

vada pelo desvalor da ação e do resultado. Como premissa, serve a noção de que improbidade administrativa consiste na violação de valores morais albergados pelo Direito, para a qual a ordem jurídica conferiu tratamento de especial repúdio.

Devem qualificar-se como ímprobos as condutas de agente público que, no exercício da função, age em desconformidade ao Direito, ofendendo, ilícita e especificamente, o valor ético-jurídico da probidade, “*que centraliza o seu núcleo deontológico nas exigências de honestidade, zelo, lealdade e imparcialidade na atividade pública*”⁵.

Assim, tratando-se de norma instituidora de regime específico de responsabilização dos agentes públicos⁶, o artigo 37, § 4º, da Constituição deve ser interpretado sob essa perspectiva. A incidência do domínio sancionatório nele prescrito recai sobre condutas que se enquadrem no núcleo deontológico mencionado, de modo que não se pode pretender concretizar a aplicação do dispositivo sobre substrato fático desprovido de violações ético-jurídicas.

A respeito da distinção entre ilicitude e improbidade para fins de responsabilização, vale citar José Roberto Pimenta Oliveira:

Em terceiro lugar, não é dado às instituições responsáveis pela aplicação das regras sancionatórias – as pessoas jurídicas lesadas, o Ministério Público e Poder Judiciário – nem ao cidadão, afastar a identidade constitucional do ilícito, a matiz ético-jurídica que colora a violação do direito. Ausente o motivo constitucional, perde-se o elo de correlação axiológica que justifica a imposição das sanções nele elencadas. A ilicitude será analisada e apontada nos outros domínios sancionatórios (...).⁷

No âmbito da jurisprudência, há precedente do Superior Tribunal de Justiça – STJ em que a Corte destaca a função preparatória da aceitação da Petição Inicial da Ação de Improbidade Administrativa (AIA), momento processual oportuno para

5 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 181.

6 O domínio sancionatório previsto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, incide também sobre outros vínculos que não apenas o funcional, justificando a aplicação de sanções para pessoas estranhas aos quadros da Administração Pública, como terceiros que concorrem ou se beneficiam dos atos e mesmo pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos, nos termos da Lei nº 12.846/2013. Contudo, para os fins deste artigo, trata-se do regime de responsabilização dos agentes públicos, marcado pela responsabilidade subjetiva.

7 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 181.

“*extremar o ato apontado de ímprobo da configuração da mera ilegalidade*”⁸, isto é, afastar o simples ilícito do descumprimento de valores ético-jurídicos.

Em razão do contorno axiológico subjacente à noção de improbidade, a configuração de conduta dessa natureza exige, ainda, outro requisito indispensável, qual seja, o elemento subjetivo.

Com efeito, improbidade “*pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória*”⁹. Atua de forma ímproba o agente público que, ciente dos deveres morais a serem seguidos, decide não observá-los, embora tivesse a liberdade de agir de modo diferente.

O vínculo subjetivo que une o agente ao resultado compõe a coloração da própria noção jurídica inscrita no artigo 37, § 4º, da Constituição, porquanto é a sua caracterização que agrava a simples ilicitude.

Porém, cumpre ter em mente a necessária distinção entre voluntariedade do ato e o elemento subjetivo a que se faz referência, para efeito de configuração de ato de improbidade.

2.1 Distinção entre voluntariedade e elemento subjetivo necessário para configuração de ato ímprobo

Ao regulamentar o artigo 37, § 4º, da Constituição, a Lei nº 8.429/92 descreveu os atos ímprobos nos artigos 9º a 11. Sobre essas condutas, o Superior Tribunal de Justiça consolidou jurisprudência¹⁰ no sentido de exigir a presença de dolo para configuração dos atos que importam enriquecimento ilícito e que atentem contra os princípios da Administração Pública, autorizando a responsabilização por culpa na hipótese de conduta causadora de prejuízo ao erário.

8 REsp nº 1.193.248/MG, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/4/2014, DJe 18/8/2014.

9 PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37.

10 Trata-se de posicionamento amplamente difundido, tanto que na 38ª edição do “Jurisprudência em Teses” a Corte enunciou o seguinte: “1) é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do artigo 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário”. Por todos os julgados, vide: REsp nº 1.237.583/SP, rel. ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 8/4/2014, DJe 2/9/2014.

A exigência de dolo para justificar a incidência das sanções previstas é constitucionalmente adequada, tendo em vista que o descumprimento do bem jurídico tutelado supõe atuação consciente e deliberada contra valores ético-jurídicos.

Superada a questão da indispensabilidade do elemento subjetivo para caracterização dos tipos previstos nos artigos 9º e 11 da LIA, o desafio resta em delimitar as circunstâncias fáticas em que haverá efetivamente dolo, em especial nos casos em que se atribui a prática de comportamentos contrários aos princípios da Administração Pública.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, construiu-se jurisprudência no sentido de que o chamado “dolo genérico” seria suficiente para justificar responsabilização de agente público¹¹. Essa espécie de elemento subjetivo estaria presente na hipótese de consciência da ilicitude do ato, referindo-se, portanto, à intenção de realizar (ou aderir a) conduta vedada pela ordem jurídica.

Tal posicionamento foi edificado em oposição ao denominado “dolo específico” – afastado pela Corte –, que demandaria incursão sobre a finalidade específica almejada pelo agente público¹².

Sucedee, entretanto, que dolo, seja na modalidade genérica ou específica, não pode ser interpretado como simples voluntariedade. Em primeiro lugar, é possível a existência de comportamento voluntário, violador do Direito, mas que decorra de culpa, em uma das modalidades previstas no artigo 18, inciso II, do Código Penal, como negligência, por exemplo. Essa simples constatação afasta a vinculação entre os conceitos¹³.

11 REsp nº 1.819.704/MG, rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º/10/2019, DJe 11/10/2019; AgRg no AREsp 307.583/RN, rel. ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/6/2013, DJe 28/6/2013.

12 “XVI - O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. (AgRg no REsp nº 1.539.929/MG, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/8/2016.) No mesmo sentido: REsp nº 1.528.102/PR, rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2/5/2017, DJe 12/5/2017)”

(AgInt no AREsp nº 964.974/GO, rel. ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/6/2018, DJe 22/6/2018.)

13 Nesse sentido, vale citar Flávio Unes e Márcio Cammarosano, segundo os quais “a adoção da teoria de

Além disso, pode haver ato voluntário, realizado de forma livre e consciente pelo agente público, mas sem a intenção de violar a ordem jurídica ou valores morais por ela incorporados.

Um exemplo pode ajudar a aclarar o que se busca expor. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação de Improbidade¹⁴ em face de secretário estadual buscando responsabilizar o administrador em razão do fato de ter deixado de cumprir recomendação do órgão de controle. O *parquet* recomendara a anulação de contrato de concessão com valor aproximado de R\$ 10 bilhões.

A conduta descrita como ímproba na Inicial consiste no envio de ofício pelo gestor público em que esse comunica e justifica a inviabilidade de se adotar a recomendação, apresentando subsídios técnicos de agentes públicos especializados e parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Estado. A partir desse único comportamento, o autor da ação atribuiu dolo em beneficiar o consórcio vencedor, pleiteando a aplicação do artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

Nesse caso, verifica-se voluntariedade no ato imputado ao agente público. Afinal, esse expôs, por escrito, sua não adesão à recomendação do Ministério Público, deixando de determinar a anulação de contrato de concessão. No entanto, é impossível atribuir dolo (nem mesmo genérico) de realizar conduta proscribita pelo Direito, eis que o não acolhimento das sugestões do órgão de controle pautou-se, a rigor, em subsídios técnicos e jurídicos.

Em primeiro grau, houve rejeição da exordial, destacando o juiz ser “*leviana a caracterização automática de conduta ímproba do réu nos termos deduzidos na Inicial*”. Ainda sobre o elemento subjetivo, consta a seguinte passagem:

Pressupõe-se, inclusive, que a inércia em não proceder à inabilitação das empresas reveste-se de dolo para beneficiá-las com a manutenção do contrato, quando em verdade, revelar-se-ia conduta irresponsável eventual desfecho do contrato sem apurada investigação acerca dos fatos levantados pelo Ministério Público.

que para configuração de improbidade administrativa bastaria o dolo genérico (...) não autoriza considerar que basta então a voluntariedade do comportamento para que se configure ofensa dolosa da ordem jurídica”. Seria, no dizer dos autores, “aplicação errônea do conceito de dolo genérico, quando não erro de conceituação mesmo de dolo genérico” (CAMMAROSANO, Márcio; UNES, Flávio. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos arts. 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10 da Lei nº 8.429/1992. In: *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*: ReDAC, v. 2, nº 5, p. 137-149, fev. 2014.).

14 TJSP Processo nº 1038564-08.2019.8.26.0053.

Na aplicação da Lei nº 8.429/92, em especial do tipo previsto no artigo 11, não se presume dolo, seja genérico ou específico, da mera voluntariedade de determinado ato. É fundamental distinguir comportamento livre e consciente da intenção de realizar conduta vedada pela ordem jurídica.

O exemplo narrado suscita evidente hipótese de não incidência do âmbito material da improbidade, porquanto não há sequer descrição de conduta maculada por desonestidade, parcialidade ou deslealdade, sobretudo considerando que (i) o agente público agiu com base em parecer jurídico e que (ii) recomendação do Ministério Público não possui caráter vinculante.

Essas duas circunstâncias, conjugadas, reforçam o afastamento de eventual imputação de ilegalidade (ou interpretação irrazoável da lei) e também imoralidade no exercício funcional.

2.2 Atuação de agente público respaldada em parecer técnico-jurídico e o elemento subjetivo necessário para configuração de ato ímprobo

A aplicação da Lei nº 8.429/92 também poderá estar dissociada da noção jurídico-constitucional de improbidade e, em especial, do elemento subjetivo necessário, quando se pretender sancionar agente público que tenha agido com base em pronunciamentos técnicos de órgãos especializados da Administração, convergentes quanto à decisão adotada.

Com efeito, se o agente público toma providência com respaldo em recomendações de ordem técnica e jurídica, supõe-se que a respectiva conduta é acertada, sob a ótica da probidade administrativa, isto é, está afinada com os valores recobertos pelo bem jurídico tutelado. Afinal, não age de forma negligente ou desonesta quem atua com fundamento técnico-jurídico, fornecido pelos órgãos legalmente incumbidos de prestar esta espécie de assessoria. Daí porque, em tais casos, não subsistiria o elemento subjetivo necessário para configuração de ato de improbidade.

Não é possível ao administrador dominar todas as áreas de conhecimento relacionadas às decisões que precisa tomar no desempenho de suas funções. Cabe-lhe, então, munir-se de subsídios suficientes. Ainda que possua conhecimento jurídico, por exemplo, deve atentar-se às recomendações de ordem legal, eis que, no âmbito da União, dos estados e do Distrito Federal, compete exclusivamente à Advocacia Pública o papel de prestar consultoria jurídica, nos termos dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal.

Nesse sentido, vale citar conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem descaberá responsabilizar o agente que houver atuado na conformidade do parecer técnico, desde que a autoridade não tenha qualquer possibilidade de interferência na manifestação do parecerista. Confira-se:

Se, diversamente, houver atuado na conformidade de parecer técnico, entendemos fora de dúvida que, com a ressalva feita a seguir, descaberá responsabilizar o agente. É que, em tal caso, seu comportamento terá sido estribado em conclusões a respeito das quais não tinha, funcionalmente ou, muitas vezes, sequer de fato, conhecimento de causa para decidir, e que foram fornecidas por quem as possuía. Logo, não se poderá derivar diretamente daí imprudência, negligência ou imperícia, vale dizer culpa.¹⁵

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça possui importante precedente¹⁶ em que se entendeu impossível considerar ímproba a conduta de agente público pautada por recomendações de ordem técnica, conforme trecho da ementa abaixo transcrito:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERMOS DE ADITAMENTO AO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SUPOSTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DAS CONDUTAS ÍMPROBAS.

1. Ação Civil Pública intentada por Ministério Público estadual com o intuito de obter reparação de prejuízos causados ao erário por supostos atos de improbidade administrativa, que teriam decorrido da assinatura de termos de aditamentos relacionados ao contrato administrativo 10/Limpurb/95, em possível desacordo com as disposições da Lei nº 8.666/93. (...) 7. Imputar a conduta ímproba a agentes públicos e terceiros que atuam respaldados por recomendações de ordem técnica provenientes de órgãos especializados, sobre as quais não houve alegação, tampouco comprovação, de inidoneidade ou de que teriam sido realizadas com intuito direcionado à lesão da administração pública, não parece se coadunar com os ditames da razoabilidade, de sorte que seria mais lógico, razoável e proporcional considerar como atos de improbidade aqueles que fossem eventualmente praticados em contrariedade às recomendações advindas da própria administração pública.

(REsp nº 997.564/SP, rel. ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/3/2010, DJe 25/3/2010.)

15 A ressalva mencionada pelo autor, com esteio nas lições de Carolina Zancaner Zockun e Maurício Zockun, diz respeito aos casos em que o parecerista ocupa cargos de provimento em comissão ou função de confiança, sendo, pois, suscetível de ser dele desligado *ad nutum*. O parecerista não desfrutaria da necessária independência para o opinamento técnico-jurídico, de modo que seu parecer não poderá respaldar a conduta do agente (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 450-451.)

16 No mesmo sentido, vide: AgRg nº REsp nº 1.065.588/SP, rel. ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 8/2/2011, DJe 21/2/2011.

Em outra decisão, a Corte entendeu não ser razoável que se reconheça ou presume vício de improbidade justamente na conduta do agente público que agiu segundo manifestações de órgãos técnicos, “*ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou*”. Nesses casos, “*não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade*”¹⁷.

Portanto, descabe responsabilizar agentes públicos por improbidade nos casos em que agem com fundamento em orientação técnico-jurídica, salvo se houver demonstração de (i) absoluta inidoneidade das recomendações ou (ii) ilícito conluio com os que apresentaram os subsídios. Trata-se de posicionamento já amplamente difundido pela doutrina e com ressonância na jurisprudência nacional.

Em reforço à tese, recorre-se ao artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, que prevê a responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas apenas nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro.

De plano, inexistente erro grosseiro, entendido como aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, e muito menos dolo, se o agente público atua com base em parecer técnico-jurídico, pois adota a cautela esperada antes da tomada de decisão, observando o opinamento dos órgãos especializados¹⁸.

O dispositivo legal isenta de responsabilidade o administrador que atua pautado em orientação técnico-jurídica, ainda que se tenha firmado em interpretação diversa daquela escolhida, posteriormente, por órgãos de controle. Diante desse cenário, pode haver divergência, o que é absolutamente natural no Direito, porém daí não decorre erro grosseiro se a atuação é fundamentada em interpretação razoável da lei¹⁹. Nessas circunstâncias, não há espaço para o chamado *crime de hermenêutica*.

17 REsp nº 827.445/SP, rel. ministro Luiz Fux, rel. p/ Acórdão ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 2/2/2010, DJe 8/3/2010.

18 O Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta o disposto nos artigos 20 a 30 da LINDB, dispõe no artigo 12, § 6º, acerca da autonomia entre a responsabilização pela opinião técnica e a do próprio decisor. Infere-se da confusa redação do artigo que somente se configurará responsabilização de quem adotou opinião técnica para decidir se “estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes”.

19 Em defesa do dispositivo legal e seu alcance para afastar a responsabilidade pelo chamado crime de hermenêutica, vide BINEMBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro

Outro exemplo concreto calha para ilustrar hipótese de indevida pretensão sancionatória, além do caso já referido. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou AIA²⁰ em face do Departamento Estadual de Trânsito – Detran e seu ex-presidente, por entender que a emissão de vales-refeição em favor dos servidores do órgão seria ilegal, tendo em vista a ausência de lei prévia. Além disso, seria ilícito o credenciamento de estabelecimentos comerciais para utilização dos vales, sem a realização de procedimento licitatório.

O autor da ação pleiteou, então, a aplicação dos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, apresentando como elemento subjetivo do agente público, mais uma vez, a simples inércia diante de recomendação do Ministério Público.

Sucedo que o Detran seguiu parecer jurídico de órgão da Procuradoria-Geral do Estado, que confirmara a legalidade da concessão do benefício e a possibilidade do credenciamento, como hipótese de inexigibilidade, com base em doutrina e jurisprudência. Anote-se, ainda, a circunstância de que diversos outros órgãos do estado já haviam implantado o mesmo modelo de vales, seguindo pareceres jurídicos.

A Inicial foi rejeitada em primeiro grau, decisão confirmada em sede de Acórdão, precisamente em razão da ausência de indicação do elemento subjetivo necessário, com a qual se alinha a atuação pautada em parecer jurídico.

Ora, é certo que o autor da ação possuía determinada interpretação jurídica sobre a realidade, isto é, se era ou não lícito o benefício concedido. Contudo, descabe pretender responsabilizar agente público por improbidade pelo simples fato de ter adotado outra interpretação da lei, bastante razoável, com fundamento em parecer jurídico. Tanto era razoável que prevaleceu, em ambas as decisões, a orientação acolhida pelo gestor no sentido da legalidade.

Com essas considerações, procura-se realçar, em primeiro lugar, que a responsabilização de agentes públicos por ato de improbidade, quando respaldados em

administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 203-224. Por outro lado, relevantes críticas ao artigo 28 da LINDB podem ser encontradas em CARREIRO, Genilson Rodrigues. *Da mera voluntariedade ao erro grosseiro: o art. 28 da Lei nº 13.655/2018 e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador*. In: *Direito Administrativo Sancionador*. Estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 329-376.

20 TJSP Processo nº 1017409-51.2016.8.26.0053.

pareceres técnico-jurídicos, exige cautela na identificação e comprovação do elemento subjetivo adequado, nos termos ora expostos. Em segundo, não se pode tachar de ímproba a conduta de agentes, nessas circunstâncias, sob a mera justificativa de que a interpretação jurídica adotada diverge de outra igualmente plausível.

2.3 Caráter não vinculante de recomendação do Ministério Público e discricionariedade do administrador

No sentido exposto, também se dissocia da noção jurídico-constitucional da improbidade a pretensão sancionatória fundamentada exclusivamente no não acolhimento de recomendação do Ministério Público, isto é, carente de outros elementos fáticos que denotem violação do valor jurídico da probidade administrativa.

De início, recomendação do *parquet* não possui caráter vinculante. Logo, a Administração Pública e seus agentes não estão juridicamente vinculados a seguir a orientação por ela veiculada. É o que se infere da leitura da Lei Orgânica do Ministério Público, que, no artigo 27, parágrafo único, inciso IV, prevê a competência do órgão para expedir recomendações, “*requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito*”.²¹

A ausência de caráter impositivo da recomendação é reconhecida pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público, que a descreve como instrumento de persuasão do destinatário, nos termos do artigo 1º da Resolução CNMP nº 164/2017. De acordo com o dispositivo, justamente por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida, “*a recomendação não tem caráter coercitivo*”²².

21 Lei nº 8.625/1993. Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: (...) Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: (...) IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

22 Resolução nº 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Art. 1º. A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual esse expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo e persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas. Parágrafo único. Por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia, a recomendação não tem caráter coercitivo.

A partir dessa premissa, conclui-se, prontamente, que a conduta de deixar de seguir recomendação do Ministério Público, quando adequadamente motivada, não corresponde, por si só, a qualquer ilícito.

É natural que o órgão ministerial, no exercício da atividade de controle, acompanhe a implementação de políticas públicas, a execução de contratos administrativos e contratações realizadas pelo Poder Público, sendo comum, também, entender equivocadamente, sob o ponto de vista da legalidade, determinado ato praticado pelo gestor. No entanto, descabe atribuir vício de improbidade à conduta de agente público pelo simples fato de deixar de seguir a compreensão da realidade manifestada pelo *parquet*.

Discordar de recomendação do Ministério Público não constitui, por si só, conduta violadora de valores ético-jurídicos, capaz de configurar improbidade, em especial se é seguida de fundamentação idônea, pautada em interpretação razoável do ordenamento.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, há farta jurisprudência nesse sentido, o que demonstra não ser rara a pretensão de aplicar a noção jurídica de improbidade sobre o substrato fático ora mencionado²³.

23 APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO MEDIATO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO. Contratação de empresa para prestação de serviços de assessoria contábil. A imputação alega a terceirização ilícita de atividades que devem ser desempenhadas por servidores titulares de cargos efetivos. Imputada violação da regra contida no art. 37, inciso II, da CF/88. Alegada violação a princípios, na forma do art. 11, e lesão ao erário, na forma do art. 12, ambos da Lei federal nº 8.429/92. (...) CONDUTA ÍMPROBA E ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. (...) A prova documental revela que o autor atrela o elemento subjetivo a partir da inobservância, pelo prefeito, de recomendações feitas pelo Ministério Público. *Discordar de tais recomendações não qualifica, por si só, ato de improbidade administrativa, embora não raro o Ministério Público entenda que sim.* A divergência do administrador em relação à orientação do Ministério Público não determina, por si só, a improbidade administrativa. A questão se resolve no plano da legalidade. Realidades distintas. O autor não se desincumbiu do ônus da prova no sentido de que a contratação ocorre com o propósito burlar a regra constitucional que estabelece o concurso público como meio de seleção dos servidores do estado. Incumbe ao Ministério Público identificar e provar que a tarefa desenvolvida pela contratada guarda similitude com as incumbências próprias dos servidores públicos. Sentença de procedência parcial reformada. RECURSOS PROVIDOS.

(TJSP; Apelação Cível nº 0003683-73.2014.8.26.0222; relator (a): José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Guariba - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 7/2/2018; Data de Registro: 9/2/2018.) (Destaques nossos)

É legítimo o exercício da atividade de controle direcionado ao exame da conformidade dos atos à ordem jurídica. Contudo, a mera divergência de interpretações resolve-se no plano da legalidade e, mesmo no desacordo interpretativo, deve ser dada deferência à leitura adotada pelo gestor, em atendimento à distribuição de competências constitucionais, se a “*recomendação versa sobre o exercício de competências estabelecidas por normas de textura aberta, ampla, muitas vezes positivadas sob a forma de princípios jurídicos*”²⁴.

De fato, a pretensão de responsabilização de gestores públicos por vezes vem acompanhada do não declarado intuito de impor dada interpretação jurídica, imprimindo-a sobre a realidade com viés exclusivo²⁵. Busca-se sobrepor a interpretação do órgão de controle sobre aquela legitimamente construída com base no marco legal em vigor, com a agravante de que se imputam graves sanções ao agente público que produziu o ato desviante da interpretação tida como correta.

O caso já mencionado neste artigo, relativo ao vale-refeição, ilustra bem essa hipótese. O fato que ensejou a propositura da Ação de Improbidade foi o não acolhimento de recomendação do órgão de controle, que apontava ilegalidade na concessão do benefício aos servidores e no procedimento de credenciamento de estabelecimentos comerciais. A conduta apontada como ímproba é justamente a discordância quanto à legalidade dos atos, que, sob a ótica do órgão estadual, pautava-se em parecer jurídico. O problema, portanto, deveria ser resolvido no plano da legalidade.

Em outro caso, o Ministério Público propôs AIA²⁶ em face da Federação Paulista de Futebol e seu dirigente, do estado de São Paulo, e de agentes públicos da Polícia Militar, sob o argumento de que os demandados não garantiam segurança aos

24 MOTTA, Fabrício. Recomendações do MP no controle da administração: o exemplo do VAR. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 26 de setembro de 2019. Interesse Público. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/interesse-publico-recomendacoes-ministerio-publico-var>>. Acesso em: 29/2/2019.

25 Não há no ordenamento qualquer norma que atribua primazia à interpretação desses importantes órgãos em detrimento daquela adotada pelos gestores públicos. Pelo contrário, há na ordem jurídica normas constitucionais exigindo atuação harmônica e independente entre os Poderes, bem como atribuindo ao Executivo expressa competência para dar concreção às leis, seja mediante edição de atos normativos ou pela produção da gama de atos administrativos sob seu encargo.

26 TJSP. Processo nº 1011425-18.2018.8.26.0053.

torcedores de partidas de futebol. Segundo o autor da ação, a Polícia Militar teria sido omissa na sua função de prevenir a violência e de elaborar Plano de Ação nesse sentido.

Aos responsáveis foi atribuída a prática de ato doloso de improbidade, por deixarem de adotar as medidas de segurança indicadas em recomendação do órgão ministerial.

A Inicial foi rejeitada, com fundamento no artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, entendendo o juízo pela inexistência de elementos que sinalizassem, não somente os atos de improbidade propriamente ditos, como também o dolo dos réus.

Dessa forma, extrai-se dos casos que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) demanda mínima indicação do elemento subjetivo adequado, não sendo possível supor conduta ímproba do mero não acolhimento de recomendação do Ministério Público.

3. Aspectos processuais decorrentes do desvirtuamento da noção jurídica de improbidade

A indevida aplicação da noção jurídica de improbidade se refletirá, necessariamente, na fase processual da respectiva ação.

Com efeito, entre as tantas peculiaridades do rito previsto na Lei nº 8.429/92, há determinadas exigências que buscam resguardar a responsabilização prudente dos agentes públicos, como a relevância da chamada justa causa e a previsão de fase de juízo prévio de admissibilidade da Petição Inicial, em que essa poderá ser rejeitada quando inexistir ato de improbidade, for improcedente a ação ou inadequada a via eleita. A própria lei prevê mecanismos para obstar seu uso indevido.

Assim, cumpre demonstrar essa específica relação entre os aspectos materiais e processuais na concretização do citado diploma legal.

3.1 Relevância da justa causa

A Lei nº 8.429/92, no artigo 17, § 6º, consigna exigência maior do que a simples indicação das provas prevista na legislação processual comum. Impõe ao autor da ação a necessidade de instruí-la com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade.

Trata-se do que a doutrina e jurisprudência denominam de justa causa da pretensão punitiva. Haverá indícios suficientes quando a Petição Inicial e seus elementos permitirem confirmar a probabilidade da imputação²⁷.

O legislador buscou estabelecer um filtro ao processamento de “*lides temerárias e injustas, destituídas de base razoável*”, preservando não somente o agente público e a própria Administração, como também o Judiciário, contra demandas desnecessárias²⁸.

Portanto, o recebimento de AIA exige mais do que a mera indicação genérica, seja da prática de ato ímprobo, seja do elemento subjetivo. É necessário que a Inicial venha acompanhada de indícios suficientes de que houve violação do bem jurídico tutelado pela lei. Nesse sentido, há tempo o STJ já enuncia a relevância da justa causa, sem a qual a Inicial pode ser rejeitada, nos termos do artigo 17, § 8º, da LIA. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOB A IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (...) EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA JUSTA CAUSA PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...) 3. As ações judiciais fundadas em dispositivos legais insertos no domínio do Direito Sancionador, o ramo do Direito Público que formula os princípios, as normas e as regras de aplicação na atividade estatal punitiva de crimes e de outros ilícitos, devem observar um rito que lhe é peculiar, o qual prevê, tratando-se de ação de imputação de ato de improbidade administrativa, a exigência de que a Petição Inicial, além das formalidades previstas no art. 282 do CPC, deva ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade (art. 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92), sendo certo que ação temerária, que não convença o Magistrado da existência do ato de improbidade ou da procedência do pedido, deverá ser rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92).

4. As ações sancionatórias, como no caso, exigem, além das condições genéricas da ação (legitimidade das partes, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido), a presença da justa causa, consubstanciada em elementos sólidos que permitem a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação. (...)

(REsp nº 952.351/RJ, rel. ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/10/2012, DJe 22/10/2012.)

27 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 372.

28 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1042.

Cabe acrescentar que a exigência de justa causa para propositura de ação de improbidade foi reforçada, com a edição da Lei nº 13.869/2019, chamada de “Lei de Abuso de Autoridade”. Consta no artigo 30 que constitui crime dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente.

Dessa forma, a propositura de AIA depende de indicação suficiente e plausível do elemento subjetivo, não sendo aceitável supô-lo, por exemplo, em razão da simples inércia diante de recomendações dos órgãos de controle. Igualmente, não preenche a exigência da justa causa, a descrição de conduta tida como ímproba a partir da sua mera voluntariedade. Cabe aos órgãos legitimados apontar efetivamente um comportamento que viole a probidade administrativa, apresentando indícios adequados. Do contrário, não há espaço para probabilidade de êxito da medida judicial.

Nos casos em que a conduta do agente público se fundamenta em parecer técnico-jurídico, a norma prevista no artigo 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92, impõe apresentação de indícios ainda mais robustos, sobretudo no tocante ao elemento subjetivo.

Ademais, a exigência de justa causa deve afastar pretensões punitivas fundadas exclusivamente na quebra da legalidade, porquanto não haverá, até porque logicamente impossível, descrição ou elementos mínimos indicativos de atuação ímproba, mas tão somente ilegal.

3.2 Rejeição da Inicial e as hipóteses previstas no artigo 17, §8º, da Lei nº 8.429/92

Como mencionado, a LIA prevê fase de juízo de admissibilidade da Petição Inicial. Nesse momento processual, confere-se ao magistrado a oportunidade de examinar a presença de justa causa para prosseguimento do processo. Havendo elementos probatórios idôneos sobre a ocorrência do ato, poderá receber a Inicial, determinando-se a citação do acusado.

Por outro lado, compete-lhe rejeitar a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, nos termos do artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92.

Com relação à inadequação da via eleita, a análise realizada pelo magistrado estará relacionada também à condição da ação, ensejando, caso reconhecida, a extinção sem julgamento do mérito, como dispõe o artigo 17, § 11º, da LIA.

De acordo com José Roberto Pimenta Oliveira, a hipótese mencionada aplicar-se-ia a situações em que o autor “*vale-se da ação de improbidade como veículo de exclusiva pretensão ressarcitória de danos materiais e/ou morais ou como veículo de pretensão exclusivamente desconstitutiva de atos jurídicos*”²⁹. Em outras palavras, abarca situações em que não se busca provimento jurisdicional voltado à defesa do bem jurídico tutelado.

Nesse ponto, caberia incluir como hipóteses de inadequação da via eleita ações de improbidade propostas sem mínima descrição de conduta ímproba (e que, portanto, não poderiam resultar em provimento judicial sancionatório) em que, simultaneamente, busca-se rever determinada política pública, ato ou contrato administrativo, sob a ótica da legalidade.

Nesses casos a ação, em razão da sua própria causa de pedir, não tem aptidão para culminar em qualquer responsabilização por improbidade, remanescendo no pedido apenas as questões relacionadas ao plano da licitude.

É o que sucede, por exemplo, no primeiro caso mencionado. Não se imputa ao gestor qualquer conduta ímproba plausível, senão o ato de deixar de seguir recomendação do Ministério Público, acompanhado de pareceres jurídicos e técnicos. Portanto, o que efetivamente pretende o órgão de controle é debater a legalidade da manutenção do contrato de concessão, envolvendo questões multifacetárias e complexas, que extrapolam o âmbito da conduta.

O órgão de controle dispõe de outros instrumentos processuais para questionar a legalidade de políticas públicas, atos, contratos e programas da Administração Pública, com especial enfoque para a Ação Civil Pública. Com isso, não se quer vedar a possibilidade de discutir a legalidade/validade de atos jurídicos derivados de atuação ímproba. Busca-se apenas enfatizar que a AIA não é via adequada para a simples discussão de quebra da legalidade, desacompanhada de violação da probidade administrativa.

Por sua vez, no tocante à inexistência de ato de improbidade, essa diz respeito “*ao processo de tipificação formal e material da conduta ilícita como ato ímprobo*”.

29 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 377.

Significa a não configuração da conduta como improbidade, calhando, como exemplo, a situação de mera ilegalidade, sem a nota sobressalente exigida pelo artigo 37, § 4º, da Constituição Federal³⁰.

O comportamento que se busca coibir deve estar submetido formalmente aos ditames da Lei nº 8.429/92 e, também, possuir grau de lesividade suficiente para justificar a incidência do domínio sancionatório.

Aqui também seria possível incluir os demais casos citados, na medida em que a conduta de deixar de seguir recomendação não configura, por si só, improbidade, tal como exposto. Remanesce apenas o debate, no plano da legalidade, acerca de qual interpretação jurídica deveria prevalecer (se a do gestor público ou a do órgão de controle).

Quanto à hipótese de improcedência da ação, “*concerne à situação excepcional de comprovação, à luz dos elementos indiciários disponíveis e existentes nos autos, da insubsistência lógica irrefutável da tipificação objetiva e subjetiva nela proclamada*”³¹. Aplica-se às situações em que é possível verificar, já na fase de juízo de admissibilidade, a manifesta improcedência da pretensão autoral, seja porque o ato não é passível de enquadramento como ímprobo ou por falha na indicação do sujeito responsável, por exemplo.

3.3 Princípio *in dubio pro societate* e causa de pedir não referida à improbidade

Por fim, vale registrar um aspecto importante do juízo de admissibilidade da Petição Inicial a que se fez referência.

Como cediço, o STJ construiu jurisprudência, interpretando o artigo 17, §§ 7º a 9º, da Lei nº 8.429/92, para estabelecer o chamado “princípio *in dubio pro societate*”. Tal princípio determinaria, utilizando-se de termos dos próprios precedentes, que “*a presença de indícios de ato de improbidade autoriza o recebimento da Inicial*”³² ou que “*somente é possível a pronta rejeição da pretensão deduzida na*

30 OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 378.

31 OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 378.

32 AgRg nº AREsp nº 604.949/RS, rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/5/2015, DJE 21/5/2015.

*Ação de Improbidade Administrativa se houver prova hábil a evidenciar, de plano, a inexistência de ato de improbidade, a impropriedade da ação ou a inadequação da via eleita*³³.

Sem adentrar a questão do fundamento jurídico ou mesmo o enquadramento do chamado princípio na teoria das normas, o fato é que o princípio *in dubio pro societate* constituiria uma espécie de presunção favorável ao recebimento da Petição Inicial.

No entanto, a dúvida que milita em favor da sociedade somente socorre ao autor da Ação de Improbidade que formula Petição Inicial com a correta individualização das condutas dos demandados, a fundamentação jurídica sobre sua ilicitude e apresenta indícios probatórios suficientes³⁴.

Sobre o tema, o Superior Tribunal Justiça possui julgado no sentido de que o recebimento da Inicial de AIA requer “*a comprovação da justa causa para a sua propositura, consubstanciada na averiguação de elementos concretos que atestem haver indícios suficientes acerca da materialidade da conduta desonesta (materialidade) e da responsabilidade do agente público (autoria)*”³⁵, com o que se deve concordar.

33 REsp nº 1.192.758-MG, rel. originário min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. para Acórdão min. Sérgio Kukina, julgado em 4/9/2014.

34 OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato. In: *Revista Síntese de Direito Administrativo*. Ano XII, nº 141, set. 2017, edição especial – “25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa”.

35 ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 11, V, DA LEI Nº 8.429/92). ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NO CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. ART. 17, § 8º, DA LEI DE IMPROBIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. ANULAÇÃO DO *DECISUM PRIMEVO* NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE ATO DE IMPROBIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RESTABELECEM A SENTENÇA MONOCRÁTICA. (...) 4. Conforme deduz-se da leitura atenta do art. 17 da Lei nº 8.429/92, deve ser rejeitada a Inicial da Ação de Improbidade quando ficar caracterizado, sem sombra de dúvida, que ela é temerária, ante a absoluta inexistência de indícios da prática de ato ímprobo. E foi exatamente nessas considerações que o Juízo Monocrático embasou a rejeição da presente Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo MP do Estado de Mato Grosso do Sul. 5. Além do mais, o Tribunal de origem reformou a Sentença de rejeição da ação, sem nada discorrer acerca do elemento volitivo dos recorrentes, nem mesmo apontou as provas suficientes para o devido prosseguimento da ação. *Afirmou apenas que, em situações de tal jaez vigora o princípio in dubio pro societate, ou seja, na dúvida decide-se em favor da sociedade*. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte foi firmada no sentido de que à configuração dos atos de improbidade

O princípio *in dubio pro societate* não socorre o autor de AIA que deduz causa de pedir absolutamente estranha ao âmbito material de incidência da noção jurídica de improbidade. Não basta invocar o princípio, é preciso que a Inicial tenha efetivamente apresentado indícios de prática de ato de improbidade, a justificar o processamento da ação. Confira-se outro julgado do STJ nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. JOGOS MUNDIAIS DA JUVENTUDE. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONDUTA DESCRITA. PRÁTICA DE ATO DOLOSO OU CULPA GRAVE. AUSÊNCIA.

(...) 2. À luz do § 8º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, a decisão de recebimento da Inicial da Ação de Improbidade não pode limitar-se à invocação do *in dubio pro societate*, devendo, antes, ao menos, tecer comentários sobre os elementos indiciários e a causa de pedir, ao mesmo tempo em que, para a rejeição, deve bem delinear a situação fático-probatória que lastreia os motivos de convicção externados pelo órgão judicial. 3. O fato de o então prefeito ter autorizado a contratação, de forma repentina e por meio de pregão presencial, por si só, não induz à conclusão de favorecimento às sociedades empresárias mencionadas, ainda que sejam as mesmas contratadas pela organizadora privada do evento. 4. A desorganização administrativa do Poder Executivo, aí incluída a ausência de planejamento prévio da municipalidade para o recebimento de eventos de grande porte privados é grave, mas os efeitos dessa gravidade, sem a indicação de elemento volitivo, deve-se limitar ao campo político ou ao do ressarcimento civil, pois a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente (AIA nº 30/AM, rel. ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/9/2011).

(AgInt no REsp nº 1.658.625/RJ, rel. ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/9/2018, DJe 12/11/2018.) (Destaques nossos)

administrativa previstos no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa é imprescindível a comprovação do dolo, o que não restou evidenciado no presente caso. Precedentes: AgRg no AREsp nº 287.679/MG, rel. min. ELIANA CALMON, DJe 28/8/2013; REsp nº 1.252.688/SE, rel. min. HERMAN BENJAMIN, DJe 25/6/2013. 6. Nas ações sancionatórias essa é uma lição repassada pelos melhores doutrinadores: *é indispensável que a postulação inicial demonstre a presença de elementos confiáveis e seguros quanto à materialidade do ilícito e a sua provável autoria, sem que não se revele a sua justa causa*, esse quarto elemento próprio das ações sancionadoras, ao lado do interesse processual, da possibilidade jurídica e do interesse de agir (art. 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92). 7. Recurso Especial provido a fim de restabelecer *in totum* a sentença monocrática. Com fulcro no art. 509 do CPC, atribui-se efeito expansivo subjetivo à presente decisão, em relação aos demais litisconsortes.

(REsp nº 1.259.350/MS, rel. ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/8/2014.)

O princípio *in dubio pro societate* foi invocado pelo Ministério Público no caso relativo à concessão do vale-refeição. O órgão ministerial apelou da Sentença que rejeitou a Inicial, com fundamento no citado princípio. Contudo, de forma correta, o acórdão declarou ser inviável aplicá-lo, pois os problemas estariam na argumentação da Petição Inicial, na causa de pedir que sustenta o pedido. A conduta narrada na Inicial não pode sequer ser enquadrada como improbidade. Logo, não haverá como produzir elemento probatório suficiente para justificar o processamento da ação.

Dessa forma, o princípio *in dubio pro societate* somente ampara o autor de Ação de Improbidade que exhibe indícios suficientes da prática de ato ímprobo, isto é, que apresenta justa causa em sua pretensão sancionatória.

4. Conclusão

Como exposto, o âmbito material de incidência da noção jurídico-constitucional de improbidade recai sobre desvios que superam a simples quebra da legalidade. O conceito compreende a violação de valores ético-jurídicos no exercício funcional.

A responsabilização por ato ímprobo exige, ainda, a presença de elemento subjetivo. No entanto, a demonstração de dolo, em especial para efeito do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, não pode se pautar na mera voluntariedade. Ato livre e consciente não significa, necessariamente, ato doloso de improbidade. Cumpre demonstrar intenção de praticar (ou aderir a) conduta vedada pela ordem jurídica, ainda que sob a categoria de dolo genérico.

Partindo dessas premissas, é possível visualizar um universo de situações fáticas que fogem do conceito jurídico de improbidade, as quais foram apresentadas como casos concretos e analisadas também sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial.

A aplicação da Lei nº 8.429/92 pode estar dissociada da referida noção jurídica e, em especial, do elemento subjetivo necessário, quando se pretender sancionar agente público cuja conduta encontra respaldo em pareceres técnico-jurídicos. Presume-se que a atuação conforme manifestações técnicas de órgãos especializados não é violadora da probidade administrativa e dos valores por ela centralizados.

Nesses casos, é preciso ter cautela na identificação e comprovação do elemento subjetivo exigido pela Lei nº 8.429/92, cabendo aos legitimados para propositura da ação a indicação de conduta violadora do bem jurídico tutelado.

A simples divergência de interpretação jurídica entre órgãos de controle e gestores públicos também não é causa, por si só, para ensejar responsabilização nas penas previstas na Lei nº 8.429/92. O desacordo de interpretação, sem demonstração de atuação ímproba, resolve-se no plano da legalidade. Assim, não constitui conduta ímproba a mera discordância ou inércia diante de recomendação do Ministério Público.

Dessa forma, é essencial compreender o alcance da específica esfera de responsabilização prevista no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, para que o sancionamento de agentes públicos se dê de forma prudente e legítima. O desvio na aplicação da Lei nº 8.429/92 irá se refletir nos aspectos processuais da Ação de Improbidade Administrativa, ocasionando até mesmo a rejeição da Inicial.

5. Referências bibliográficas

BINEMBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018). Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 203-224.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio; UNES, Flávio. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos arts. 9.º e 11 e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10 da Lei 8.429/1992. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC*, v. 2, n. 5, p. 137-149, fev. 2014.

CARREIRO, Genilson Rodrigues. *Da mera voluntariedade ao erro grosseiro: o art. 28 da Lei 13.655/2018 e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador*. In: *Direito Administrativo Sancionador*. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 329-376.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa: comentários à Lei n. 8.429/92*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: comentários à Lei n. 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015 (Coleção Direito Administrativo Positivo; v. 7 / Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores.).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOTTA, Fabrício. Recomendações do MP no controle da administração: o exemplo do VAR. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 26 de setembro de 2019. Interesse Público. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/interesse-publico-recomendacoes-ministerio-publico-var>>. Acesso em: 29/2/2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese de Direito Administrativo*. Ano XII, n. 141, set. 2017, edição especial – “25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa”.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ISSN 2237-4515



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO