esse óbice já decorria da Constituição, mas vinha sendo desprezado pelo Ministério Público e por parcela significativa da jurisprudência. Dito isso, em um ponto a reforma legislativa foi positiva: evitou a continuidade da deturpação do sistema de improbidade.

6 RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS POR CONDUTA CULPA APÓS A LEI 14.230/21

Esse ponto positivo, porém, envolve outro, bastante negativo. Nos termos aqui apresentados, a responsabilidade dos agentes públicos por atuação culposa, no âmbito disciplinar, é dominada, regra geral, pelos interesses da Administração paralela. Impõe-se revisar, com muita cautela, a teoria do direito disciplinar, de modo a corrigir essa grave distorção⁴⁸. O sistema de responsabilização por improbidade vinha sendo utilizado, no Brasil, como um importante mecanismo para contornar esse domínio. Agentes públicos que não eram responsabilizados na instância administrativa, eram responsabilizados na instância jurisdicional. Conforme afirmado no final do item anterior, a reforma da Lei de Improbidade afastou, de modo peremptório, o ajuizamento da ação de improbidade para impugnação de condutas culposas. Diante disso, eis a grande indagação: atualmente, então, a responsabilização por condutas culposas, que não se configuram criminosas, fica sujeita apenas à esfera da responsabilização disciplinar administrativa, esfera essa que, ao menos atualmente, não funciona bem? A resposta é negativa.

A não punição de agentes públicos que cometem faltas funcionais graves, ainda que por culpa, atenta, de modo indiscutível, contra interesses difusos⁴⁹. Há um interesse difuso à boa administração

⁴⁸ Para um parcial proposta de correção, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar, op. cit. Nos termos ali apresentados, a responsabilização disciplinar do agente público exige fato típico, antijurídico, culpável e punível. A proposta é insuficiente. Faz-se necessária uma ampla revisão da constitucionalidade e da proporcionalidade da tipificação das infrações. Em relação ao direito penal, uma teoria jurídica sobre esses parâmetros foi bem delineada por BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Os parâmetros, *mutatis mutandis*, são perfeitamente extensíveis ao direito disciplinar.

⁴⁹ Sobre o conceito de interesse difuso, vide, por todos: MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 40.

pública e ao bom exercício funcional⁵⁰. Outrossim, o respeito à moralidade administrativa⁵¹ configura evidente interesse difuso; a não punição de agentes que cometem graves faltas funcionais é claramente atentatória à moralidade administrativa. No direito brasileiro, a atuação pública contrária à moralidade administrativa pode ser impugnada por ação popular, nos termos do inciso LXXIII do art. 5º da CF/88. Logo, não havendo punição adequada na esfera administrativa, em prazo razoável, de agente público por falta funcional grave, todo cidadão possui legitimidade para requerer a punição em juízo. Outrossim, tem o Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública para obtenção dessa responsabilização. Como a não punição adequada em prazo razoável na esfera administrativa ofende interesses difusos, e compete ao Ministério Público protegê-los em juízo, é indiscutível a sua legitimidade. Vale lembrar que o inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85 torna os demais incisos meramente exemplificativos: cabe ao Ministério Público defender por meio da ação civil pública “qualquer interesse difuso ou coletivo”.

Toda a atuação do Ministério Público em prol da responsabilização de agentes públicos, quando não haja dolo, que se dava, por equívoco, por meio da ação de improbidade administrativa, deve dar-se, hoje, por meio da ação civil pública. Muda o *nomen juris* da ação, apenas isso. Esse entendimento, certamente, contraria os anseios da Administração Paralela, mas é vital para o combate à corrupção no Brasil. Oxalá o Ministério Público e o Judiciário concretizem-no no futuro, apesar da falta da literalidade legal. Não se nega a importância, no contexto social brasileiro, de textos normativos literais. Na falta deles, fica-se à mercê da boa vontade dos agentes envolvidos.

⁵⁰ Sobre a boa administração, vide por todos: FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 17 et seq.

⁵¹ Sobre a moralidade administrativa vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*, op. cit., p. 45 et seq.

7 CONCLUSÃO

1. Observou-se que a realidade condiciona a interpretação normativa, mas, apesar disso, a responsabilização dos agentes públicos vem sendo pensada no Brasil com os olhos fechados para a realidade brasileira. Propôs-se, então, a enunciação dos contornos de uma sociologia brasileira da improbidade administrativa, como pressuposto para sua compreensão dogmática, alicerçada não em pesquisas empíricas, mas em percepções pessoais sobre o contexto fático.

2. A Teoria da Administração Paralela, enunciada por Agustin Gordillo, explica com precisão o contexto fático do direito disciplinar brasileiro. O entendimento prevalente, se fosse respeitado, importaria na punição de todos os agentes. O regime é mantido em vigor, apesar de uma generalizada tolerância ao descumprimento. Quando um agente atrapalha os interesses da Administração Paralela, o direito disciplinar é invocado para neutralizá-lo ou, se impossível, expeli-lo dos quadros públicos.

3. A improbidade é um dever institucional: de modo similar aos direitos fundamentais institucionais, exige a conformação jurídica. O Legislador, porém, não é livre para realizar a conformação: deve respeitar a conformação constitucional implícita. No caso da improbidade, inexistindo uma definição na Constituição e um conceito técnico na época de sua elaboração, a conformação deve ser extraída da linguagem comum ou natural. Concluiu-se, então, que o núcleo significativo implícito da improbidade é a imoralidade qualificada pela desonestidade do agente público.

4. A Lei 8.429/92, em seu texto originário, ao admitir a improbidade culposa, violava o núcleo essencial do conceito constitucional de improbidade. Impunha-se a interpretação conforme: a responsabilização por improbidade, para ser compatível com a Constituição, exige a prova da desonestidade do agente. Contudo, o ajuizamento de ações de improbidade pelo Ministério Público não se deu, prevalentemente, para atender os interesses da Administração paralela e, com isso, contrariou os interesses dos sistema de corrupção instituído no Brasil.

5. A Lei 14.230/21 foi uma clara reação ao desconforto gerado pela referida contrariedade. Pontuou-se a título de exemplo: ela retirou a legitimidade das pessoas jurídicas lesadas; suprimiu a não fluência do prazo prescricional enquanto o ímprobo exerce a hierarquia e reiterou a impossibilidade de improbidade culposa. Nesse último ponto foi positiva: evitou a continuidade da deturpação do sistema de responsabilização por improbidade. Apesar de reforma legislativa não ter feito uso da palavra, impõe-se, ainda, a interpretação conforme: a improbidade caracteriza-se pela desonestidade do agente, sendo a classificação legal apenas útil para dosimetria da sanção.

6. A reforma da Lei de Improbidade exige a releitura do regime de responsabilização dos agentes públicos. A atuação culposa, se não punida em prazo razoável na esfera administrativa, deve, sim, ser punida judicialmente, seja pela propositura de ação popular por qualquer cidadão, já que a não punição ofende a moralidade administrativa, seja pela propositura de ação civil pública pelo Ministério Público, já que a não punição ofende interesses difusos à boa administração e à moralidade administrativa. Concluiu-se: a comunidade jurídica não pode admitir que a responsabilização funcional continue inteiramente dominada pelos interesses da Administração paralela.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 86-92.

AULETE, Caldas. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Delta, 1958.

BALLOUK FILHO, Benedito Marques; KUNTZ, Ronald A. **Corrupção política: a luta social pelo resgate da dignidade no exercício do poder**. São Paulo: Madras, 2008.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. **Corrupção política: uma patologia social**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica constitucional**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. Entrevista com Tercio Sampaio Ferraz Jr. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 05, n. 18, p. 325-382, jul.-set. 2021.

FAORO, Raymundo. 3. ed., 9. reimpr. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Global, 2001.

FARIA, Ernesto. **Dicionário Latino-Português**. Belo Horizonte: Garnier, 2003.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio. **Improbidade administrativa: dolo e culpa**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GORDILLO, Agustín A. **La administración paralela**. 1. ed., reimpr. Madrid: Civitas, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. 26. ed., 17. reimpr. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles (ed.). 1. reimpr. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LUZ, Egberto Maia. **Direito Administrativo Disciplinar: teoria e prática**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1977.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação popular**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Pressupostos da responsabilização disciplinar. **Revista de direito administrativo e infraestrutura**. São Paulo, na. 05, n. 16, p. 179-211, jan.-mar. 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Justiça deôntica. In: PIREES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Um diálogo sobre a justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 149-244.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Estágio probatório e avaliação de desempenho. **Revista Brasileira de Estudos da Função Pública - RBEPF**, Belo Horizonte, ano 5, n. 13, p.09-35, jan.-abr. 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Aspectos controvertidos da advocacia pública. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**, São Paulo, ano 3, n. 09, p. 367-394, abr.-jun. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Ato administrativo**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe;

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo – v. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31 a 437.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações**.

In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 210-241.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**. Tradução de Rosana Ingrid Jansen dos Santos et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PAUGAM, Serge. **A pesquisa sociológica**. Tradução de Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal – parte geral**. 8. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional: doutrina e prática**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo; Malheiros, 2009.

TROPA de Elite. Produção de José Padilha e Marcos Prado. Rio de Janeiro: Universal Pictures, 2007. 1 disco *blu-ray* (118 min.).

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2012.

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo da Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da PUC-SP. Procurador do Município de São Paulo.

Endereço profissional: Rua Silva Bueno, 599, Ipiranga, São Paulo, SP, CEP 04208-050, Brasil.

Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>.

E-mail: ricmarconde@uol.com.br.

Recebido em: 28/03/2022

Aceito em: 25/05/2022



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Autores e autoras cedem à Revista Sequência direitos exclusivos de primeira publicação, ficando o trabalho licenciado sob a Creative Commons Attribution 4.0 International License. A licença autoriza que terceiros remixem, adaptem e ou criem a partir do trabalho publicado, indicando o crédito ao trabalho original e sua publicação inicial. Os autores têm permissão para assumir contratos adicionais em separado, com distribuição não exclusiva da versão publicada na Revista Sequência, indicando, de todo modo, a autoria e publicação inicial neste periódico.