



BO

LE

PGE-SP

VOLUME 46 | NÚMERO 4
JULHO/AGOSTO 2022

TIM

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

ISSN 2237-4515



BO

PGE-SP

**VOLUME 46 | NÚMERO 4
JULHO/AGOSTO 2022**

LE

TIM

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

EXPEDIENTE

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO (PGE)

PROCURADORA GERAL DO ESTADO

Inês Maria dos Santos Coimbra

PROCURADORA GERAL DO ESTADO ADJUNTA

Juan Francisco Carpenter

PROCURADORA DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Eric Ronald Januário

SUBPROCURADORA GERAL DA CONSULTORIA GERAL

Alessandra Obara Soares da Silva

SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO DA ÁREA DO CONTENCIOSO GERAL

Juliana Campolina Rebelo Horta

SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

Danilo Barth Pires

CORREGEDOR-GERAL

Anselmo Prieto Alvarez

OUIDORIA

Regina Maria Sartori

CONSELHO DA PGE

Inês Maria dos Santos Coimbra (presidente)

Anselmo Prieto Alvarez, Anna Cândida Alves Pinto Serrano, Alessandra Obara Soares da Silva, Danilo Barth Pires, Juliana Campolina Rebelo Horta, Marcio Martins Muniz Rodrigues, Augusto Rodrigues Porciuncula, Vinícius Lima de Castro, Alexandre Ferrari Vidotti, Paola de Almeida Prado, Levi de Mello, Cintia Byczkowski, Vanderlei Ferreira de Lima

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE

Anna Candida Alves Pinto Serrano

ASSESSORIA

Cláudia Aparecida Cimardi

COMISSÃO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Anna Cândida Alves Pinto Serrano

SECRETÁRIO EXECUTIVO

Cláudia Aparecida Cimardi

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

Adalberto Robert Alves, Alexandre Ferrari Vidotti, Guilherme Malaguti Spina, Lucas Soares de Oliveira, Luciano Alves Rossato, Norberto Oya, Paulo Alves Netto de Araujo, Rafael Issa Obeid e Sueine Patrícia Cunha de Souza

REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7005.

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

PROJETO E PRODUÇÃO GRÁFICA

Tikinet Edição

Procurador do Estado responsável:

Emanuel Fonseca Lima

Equipe: Juliana Aguilera do Nascimento Silva Guedes e Andreluci de Oliveira B. Figueiredo

Créditos: Dandara Colins Carvalho Dias (*posts* do Instagram – Principais Notícias) e Emanuel Fonseca Lima (*posts* do Instagram – Cursos e Eventos do Centro de Estudos e Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado (ESPE))

Tiragem: Boletim eletrônico

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da comissão editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando à administração pública.

SUMÁRIO

• Apresentação	6
• Principais Notícias	8
• Artigos	16
TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ATUAÇÃO PRÉVIA DO ESTADO COMO SOLUÇÃO PARA REDUZIR A SUA CONDENAÇÃO EM CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO	16
A (DES)NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	38
LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E LEI ANTICORRUPÇÃO: A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO CUMULATIVA DE SANÇÕES PREVISTAS EM AMBOS OS DIPLOMAS NORMATIVOS À LUZ DAS INOVAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 14.230/21.....	49
• Ementário	62

APRESENTAÇÃO

O presente Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo consagra a diversidade de seus leitores e também de seus autores.

Com efeito, por se tratar de um instrumento de atualização, aperfeiçoamento e divulgação dos trabalhos elaborados conforme conhecimento dos autores e rotina diária das atividades exercidas na PGE, importante a consolidação da participação de todos os colaboradores da nossa instituição.

De se ressaltar que as matérias publicadas no Boletim CEPGE sempre envolveram os mais diversos temas jurídicos, porém, em sua maior parte, conforme trabalhos elaborados e apresentados por Procuradores do Estado de São Paulo.

Assim, é com satisfação que apresento esta edição do Boletim CEPGE, elaborada a partir de artigos jurídicos de autoria dos nossos primeiros Residentes Jurídicos, que passaram a integrar nossa instituição em março/2022, diante da Resolução PGE nº 23/2021, que instituiu o Programa de Residência Jurídica no âmbito da PGE/SP.

O primeiro texto aborda a importante questão da terceirização na Administração Pública e apresenta medidas preventivas para redução da condenação do Estado em contratos de terceirização, especialmente quanto à fiscalização do adimplemento das obrigações trabalhistas.

O segundo artigo trata da problemática relativa ao dolo específico como elemento subjetivo na improbidade administrativa após as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021 na Lei nº 8.429/1992, trazendo importantes reflexões e tese para resguardar o interesse público e combater a corrupção, ao concluir pela desnecessidade do dolo específico para configuração da conduta ímproba.

O terceiro e último trabalho defende a possibilidade da aplicação cumulativa de sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa e Lei Anticorrupção Empresarial, de forma a garantir punição adequada e zelar pela tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público e social da Administração.

No mais, o Boletim traz importantes notícias veiculadas nas redes sociais da PGE/SP, bem como o tradicional ementário da Procuradoria Administrativa.

Desejo a todos uma excelente leitura!

FERNANDA LOPES DOS SANTOS

Procuradora do Estado



ce_pge_sp Hoje vamos inaugurar uma série de postagens que busca resgatar a história do Centro de Estudos. E para isso vamos começar com uma sobre o nosso primeiro logo, criado em 1977.

PGE SP NA MÍDIA

Valor | Brasil

Perdas do ICMS: SP calcula que deixará de pagar R\$ 445,4 milhões à União com liminar de Moraes

Maranhão, Alagoas e Piauí obtiveram decisões semelhantes sobre a Lei Complementar 194, que reduz a 18% a alíquota do imposto incidente nos combustíveis, energia elétrica, comunicações e transporte público.

Por Lu Alko Otta, Valor — Brasília
01/08/2022 20h08 - Atualizado há 25 minutos

O **Estado de São Paulo** estima que deixará de pagar R\$ 445,4 milhões à União no próximo dia 15, informou ao **Valor** a chefe da Procuradoria de Assuntos Tributários (PAT) da Procuradoria-Geral do Estado, **Fernanda Luzia Freire Serur**.



Pgespoficial Pedido da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo é acolhido pelo ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF), que autorizou a compensação imediata das parcelas do contrato de dívidas paulistas com a União, ontem (31), em Brasília (DF). Sobre o assunto, Fernanda Serur, procuradora do Estado e chefe da Procuradoria de Assuntos Tributários (PAT) concedeu entrevista ao jornal Valor Econômico referente à decisão e seus desdobramentos.

Link na bio.

PGE SP NA MÍDIA

FOLHA DE S.PAULO



Painel

Editado por Fábio Zanini, espaço traz notícias e bastidores da política.
Com Guilherme Seto e Juliana Braga



SEGUIR



Órgãos do governo de SP fazem acordo para combater sonegação

Secretaria da Fazenda e Procuradoria Geral do Estado
compartilharão bases de dados



PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO
@pgespoficial

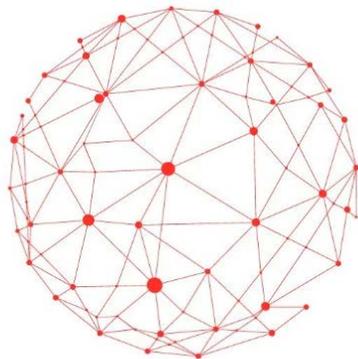


pgespoficial PGE na mídia | Procuradoria Geral do Estado e Secretaria da Fazenda e Planejamento assinaram resolução conjunta de compartilhamento das bases de dados para acelerar a cobrança de contribuintes inscritos em dívida ativa do Estado de São Paulo. O objetivo é combater a sonegação fiscal e incrementar a arrecadação.

Link na bio.



pgespoficial Procuradoria Geral do Estado de São Paulo marca presença na XX Semana Jurídica, evento realizado pelo Tribunal de Contas do Estado, entre os dias 9 a 12 de agosto.



Planejamento Estratégico

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo



pgespficial PGE/SP inicia diagnóstico organizacional visando Planejamento Estratégico da Instituição

A Procuradoria Geral do Estado (PGE) de São Paulo, em conjunto com o Instituto Publix e a Comunitas, iniciou hoje (24.8), formalmente, seu projeto de diagnóstico institucional que levará a um Planejamento Estratégico (PE) da PGE.

Toda Instituição precisa de clareza em seus objetivos, metas e resultados. A PGE é não diferente. O Planejamento Estratégico é um processo coordenado de reflexão, análise e tomada de decisão acerca dos grandes propósitos da Procuradoria e dos meios que serão utilizados para alcançá-los.

Esse processo tem início com a realização de um diagnóstico institucional – um panorama detalhado da PGE – e culmina na definição dos objetivos estratégicos da instituição, permitindo a criação de planos de ação. A participação de todos os servidores e procuradores nesse processo é indispensável.

João Paulo Mota, diretor do Instituto Publix, explicou que o projeto é realizado pela Comunitas, em parceria com o Publix, em que o papel principal da consultoria é ser catalisadora e sistematizadora, de forma científica, da construção do diagnóstico institucional que, por sua vez, orientará as escolhas

para a formulação de uma agenda estratégica da PGE para o futuro. “Esse projeto se dará com uma visão bastante pragmática. Não temos ainda nenhuma linha escrita do plano estratégico, mas já estamos trabalhando no engajamento de todos para tirar o plano do papel”, afirmou ele.

A procuradora do Estado Renata Santiago Pugliese, coordenadora de administração da PGE, será a gestora do convênio e do processo pela Procuradoria. Ela ressaltou que não existe a intenção de se lançar um processo revolucionário, mas sim um processo necessário para o futuro da PGE. “Teremos uma visão global que talvez não tenhamos no momento”, disse ela, que lembrou que a visão individual de todos os procuradores e servidores será importante para essa visão mais ampla do diagnóstico organizacional.

Já a procuradora geral do Estado, Inês Maria dos Santos Coimbra, fez questão de dizer que “O engajamento de todos nós, procuradores e servidores, é fundamental e vai nos dar um projeto com mais legitimidade”.

ESTÁGIOS PGE

PGE/SP passa a oferecer estágio também a estudantes dos períodos iniciais dos cursos de Direito.



A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP) ampliou o público de estudantes para acesso aos processos seletivos de estágio de Direito na Instituição. Agora, alunos matriculados já a partir do período da faculdade podem também participar desses certames.

Essa possibilidade foi aberta a partir do Decreto nº 67.033, de 11 de agosto de 2022 (data icônica para os estudantes de Direito), alterando o Decreto 56.013/2010 em vigência, que permitia a participação de alunos apenas dos dois últimos anos (7º, 8º, 9º ou 10º semestres) do curso.

A legislação ainda destaca que, os estudantes que cursam o 4º ano têm a necessidade de comprovar a inscrição como estagiário profissional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Além disso, eles têm 60 dias para providenciar a carteira da instituição que representa os advogados.

Para informações, consulte o site da PGE (<http://www.portal.pge.sp.gov.br/>), no ícone "Processo Seletivo de Estagiário".

PGE SP NA MÍDIA

ECONÔMICO

Valor

Fazenda de São Paulo fecha acordos de R\$ 1 bi

Debita Olsson
De Brasília

O Estado de São Paulo fechou R\$ 1 bilhão em acordos com contribuintes para o pagamento de débitos de IPVA e ICMS inscritos na dívida ativa. O valor foi negociado por meio do programa de transação tributária, iniciado em meados de 2021.

Foram firmados, segundo a Fazenda paulista, 67,7 mil acordos para o parcelamento de 72.408 débitos, com descontos em juros e multa. O maior valor negociado, referente à dívida de ICMS, é de R\$ 139,9 milhões.

O desempenho do programa de transação tem sido melhor que o esperado", diz Elaine Vieira da Motta, procuradora-chefe da Dívida Ativa no Estado. Após a aplicação dos descontos, acrescenta, o Estado espera receber cerca de R\$ 900 milhões — já entram nos cofres públicos R\$ 200 milhões.

O valor total negociado, porém, representa um pequeno percentual do estoque de dívida ativa, hoje de R\$ 339 bilhões. A maior parte dos 67,7 mil acordos fechados refere-se a dívidas de IP-

VA. Mas com maiores valores envolvem débitos de ICMS.

Elaine esclarece que, independentemente dos editais abertos no site da Procuradoria Geral do Estado (PGE), o contribuinte pode procurar o órgão e negociar. Na transação individual, é necessário que o débito seja objeto de discussão judicial e sejam apresentados garantias — também exigidas na maioria dos editais.

A transação de maior valor feita no Estado refere-se a dívidas de 2017 e 2018, de acordo com o advogado Arthur Castilho, que assessorou a empresa na negociação junto com o advogado Malheiros Scarck de Moraes, ambos do escritório Scarck, Castilho Sociedade de Advogados.

A empresa chegou a tentar pagar o que deve de ICMS com precatórios, mas não foi possível realizar a compensação e, em 2021, com o bloqueio de bens por meio do Sistema de Bloqueio Ativo do Poder Judiciário (Sibajud), partiu para o acordo, que prevê parcelamento da dívida em 60 meses.

Castilho considera positiva a experiência com a transação tributária individual no Estado de

São Paulo. Para ele, a PGE tem se mostrado interessada em quebrar paradigma da falta de celeridade entre contribuintes e Estado. Mas destaca, em algumas negociações de transação teve dificuldade com a exigência de garantia sílfonea. "Algumas exigências podem acabar inviabilizando negociações."

Em junho, foi aberto um novo edital de transação tributária por adesão, para contribuintes de ICMS em recuperação judicial. A adesão poderá ser formalizada no portal da dívida ativa até 10 de dezembro. Especificamente para as empresas em recuperação judicial, 492 débitos já foram transacionados, no montante de R\$ 139 milhões.

A Procuradoria Geral do Estado estima que 577 empresas poderão ser beneficiadas. Existem 15.036 débitos tributários de empresas em recuperação judicial inscritos em dívida ativa. O valor total chega a R\$ 7,2 bilhões. Os descontos previstos no edital são de até 40% sobre multa e juros. O valor pode ser parcelado em até 84 vezes.

O governo estadual regulamentou a transação tributária na



Procuradora Elaine Vieira da Motta: descomplicou melhor que o esperado

Lei nº 17.293, de 2020. Os descontos são aplicados conforme a classificação do devedor, o rating, que vai de "A" a "D".

Na "A" estão dívidas com perspectiva máxima de recuperabilidade. O contribuinte tem direito a desconto de 20% sobre juros e multa, com limite de até 10% do valor da dívida atualizada. O "D" garante desconto de até 40% sobre juros e multa, com limite de até 30% da dívida.

A transação pode ser individual ou por adesão. Se a situação da empresa é mais complexa, na modalidade individual, por exemplo, é possível discutir de algumas discussões judiciais, mas de outras não.

"Não há limite de valor mas precisa existir discussão judicial. Se não, não existe transação", afirma a procuradora Elaine Vieira da Motta. No caso de devedores em recuperação judicial, acrescenta, não é preciso apresentar garantias.



pgespoficial PGE na Mídia | Programa de Transação Tributária da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo fechou R\$ 1 bilhão em acordos com contribuintes do IPVA e ICMS para o pagamento de débitos inscritos em dívida ativa.

Link na bio.

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ATUAÇÃO PRÉVIA DO ESTADO COMO SOLUÇÃO PARA REDUZIR A SUA CONDENAÇÃO EM CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO

Elaine de Oliveira Paizinho¹

RESUMO

A terceirização de serviços é vista como uma ferramenta de gestão voltada para o aumento da eficiência no setor público. O objetivo deste artigo é debater sobre o instituto de terceirização nos contratos administrativos, a divergência doutrinária no que tange a responsabilidade do ente público, o ônus da prova a respeito da comprovação da conduta culposa do ente público na fiscalização do contrato, além do impacto dessa responsabilidade nos processos judiciais trabalhistas em que o ente público figura no polo passivo. Para tanto, inicialmente são traçadas as características do fenômeno da terceirização brasileira e seu marco regulatório. Com base na revisão da legislação e da jurisprudência, utilizando-se o método de indução, acompanha-se a evolução dos precedentes sobre a responsabilidade subsidiária da administração pública pelo inadimplemento de obrigações trabalhistas das empresas prestadoras de serviços contratadas. Posteriormente, é feito um breve panorama dos critérios de fiscalização nos contratos de prestação de serviços recorrendo como base a Instrução Normativa n. 5/2017, do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, utilizada no âmbito da União. Por fim, é pacífico que a responsabilidade subsidiária da administração pública depende da comprovação inequívoca da falha na fiscalização do cumprimento do contrato, entretanto, ainda há divergências no que se refere ao ônus da prova. Assim, defende-se que a atuação prévia do ente público é necessária para que com ela haja redução na quantidade de demandas judiciais trabalhistas, mas, para isso, o ideal é que o legislativo, judiciário e executivo atuem em harmonia para que se encontre um denominador comum.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Fiscalização contratual. Responsabilidade subsidiária.

1. INTRODUÇÃO

No contexto da mudança de uma administração burocrática da coisa pública para uma administração baseada em resultados, a terceirização de serviços tornou-se um fenômeno globalmente uniforme, que se expandiu dentro da administração pública.

Com o objetivo de reduzir custos de produção e aumentar a especialização do trabalho, a terceirização foi rapidamente absorvida pela administração pública em busca de formas mais eficientes de atendimento ao interesse público.

1 Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Pós-graduanda em Advocacia Pública pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE.

Ocorre que, apesar do panorama teórico favorável, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo precisa lidar com um número expressivo de demandas judiciais, em que o ente público estadual figura como parte, no que se refere ao inadimplemento das verbas trabalhistas, nos contratos de terceirização, pelas empresas prestadoras de serviço.

Este artigo pretende de debater o instituto da terceirização nos contratos administrativos, a divergência doutrinária no que tange a responsabilidade do ente público, o ônus da prova a respeito da comprovação da conduta culposa da fazenda pública na fiscalização do contrato, se do trabalhador ou do próprio ente público, além do impacto dessa responsabilidade nos processos judiciais trabalhistas em que o ente público figura no polo passivo.

Primeiramente, aborda-se a origem da terceirização de serviços e suas principais características conceituais. Em seguida, é apresentado o marco regulatório desse fenômeno na Administração Pública. Posteriormente, faz-se uma abordagem da responsabilidade subsidiária do poder público, com foco na fazenda pública estadual, mencionando as divergências jurisprudenciais referentes ao tema abordado.

Por fim, aborda-se a possibilidade de regulamentação estadual específica, a qual seria responsável por definir os critérios de fiscalização no acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos contratos terceirizados, a exemplo da Instrução Normativa n. 5 do Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

2. A TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Terceirização é o processo pelo qual uma empresa contrata outra empresa para fornecer determinados serviços, ou seja, é uma relação trilateral, em que terão lugar o trabalhador, a empresa prestadora de serviços e a empresa tomadora de serviços. O fundamento legal da terceirização encontra-se respaldado na Lei n. 13.429/2017, que passou a regulamentar o assunto, alterando, inclusive, a Lei n. 6.019/74 (trabalho temporário).

Importante salientar que entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora de serviços haverá um contrato civil ou empresarial, em que o empregado e a prestadora de serviços terão um contrato de trabalho, todavia, sem vínculo empregatício

entre o empregado e a tomadora de serviços, tendo em vista que a subordinação não está presente, elemento essencial para a caracterização de relação de emprego².

Em regra, a terceirização no âmbito público é realizada por meio de contratos administrativos de prestação de serviços, celebrados entre o ente público e o prestador de serviços privados. A regra geral é de que tais contratos sejam resultantes de um procedimento licitatório.

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Terceirização significa, pura e simplesmente, passar para particulares tarefas que vinham sendo desempenhadas pelo Estado. Daí, que este rótulo abriga os mais distintos instrumentos jurídicos, já que se pode repassar a particulares atividades públicas por meio de concessão, permissão, delegação, contrato administrativo de obras, de prestação de serviços etc. Com isto, é bem de ver, falar em terceirização não transmite ao interlocutor a mínima ideia sobre aquilo que está de direito a ocorrer. Isto é, não se lhe faculta noção alguma sobre a única coisa que interessa a quem trata com o Direito: a identificação de um regime jurídico incidente sobre a espécie cogitada.³

Analisando a terceirização por intermédio de alguns conceitos e definições, pode-se considerá-la como uma decisão estratégica, a fim de reduzir custos e maximizar a eficiência nos serviços prestados. E, como o Estado é o detentor e gestor dos recursos públicos, essas arrecadações devem ser utilizadas de forma racional, já que as contribuições da sociedade também são mínimas.

2.1 Origem e Conceito

O termo terceirização é formado por meio de um neologismo do substantivo “terceiro”, entendido como intermediário, interventor. Vale destacar que a palavra equivale a *outsourcing*, em inglês, e a tradução literal significa: algo vindo de fora, ou seja, obter bens e serviços de terceiros. Ressalta-se que o “terceiro” é parte integrante da relação jurídica obrigatória estabelecida, uma vez que será o prestador do serviço e, portanto, remunerado pelo destinatário do serviço conforme as atividades exercidas.

No Brasil, a terceirização ganhou força e começou a ser utilizada em larga escala pela administração pública a partir da chamada Reforma do Estado, iniciada no

2 FERNANDES, Felipe; ANDRADE, Gustavo; GOUVEIA, Raquel. *Direito e Processo do Trabalho para a Advocacia Pública*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022, p.397.

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 230-231.

governo de Fernando Collor de Mello (1990-1992) e desenvolvida nos governos de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), que tinha, dentre outros aspectos, a ideia de enxugamento da máquina estatal, em busca da eficiência, restringindo as ações do Estado às atividades mínimas, ou seja, a migração de um Estado burocrático para um Estado gerencial.

Na administração pública, o fenômeno da terceirização foi permitido, de forma bastante genérica, pelo Decreto n. 200/1967, que previu uma série de providências para descentralizar a administração pública. Todavia, logo na sequência, como a iniciativa privada se viu na necessidade de modernizar a sua atuação por meio da terceirização e tentando diminuir seus quadros o máximo possível, foi necessária a atualização legislativa dessa questão, que deu origem à Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74).

Não obstante, recebeu, também, regramento pelas Leis n. 8.666/93, n. 8.987/94 e n. 9.472/97, além do Decreto n. 9.507/18, posterior à reforma trabalhista, o qual revogou o Decreto n. 2.271/97, que dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e sociedades de economia mista controladas pela União, e a nova redação da Súmula 331, itens IV e V, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), a qual será revisitada no próximo capítulo.

3. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CASOS DE TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

3.1 A responsabilidade da tomadora de serviços não pertencente à Administração Pública

A terceirização, por si só, impõe a responsabilização subsidiária do tomador de serviços, no que tange o inadimplemento dos direitos trabalhistas. Esse entendimento decorre da Súmula n. 331, do TST; e, posteriormente, consagrado no §5º do art. 5º-A da Lei n. 6.019/74, incluído pela Lei n. 13.429, de 2017, que diz:

art. 5º-A: Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

[...]

§5º: A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o

recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. (grifo nosso)

Nesse sentido, quando se trata de terceirização comum, em que a administração pública não está envolvida, as regras utilizadas são as de direito privado, respeitando integralmente os termos do dispositivo acima e da jurisprudência consolidada do TST. Logo, a empresa tomadora de serviços responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrerá a prestação de serviços.

Assim, caso a prestadora de serviços não cumpra com as suas obrigações trabalhistas para com os seus empregados, estes poderão ajuizar uma ação na justiça do trabalho contra aquela, entretanto, poderão incluir no polo passivo também a tomadora de serviços. Contudo, é necessário obedecer uma ordem na exigência de pagamento das obrigações trabalhistas, ou seja, deve-se tentar obter as verbas primeiro da empresa prestadora de serviços e, só depois, caso impossibilitada a satisfação do crédito trabalhista, é possível cobrar da empresa tomadora de serviços, trata-se do benefício de ordem.

3.2 A responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos encargos trabalhistas

É possível aduzir que a terceirização, de certa forma, também impõe a responsabilidade subsidiária do ente público, desde que haja prova de que este agiu com *culpa in eligendo ou in vigilando*. Trata-se do poder-dever da administração pública de controlar, fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas com relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado, determinar a reparação, mas sem se eximir da própria obrigação.

Entretanto, quando se fala de terceirização em âmbito público, alguns aspectos precisam ser levados em consideração, uma vez que os contratos públicos, em regra, divergem dos contratos privados. Em outras palavras, quando o ente público decide contratar uma empresa terceirizada, ele o faz por intermédio de um contrato administrativo, que geralmente é precedido de licitação, a qual terá o seu regramento pela antiga Lei n. 8.666/93, ainda em vigor, ou pela nova lei de licitações n. 14.133/2021.

Ocorre que o art. 71, §1º, da Lei federal n. 8.666/1993 é expresso ao definir que o inadimplemento dos encargos trabalhistas “não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”, outrossim, o dispositivo foi mantido na nova lei de licitações n. 14.133/2021, em seu art. 121, §1º. Dessa forma, é possível aduzir que a simples inadimplência da empresa prestadora de serviços não

transfere à administração pública os encargos de natureza trabalhista, logo, o ente público, em regra, não é responsável pela quitação dessas verbas, se acionado no judiciário, diferentemente do que ocorre com a terceirização em âmbito privado.

Pois bem, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, a qual declarou a constitucionalidade do artigo 71, da Lei federal n. 8.666/93, nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. **Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas**, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. **Impossibilidade jurídica**. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995⁴. (grifo nosso)

Por sua vez, o entendimento do TST era de que os entes públicos responderiam ampla e irrestritamente sempre que o prestador de serviço descumprisse com suas obrigações trabalhistas. Contudo, com a decisão vinculante do STF na ADC 16, o TST mudou seu entendimento e decidiu que, a partir dessa decisão julgada, os entes públicos poderiam ser responsabilizados por demandas dessa natureza, desde que houvesse comprovação de sua conduta culposa na fiscalização no cumprimento das obrigações contratuais, nos termos da nova redação da Súmula n. 331, V, do TST, conforme trecho:

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, **caso evidenciada a sua conduta culposa** no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.06.1993, especialmente na **fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora**. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada⁵. (grifo nosso)

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente [...]. Plenário, Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, data de julgamento: 24 nov. 2010, data de publicação DJE: 09 set. 2011, ATA n. 131/2011, DJE n. 173, divulgado em 08 set. 2011, data publicação no DOU: 26 set. 2011. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>.

5 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Contrato de Prestação de Serviços. Legalidade (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

Por conseguinte, para os entes da Administração Pública direta e indireta, na qualidade de tomadora de serviços, a responsabilidade subsidiária somente persiste se ficar caracterizada a sua conduta culposa relativa à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Ocorre que, em um primeiro momento, o STF não tinha apreciado de quem era o ônus da prova a respeito da comprovação da conduta culposa do ente público na fiscalização do contrato, se do trabalhador ou da própria administração pública. Posteriormente, no julgamento do recurso extraordinário n. 760.931, em sede de repercussão geral, o STF decidiu que a culpa *in vigilando* deveria ser provada pela parte interessada, e não presumida, como fazia o TST, ou seja, o ônus da prova caberia ao demandante e não poderia ser presumida⁶. Veja abaixo trecho do referido acórdão:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93⁷. (grifo nosso)

Apesar disso, a SDI-I, do TST reconheceu a existência de divergência jurisprudencial no que tange ao tema ônus da prova, analisando por meios de embargos de declaração a matéria. E, ao contrário da decisão do STF, por maioria de votos, no E-RR 925-07.2016.5.15.5.0281, firmou entendimento de que o ônus da prova compete ao ente público, tomador de serviços. Assim, para afastar a caracterização de culpa *in vigilando* pelo inadimplemento de verbas trabalhistas pela sua contratada, depende de prova quanto à eficiente fiscalização do contrato acerca do seu cumprimento.

Contudo, ainda que o processo estivesse próximo de uma resolução no TST, a divergência permaneceu e a questão foi levada novamente ao STF, no bojo do recurso extraordinário n. 1.298.647, o qual está pendente de julgamento, sob o tema 1118, em sede de repercussão geral.

6 FERNANDES, Felipe; ANDRADE, Gustavo; GOUVEIA, Raquel. **Direito e Processo do Trabalho para a Advocacia Pública**. São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 420.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário n. 760931**. Recurso Extraordinário representativo de controvérsia com repercussão geral. Direito Constitucional. Direito do Trabalho. Terceirização no âmbito da administração pública. Súmula 331, IV e V, do TST. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Terceirização como mecanismo essencial para a preservação de postos de trabalho e atendimento das demandas dos cidadãos. Plenário, Relator(a): Min. Rosa Weber, Relator do Acórdão: Min. Luiz Fux, Brasília, DF, data de julgamento: 26 de abril de 2017b, data de publicação: 12 set. 2017, DJ n. 206. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>.

Em suma, os entes da administração pública continuam a ser condenados em demandas judiciais trabalhistas acerca do tema, todavia, parte das ações têm sido julgadas improcedentes, quando demonstrada fiscalização no contrato ou quando o entendimento do juízo é de que o ônus probatório é do empregado, ou seja, ainda há muita discussão sobre o tema.

4. DA HIPERJUDICIALIZAÇÃO EM ÂMBITO ESTADUAL

4.1 Referência – Estado de São Paulo

O estado de São Paulo, representado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo nos processos em que a fazenda pública estadual é parte, apresenta um núcleo específico para analisar as demandas de responsabilidade subsidiária do estado nos contratos de terceirização.

Dados atualizados, em outubro de 2022, informam que o núcleo, atualmente, tem aproximadamente 33 mil processos com essa temática em andamento na justiça do trabalho⁸, os quais estão distribuídos no Tribunal Regional do Trabalho (TRT), no caso TRT2 e TRT15, e no TST.

Em que pese o tamanho territorial e populacional do estado, não se pode negar que o número de processos é, no mínimo, surpreendente. Afinal, todos os processos colocam o estado no polo passivo e o julgamento da maioria é contrário ao ente público, tendo em vista a divergência jurisprudencial, no que tange à condenação da administração pública nos contratos terceirizados, quando tomadora de serviços.

Para além disso, por não haver uma instrução normativa estadual sinalizando quais seriam as provas necessárias para isentar o ente público da condenação subsidiária com base em sua conduta culposa, parte do judiciário condena o Estado pelo simples fato de haver verbas trabalhistas inadimplidas pela prestadora de serviço, o que seria vedado, conforme entendimento do STF.

Em outras palavras, ainda que o ente público demonstre alguma fiscalização do contrato, para parte do judiciário, se há inadimplemento, então a fiscalização não foi eficaz e, com isso, há condenação subsidiária da administração pública, conforme será visto no próximo capítulo com a transcrição de alguns julgados recentes.

8 Sistema de Controle de Processo, Núcleo de responsabilidade subsidiária do estado, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

Diante desse cenário, não é incomum que em todas as ações trabalhistas, em que a administração for tomadora de serviços, faça parte do polo passivo da demanda. Mais ainda pelo fato de que a maioria do juízo não leva em consideração o benefício de ordem, ou seja, não é necessário haver o esgotamento de todas as vias de execução da reclamada principal para que se execute a fazenda pública.

Essa questão faz com que não haja ponderação, se realmente o ente público deveria compor o polo passivo da demanda, pela parte reclamante, pois a busca do judiciário é pela efetivação do pagamento das supostas verbas não recebidas e, na dúvida, o Estado apresenta mais condições financeiras para arcar com esse pagamento, o que nem sempre ocorre com as empresas prestadoras de serviços, que por vezes, gozam de uma saúde financeira instável no ato da demanda judicial.

Ressalta-se que esse cenário é prejudicial tanto para o empregado quanto para a administração pública, pois quando esta contrata empresas terceirizadas, ela o faz em busca de redução de gastos, da eficiência e efetividade dos serviços, entretanto, não é o que se encontra quando é apresentado um número expressivo de processos e condenações.

Para o empregado não é diferente, tendo em vista que se acionou o judiciário é porque, supostamente, algum direito foi desrespeitado e, em regra, verbas alimentares. Para além disso, não se pode esquecer que, quando incluem a administração no polo passivo, precisa-se levar em consideração que o processo terá rito diverso, o qual traz mais morosidade ao caso. Além disso, em caso de condenação, o pagamento será realizado por meio da requisição de pequeno valor (RPV) ou precatório, isto é, o empregado poderá ficar anos sem receber aquilo que seria seu por direito.

Não obstante, para o judiciário, a dinâmica do litígio também é prejudicial, afinal são muitos processos com a mesma temática e se a ideia é ter rapidez nas conclusões dos processos, isso se torna cada vez mais difícil, diante do número das demandas que chegam diariamente na justiça do trabalho.

Assim, é necessário haver mecanismos contundentes, os quais possam reduzir a quantidade de demandas judiciais trabalhistas e proporcionar maior segurança jurídica, principalmente no que se refere à responsabilidade subsidiária do ente público. Mas, a fim de que isso ocorra, o ideal é que o legislativo, judiciário e executivo atuem em harmonia para que se encontre um denominador comum.

4.2 Posicionamento dos Tribunais Regionais e Superiores

Enquanto não há o julgamento do tema 1118, referente ao ônus da prova, no STF, a divergência continua, inclusive dentro da própria estrutura da justiça do trabalho, pois de um lado, há quem vincule o ônus da prova ao trabalhador, tendo em vista que a condenação do ente público sem a existência de prova concreta equivale à condenação automática, o que é vedado pela ordem jurídica vigente. Ademais, alegam que nos termos do art. 818, I, da CLT, cabe ao empregado provar que o tomador de serviços agiu com culpa, por se tratar de fato constitutivo de seu direito.

E, de outro lado, há quem atribui à administração, pelo princípio da aptidão da prova, uma vez que ela apresenta maior facilidade no cumprimento desse encargo e que seria extremamente oneroso atribuir esse ônus ao empregado, pois este dificilmente teria acesso à documentação relativa à regularização das obrigações decorrentes do contrato.

O fato é que a condenação do Estado depende muito do julgador, pois ao verificar alguns processos em âmbito estadual, depara-se com a questão de que, por muitas vezes, o estado de São Paulo é condenado pelo simples fato de haver inadimplência das verbas trabalhistas, ou seja, alguns juízos alegam que se o estado tivesse exercido a fiscalização a contento, o empregado não teria ajuizado a ação.

Outrossim, também é possível observar a alegação de que muito embora o ente público tenha exercido a fiscalização e até mesmo levado aos autos alguns comprovantes, não foi o suficiente para inibir a inadimplência da prestadora de serviço. Por fim, há aqueles que imputam o ônus da prova ao ente público e, quando este se desincumbe, evidencia a falha na fiscalização.

Diante desse contexto, seguem alguns trechos de julgados recentes do TRT2 e TRT15, que corroboram com o descrito acima:

[...] Com efeito, apesar da juntada da documentação relativa ao período contratual do autor pelos reclamados, nos termos dos IDs. c2a153f, a4196f0 e seguintes, verifica-se que a fiscalização não foi efetiva, até porque houve a condenação quanto às horas extraordinárias, adicional noturno, saldo de salário, vale-refeição, vale-transporte, contribuição assistencial e multas normativas⁹. (grifo nosso)

9 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP). Recurso Ordinário n. 1001940-74.2019.5.02.0603. 17ª Turma. Relator: Des. Thaís Verrastro de Almeida, São Paulo, 9 de novembro de 2022d

[...] Registre-se que a fiscalização por parte do tomador de serviços não se limita à mera solicitação de comprovantes de pagamento, à conferência de valores pagos ou à decisão de rescindir unilateralmente o contrato e aplicar penalidades. É preciso que haja efetiva fiscalização com o intuito de assegurar o adimplemento das obrigações trabalhistas¹⁰. (grifo nosso)

[...] Importante ainda ressaltar que, em face do princípio da aptidão da prova, não pode ser imputado à trabalhadora o ônus de comprovar a negligência do tomador de serviços na fiscalização contratual. Cabia ao tomador de serviços demonstrar a fiscalização efetiva por ele realizada¹¹. (grifo nosso)

De outra ponta, há àqueles que defendem a tese do ADC 16, do STF, não transferindo a responsabilidade automaticamente à administração pública e, ainda, que uma fiscalização mínima seria suficiente para afastar a responsabilidade subsidiária da tomadora do serviço, conforme evidenciado neste trecho do julgado do TRT2:

[...] De outro lado, o fundamento da decisão da ADC 16, nos termos do Informativo STF N. 862, é no sentido de que a imputação da culpa in vigilando ou in eligendo à Administração Pública, por suposta deficiência na fiscalização da fiel observância das normas trabalhistas pela empresa contratada, somente pode acontecer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização.

E, no caso vertente, houve comprovação da fiscalização por parte da segunda ré. Os ofícios trazidos aos autos comprovam que a tomadora de serviços buscou apurar todas as denúncias de irregularidades no cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada (id.5449026). Também houve registro de ocorrência, com notificação da prestadora de serviços, em junho de 2021 (id. e8f3526). (grifo nosso)¹²

Ademais, há os julgados abaixo do TST, em que os recursos de revista foram providos e afastada a responsabilidade do ente público, justamente pelo fato de que o tribunal de origem o condenou pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, sem qualquer outra prova, o que é vedado, conforme entendimento do STF.

[...] Como se pode verificar, o Regional presumiu a culpa a partir do meroinadimplemento das obrigações trabalhistas, invertendo o ônus daprova, ao atribuí-lo à Administração Pública. E a sua inversão, ao arrepiado precedente vinculante do STF

10 BRASIL.Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n. 0011596-52.2021.5.15.0082. 3ª Câmara. Relator: Des. Antonia Regina Tancini Pestana. Campinas, 22 de novembro de 2022b.

11 BRASIL.Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário n. 0010203-65.2021.5.15.0091. 4ª Câmara. Relator: Des. Gisele Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes, Campinas, 22 de novembro de 2022e.

12 RASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário n. 1001218-35.2021.5.02.0291. 17ª Turma. Relator: Des. Eliane Aparecida da Silva Pedroso. São Paulo, 1 de dezembro de 2022f.

no RE 760.931, leva à conclusão da contrariedade à Súmula 331, V, do TST, pois o ônus da prova cabe a quem alega o fato, que, no caso, é a culpa in vigilando, condição exigida para que, excepcionalmente, possa-se responsabilizar subsidiariamente a administração pública pelos débitos trabalhistas não adimplidos por empresa terceirizada que tenha contratado¹³. (grifo nosso)

[...] No caso dos autos, na decisão regional recorrida extraiu-se a culpa in vigilando da não demonstração, por parte do Recorrente, da ocorrência da efetiva fiscalização do contrato, em nítida inversão do ônus da prova, conjugada com o inadimplemento das obrigações trabalhistas pela Prestadora de serviços.

[...]

Assim, merece provimento o recurso de revista do Detran, na medida em que não cabe o reconhecimento da responsabilidade subsidiária de ente público com lastro apenas na inadimplência de prestador de serviços ou na culpa presumida, com atribuição do onus probandi da fiscalização (ou da não culpa) à Administração Pública¹⁴. (grifo nosso)

Assim, por meio da análise dos julgados acima, é possível inferir que a divergência existe na própria justiça trabalhista, estando longe de ser pacificada. Dessa forma, o ente público necessita se resguardar a fim de evitar a sua responsabilização e, sem dúvida, a melhor opção é sempre a prevenção, ou seja, encontrar meios de fiscalização preventivos, ainda que o ônus da prova não seja totalmente de sua alçada.

4.3 Atuação prévia do Estado como solução para reduzir a sua condenação em contratos de terceirização

A prevenção, em qualquer meio, sempre é a melhor opção. Afinal, prevenir, em regra, é menos custoso e mais eficiente do que remediar, dessa forma, uma fiscalização contratual eficaz, voltada a impedir o inadimplemento trabalhista da empresa contratada que, por certo, já significaria uma proteção do trabalhador, assume agora mais uma função: a de reduzir a responsabilidade subsidiária da administração pública nos encargos trabalhistas decorrentes dos contratos terceirizados, independentemente de a quem for atribuído o ônus da prova.

É cediço que a divergência jurisprudencial, no que tange a essa temática, está longe de resolução, assim, a administração precisa ser mais incisiva na condução de

13 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1000126-33.2021.5.02.0255. 4ª Turma. Relator: Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho. Brasília, DF, 28 de novembro de 2022c.

14 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1001088-38.2019.5.02.0316. 4ª Turma. Relator: Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho. Brasília, DF, 22 de novembro de 2022a.

seus contratos e, para tanto, necessita de mecanismos que contribuam na redução das demandas judiciais, ou pelo menos, minimizando ao máximo sua condenação, não dependendo totalmente do entendimento do juízo, uma vez que para alguns magistrados a culpa do ente estatal é presumida, mesmo que tal argumento já tenha sido refutado pelo STF.

4.3.1 Instrumentos Legais

Atualmente, no Brasil, há em vigor duas normas gerais que regulamentam as licitações e contratos administrativos, a Lei n. 8.666/93, que estará em vigor até meados de 2023, e a nova Lei n.14.133/2021, que está vigente desde 1 de abril de 2021.

A nova lei de licitações e contratos, inclusive, traz relevante novidade em seu bojo, tendo em vista que incorporou o entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade subsidiária do ente público pelo inadimplemento do contratado, no que se refere aos encargos trabalhistas, além de outras inovações¹⁵.

O art. 58, III, da Lei n. 8.666/93, com correspondência no art. 104, III, da Lei n. 14.133/2021, impõe ao ente público o poder-dever de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas dos contratos administrativos. Mais do que um dever é uma prerrogativa do Estado, a qual foi incluída no intuito de assegurar a eficácia das contratações no regime jurídico dos contratos administrativos.

Ressalta-se que o art. 121, §2º da nova lei, estabelece que o ente público é subsidiariamente responsável pelos encargos trabalhistas, exclusivamente nas contratações de serviços contínuos e com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, ou seja, trata-se dos contratos de terceirização, em que os empregados da empresa contratada são postos à disposição da empresa contratante, tomadora de serviços, para realizar as atividades definidas no contrato, todavia não estão subordinados a esta e sim àquela¹⁶.

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento

15 FERNANDES, Felipe; PENNA, Rodolfo. Lei de Licitações e Contratos para a Advocacia Pública. São Paulo: Juspodivm, 2023.

16 Ibidem, p. 331.

e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado. (grifo nosso)¹⁷

Cabe ressaltar que o §1º do artigo acima apresenta praticamente a mesma redação do art. 71, §1º, da Lei n. 8.666/93, ratificando o entendimento de que o mero inadimplemento das verbas trabalhistas é insuficiente para a condenação da fazenda pública.

Assim como na antiga lei de licitações havia a previsão de alguns instrumentos de fiscalização contratual, com a lei nova não foi diferente, pois em seu art. 121, §3º, houve a previsão de diversos instrumentos para que a administração pública assegurasse o cumprimento dos encargos trabalhistas pelos contratados, conforme é possível verificar abaixo:

Art. 121. [...]

§ 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

- exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
- condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
- efetuar o depósito de valores em conta vinculada;
- em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
- estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador.

17 BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União: Brasília, DF, Seção 1, Edição Extra F, data da publicação: 1 abr. 2021, Página 1 (Publicação Original).

§ 4º Os valores depositados na conta vinculada a que se refere o inciso III do

§ 3º deste artigo são absolutamente impenhoráveis.

§ 5º O recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. (grifo nosso).¹⁸

No que se refere às exigências para a habilitação nas licitações, a lei impõe a necessidade de apresentar documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista da empresa licitante, consoante art. 62, III, da Lei n. 14.133/2021. Sendo que, no caso da regularidade trabalhista, a documentação consiste em prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), sendo necessário comprovar a situação regular da empresa no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei, além de demonstrar a inexistência de débitos inadimplidos perante a justiça do trabalho, conforme dispõe o art. 68, IV e V, da Lei n. 14.133/2021.

Outrossim, nos termos do art. 92, XVI, a nova lei manteve a cláusula necessária que prevê a obrigação do contratado de manter; durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta. Essa higidez contratual, inclusive a manutenção da regularidade trabalhista, deverá ser fiscalizada e acompanhada por um representante da administração pública, durante toda a execução contratual, nos termos do art. 117, *caput*, da Lei n. 14.133/2021.

Ressalta-se que a nova lei, em seu art. 139, IV, prevê, em caso de descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pelo ente público, bem como a possível retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à administração pública e das multas aplicadas, sem prejuízo das sanções previstas na referida lei.

Em que pese haver diversas normas que regulamentam as licitações e contratos na esfera pública, o fato é que, por vezes, ou a fiscalização realmente não é a conten-

18 BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, Seção 1, data da publicação: 22 jun. 1993, página 8269 (Publicação Original).

to ou há fiscalização, mas essa é mínima, tendo em vista o tamanho da estrutura da administração pública, seja na esfera federal, seja na esfera estadual, conforme caso em análise. Também há o caso em que o ente público anexa contratos, comprovantes de pagamentos, extratos de FGTS aos autos e, ainda assim, falhas são identificadas em sua fiscalização, pelo mero inadimplemento das verbas trabalhistas.

Desse modo, para além dos instrumentos legais existentes, faz-se necessário a criação de uma regulamentação estadual específica, que defina os parâmetros necessários de fiscalização e, uma vez observados esses critérios pelo ente público, sua conduta culposa seria afastada, quando acionado no judiciário, pois conforme visto anteriormente, os tribunais divergem não só em relação ao tema ônus da prova, mas também no tocante à configuração do que seria uma fiscalização apta a afastar a culpa *in vigilando* da fazenda pública.

4.3.2 Critérios de fiscalização – referência: Instrução Normativa n. 05/2017 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em âmbito federal

Desde o advento da Instrução Normativa n. 2 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, posteriormente revogada pela Instrução Normativa n. 5, há regras específicas para se fiscalizar o adimplemento das obrigações trabalhistas, em âmbito federal. E, por vezes, alguns magistrados da justiça do trabalho de São Paulo a utilizam, por analogia, em suas decisões para fundamentar a falha ou não da fazenda pública estadual, tendo em vista que não há uma regulamentação específica para o estado de São Paulo.

De acordo com o art. 40, III, da IN n. 05/2017:

A fiscalização administrativa é o acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento¹⁹

A fiscalização administrativa, realizada nos contratos de prestação de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, poderá ser efetivada com base

19 BRASIL. Instrução Normativa n. 5, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Portal gov.br, Brasília, DF, 26 de maio de 2017a.

em critérios estatísticos, levando-se em consideração falhas que impactem o contrato como um todo e não apenas erros e falhas eventuais no pagamento de alguma vantagem a um determinado empregado, conforme dispõe o item 1, do anexo VIII-B, da IN n. 5.

Ainda, de acordo com o item 2, do anexo VIII-B, da IN n. 5, há um rol exemplificativo de alguns documentos que o tomador de serviços deve exigir da empresa contratada e que poderia ser utilizado como base para o estado, uma vez que parte do judiciário já o adota em seus fundamentos. Abaixo, segue o que está disposto no referido item:

[...] 2. *Na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas e sociais, nas contratações com dedicação exclusiva dos trabalhadores da contratada exigir-se-á, dentre outras, as seguintes comprovações:*

2.1. No caso de empresas regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

a) no primeiro mês da prestação dos serviços, a contratada deverá apresentar a seguinte documentação:

a.1. relação dos empregados, contendo nome completo, cargo ou função, horário do posto de trabalho, números da carteira de identidade (RG) e da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), com indicação dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso;

a.2. *Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) dos empregados admitidos e dos responsáveis técnicos pela execução dos serviços, quando for o caso, devidamente assinada pela contratada; e*

a.3. exames médicos admissionais dos empregados da contratada que prestam os serviços.

b) entrega até o dia trinta do mês seguinte ao da prestação dos serviços ao setor responsável pela fiscalização do contrato dos seguintes documentos, quando não for possível a verificação da regularidade destes no Sistema de Cadastro de Fornecedores (Sicaf):

b.1. *Certidão Negativa de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (CND);*

b.2. *certidões que comprovem a regularidade perante as Fazendas Estadual, Distrital e Municipal do domicílio ou sede do contratado;*

b.3. *Certidão de Regularidade do FGTS (CRF); e*

b.4. *Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT).*

c) entrega, quando solicitado pela Administração, de quaisquer dos seguintes documentos:

- c.1. extrato da conta do INSS e do FGTS de qualquer empregado, a critério da Administração contratante;
 - c.2. cópia da folha de pagamento analítica de qualquer mês da prestação dos serviços, em que conste como tomador o órgão ou entidade contratante;
 - c.3. cópia dos contracheques dos empregados relativos a qualquer mês da prestação dos serviços ou, ainda, quando necessário, cópia de recibos de depósitos bancários;
 - c.4. comprovantes de entrega de benefícios suplementares (vale-transporte, vale-alimentação, entre outros), a que estiver obrigada por força de lei ou de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho, relativos a qualquer mês da prestação dos serviços e de qualquer empregado; e
 - c.5. comprovantes de realização de eventuais cursos de treinamento e reciclagem que forem exigidos por lei ou pelo contrato.
- d) entrega de cópia da documentação abaixo relacionada, quando da extinção ou rescisão do contrato, após o último mês de prestação dos serviços, no prazo definido no contrato:
- d.1. *termos de rescisão dos contratos de trabalho dos empregados prestadores de serviço, devidamente homologados, quando exigível pelo sindicato da categoria;*
 - d.2. guias de recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS, referentes às rescisões contratuais;
 - d.3. *extratos dos depósitos efetuados nas contas vinculadas individuais do FGTS de cada empregado dispensado;*
 - d.4. exames médicos demissionais dos empregados dispensados. (grifo nosso)²⁰

Ressalta-se que seria possível, ainda, submeter a apresentação dos documentos como condicionante ao repasse do crédito, ou seja, impor prazos trimestrais, por exemplo, para a apresentação dos documentos pela prestadora de serviços e, na falta de seu cumprimento, como sanção, a suspensão do repasse devido pelo ente público estatal.

Em suma, a regulamentação de uma norma estatual específica, que define os critérios de fiscalização no acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos contratos terceirizados, semelhante à existente na esfera federal, bem como seu fiel cumprimento pelos entes e órgãos da administração pública

20 BRASIL. Instrução Normativa n. 5, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, item 2.

direta e indireta do estado de São Paulo, pode ser uma alternativa para afastar a responsabilidade subsidiária do Estado ou minimizar ao máximo sua condenação na esfera trabalhista.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se discute aqui a licitude da terceirização na administração pública, mas a sua responsabilidade no que tange ao inadimplemento das verbas trabalhistas. Mais que isso, como essa responsabilização é aplicada, uma vez que as regras de direito público divergem em alguns pontos das regras de direito privado.

O fato é que a administração pública não pode responder pelas dívidas trabalhistas da prestadora de serviços a partir de qualquer tipo de presunção, logo, uma eventual condenação somente pode ocorrer nos casos em que se tenha a efetiva comprovação da ausência de fiscalização. Diante desse cenário, a alegada ausência de comprovação em juízo da efetiva fiscalização do contrato não substitui a necessidade de prova taxativa do nexo de causalidade entre a conduta da administração e o dano sofrido pelo empregado.

A divergência do ônus da prova existe e, pelo menos até que o STF julgue o tema 1118, a fazenda pública continuará sendo condenada irrestritamente pelo judiciário, conforme análise de alguns julgados trazidos. Dessa forma, o ente público necessita se resguardar a fim de evitar a sua responsabilização e, sem dúvida, a melhor opção é sempre a prevenção, ou seja, encontrar meios de fiscalização preventivos, ainda que o ônus da prova não seja totalmente de sua alçada.

Do contrário, o instituto da terceirização perderá a sua função, tendo em vista que quando o ente público opta por terceirizar alguns serviços, ele o faz em busca da redução de gastos e da maior eficiência na prestação dos serviços, entretanto, com o número expressivo de processos e a incidência de sua condenação subsidiária, nos encargos trabalhistas, essa opção torna-se desvantajosa.

Enfim, não parece haver solução jurídica que isente a administração pelos débitos trabalhistas nos contratos terceirizados, todavia os critérios de fiscalização prévia, em conjunto ou separadamente, podem ser uma alternativa para afastar a sua responsabilidade subsidiária ou minimizar ao máximo o número de condenações.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2022.

_____. Instrução Normativa n. 5. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. *Portal gov.br*, Brasília, DF, 26 maio 2017a. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-no-5-de-26-de-maio-de-2017-atualizada>. Acesso em: 3 dez. 2022.

_____. Lei n. 14.133, de 01 de abril de 2021. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1974. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm. Acesso em: 1 dez. 2022.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 30 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Recurso Extraordinário n. 760931. Recurso Extraordinário representativo de controvérsia com repercussão geral. Direito Constitucional. Direito do Trabalho. Terceirização no âmbito da administração pública. Súmula 331, IV e V, do TST. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Terceirização como mecanismo essencial para a preservação de postos de trabalho e atendimento das demandas dos cidadãos. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, 26 de abril de 2017b.

_____. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16**. Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente [...]. Plenário, Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, data de julgamento: 24 nov. 2010, data de publicação DJE: 09 set. 2011, ATA n. 131/2011, DJE n. 173, divulgado em 08 set. 2011, data publicação no DOU: 26 set. 2011. Disponível: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário n. 0011596-52.2021.5.15.0082**. 3ª Câmara. Relator: Des. Antonia Regina Tancini Pestana. Campinas, 22 de novembro de 2022b.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Recurso Ordinário n. 0010203-65.2021.5.15.0091**. 4ª Câmara. Relator: Des. Gisele Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. Campinas, 22 de novembro de 2022e.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP). **Recurso Ordinário n. 1001940-74.2019.5.02.0603**. 17ª Turma. Relator: Des. Thaís Verrastro de Almeida. São Paulo, 9 de novembro de 2022d

_____. Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário n. 1001218-35.2021.5.02.0291**. 17ª Turma. Relator: Des. Eliane Aparecida da Silva Pedroso. São Paulo, 1 de dezembro de 2022f.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1000126-33.2021.5.02.0255**. 4ª Turma. Relator: Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho. Brasília, DF, 28 de novembro de 2022c.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 1001088-38.2019.5.02.0316**. 4ª Turma. Relator: Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho. Brasília, DF, 22 de novembro de 2022a.

FERNANDES, Felipe; ANDRADE, Gustavo; GOUVEIA, Raquel. *Direito e Processo do Trabalho para a Advocacia Pública*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

FERNANDES, Felipe; ANDRADE, Gustavo; GOUVEIA, Raquel; PENNA, Rodolfo. *Lei de Licitações e Contratos para a Advocacia Pública*. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NUNES, Rizzato. **Manual da Monografia Jurídica**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Terceirização na Administração Pública. *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbe-te/5/edicao-2/terceirizacao-na-administracao-publica>. Acesso em: 10 out. 2022.

A (DES)NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Maria Eduarda Freitas Uchiyama¹

RESUMO

Este artigo busca problematizar o dolo específico como elemento subjetivo na improbidade administrativa após as alterações da Lei n. 14.230/2021 na Lei n. 8429/1992. A metodologia consiste no método hipotético-dedutivo, com análises doutrinárias e jurisprudenciais. Primeiro, descreve-se a evolução do elemento subjetivo e delimita-se o dolo específico na improbidade administrativa. Na segunda parte do desenvolvimento, objetiva-se compreender algumas implicações da utilização exclusiva do dolo específico para, ao final, problematizar a real necessidade desse tipo de imputação subjetiva, com propostas à luz da Constituição Federal. Conclui-se que não é necessária a exigência do dolo específico para configuração da conduta ímproba, haja vista o combate à corrupção e a tutela constitucional da probidade administrativa, fortalecendo a Fazenda Pública em juízo.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Dolo específico. Implicações. Propostas à luz da Constituição.

1. INTRODUÇÃO

A seara da improbidade administrativa, com assento constitucional no art. 37, §4º da Constituição Federal, merece um olhar cada vez mais técnico e protetivo, notadamente após as alterações promovidas pela Lei n. 14230/2021 na Lei n. 8429/1992, Lei de Improbidade Administrativa (LIA).

Ainda que o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha fixado a tese do Tema n. 1199 da repercussão geral, definindo, de modo geral, que não há mais improbidade administrativa na modalidade culposa e que os novos marcos prescricionais são irretroativos, ainda existem inúmeras outras questões advindas das novas alterações que precisam ser diretamente enfrentadas para uma aplicação segura e conforme os parâmetros constitucionais².

Dentre elas, destaca-se a exigência do dolo específico como elemento para imputação subjetiva na improbidade administrativa por intermédio da Lei n. 14.230/2021.

1 Residente Jurídico da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Pós-graduanda em Advocacia Pública pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE.

2 A título informativo, cita-se a ADI n. 7156 que questiona inúmeros pontos das novas alterações, pendente de julgamento. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6396615>. Acesso em: 10 out. 2022.

Diante disso, busca-se problematizar essa suposta exigência do dolo específico e suas implicações nos tipos das condutas ímprobas, à luz da singularidade da seara da improbidade administrativa e do fortalecimento do combate à corrupção.

Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, a fim de avançar no desenvolvimento de teses para sanar eventuais lacunas, com reflexões doutrinárias e jurisprudenciais.

2. A EVOLUÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Antes das novas alterações na Lei n. 8429/1992, as condutas do art. 9º (enriquecimento ilícito) e do art. 11 (violação a princípios) exigiam a presença do dolo, enquanto o art. 10 (prejuízo ao erário) admitia, além da modalidade dolosa, a culposa.

Ainda, consolidou-se entendimento jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que o dolo genérico seria suficiente como elemento subjetivo na configuração da conduta ímproba do art. 11³.

Tal dolo, conforme a Corte, consiste na vontade consciente do agente em aderir à conduta ilícita, “produzindo os resultados vedados pela norma jurídica – ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente deveria saber que a conduta praticada a eles levaria –, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas” (BRASIL, 2016, p. 3).

Basta, portanto, que o agente tenha intenção de realizar ou aderir à conduta, sendo dispensável comprovar o escopo de praticar a conduta e a extensão de suas consequências (FERNANDES *et al.*, 2022, p. 109).

Com o advento dos arts. 1º, §§2º e 3º e 11, §§1º e 2º, incluídos pela Lei n. 14.230/2021, o dolo tornou-se requisito para as três modalidades, sendo considerado como a “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”. Além

3 Conforme Jurisprudência em tese n. 40: “O ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 não requer a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, mas exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Tese - Entendimento 40. Improbidade Administrativa II. Divulgação; (Última versão 02/09/2015). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 1 nov. 2022.

disso, para as condutas do art. 11, começou a se exigir a comprovação na conduta do fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem.

Ou seja, com a nova mudança, passou a se falar em uma suposta necessidade de um dolo específico para todas as condutas ímprobas e, especificamente, para as condutas do art. 11. Tal finalidade específica seria a comprovação de dano ou de enriquecimento ilícito.

No entanto, o dolo – tanto o genérico quanto o específico – não pode ser interpretado como simples voluntariedade, até porque a culpa também passa por um comportamento voluntário, e um ato voluntário pode existir sem a intenção de violar os preceitos jurídicos (SILVEIRA, 2020, p. 106-107). Nesse sentido, a “definição de dolo constante do novo artigo 1º, §1º da LIA não inova, por si só, no regramento da tipificação subjetiva de atos de improbidade, na medida em que só reproduz a definição clássica de dolo, que não é sinônimo de voluntariedade” (BRASIL, 2021, p. 5).

Dessa forma, a temática do dolo específico não é simples na seara da improbidade administrativa, de modo que se deve levar em consideração: a natureza civil dessa seara, a busca por um fortalecimento ao combate à corrupção e os diversos tipos constantes na lei.

3. DELIMITANDO O DOLO ESPECÍFICO

Não se pode confundir o direito penal com o direito administrativo sancionador, do qual faz parte a improbidade administrativa. O ministro Alexandre de Moraes deixou tal premissa muito evidente quando do julgamento do Tema n. 1199.

Dessa forma, é indevido implantar conceitos do direito penal e aplicá-los na seara da improbidade, até porque sequer há um conceito fechado de dolo na seara penal, diferenciando-se, inclusive, do conceito de dolo no âmbito cível (NEISSER, 2019, p. 237-238).

Ademais, ao fixar a tese do Tema n. 1199, o plenário não adentrou na análise de um dolo genérico ou específico, estabelecendo, tão somente, que (i) seria “necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO”; e que a nova LIA (ii) “aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa

do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente” (BRASIL, 2022, p. 5-6)

Somado a isso, inexistente tanto no STJ quanto nos demais Tribunais do país um “conceito de dolo apto a orientar a ação dos agentes públicos e das entidades privadas que com eles interagem” (BONELLI; JALES, 2020). Assim, é comum na jurisprudência a confusão entre dolo e má-fé, até porque há uma ausência de reflexão acadêmica sobre a imputação subjetiva na improbidade (NEISSER, 2019, p. 271).

Embora a má-fé não seja um elemento do dolo, é condição para imputação da improbidade, sendo equivalente a um conceito de consciência de antijuridicidade, logo, é necessário tanto um quanto o outro na configuração do ato ímprobo (NEISSER, 2019, p. 270).

Assim, o cerne do dolo na improbidade administrativa deve residir no conhecimento de todos os elementos do tipo, bem como na consciência de que, ao agir de determinado modo, viola-se a norma proibitiva (NEISSER, 2019, p. 244). Além disso, deve-se averiguar a falta de disponibilidade de informação sobre aquilo acerca do qual deve haver uma decisão (NEISSER, 2019, p. 249).

Com base nisso, o professor Neisser (2019, p. 291) trata sobre a importância de se construir um modelo intermediário para a imputação subjetiva na improbidade.

Mais apropriada à realidade da improbidade administrativa é uma concepção de dolo que assume que não é necessária a intenção de causar a outro um dano ou prejuízo, bastando que se infrinja, de maneira consciente e voluntária, um dever jurídico que pesa sobre quem atua. (NEISSER, 2019, p. 294)

Deve-se inferir, ainda que indiretamente, se, no momento da conduta, o agente detinha os conhecimentos necessários, inexistindo dolo quando há absorção de informações equivocadas por parte do agente – desde que não o faça de forma deliberada. Com isso, será necessário superar a ideia de que o agente deve conhecer tudo (NEISSER, 2019, p. 269-270).

Diante da falta de um modelo intermediário delimitado para improbidade administrativa, é insustentável falar na necessidade de um dolo específico – que sequer tem uma conceituação delimitada no direito administrativo sancionador – para comprovar qualquer conduta ímproba.

Assim, embora as novas alterações legislativas referentes ao elemento subjetivo evoluíram no sentido de exclusão da culpa, é preciso que a exigência de comprova-

ção de um dolo específico e, por consequência, exclusão do dolo genérico, passe por uma reflexão teórica e prática extensa. Até porque, comprovar o que o agente pensou na hora do cometimento do ilícito trata-se de prova impossível (informação verbal)⁴.

O uso pelo legislador de tais elementos especiais subjetivos (intenções, motivos, impulsos afetivos etc.) é extremamente delicado, pois raramente se materializam em fatos externos: na esmagadora parte dos casos, não extrapolam a esfera íntima do indivíduo. Até porque, “o mundo psíquico do agente é simplesmente inacessível ao conhecimento do intérprete ou julgador”. (COSTA, 2017. p. 406)

Assim, o motivo do ato ou a finalidade/interesse que teve o agente não exclui o dolo da conduta (MIRANDA, 1954 *apud* TOURINHO, 2022. p. 152). A nova alteração adota uma noção de dolo que enfraquece o mandato constitucional de responsabilização da improbidade administrativa, pois, não basta a demonstração de que o agente tinha consciência da irregularidade, mas sim, de que havia uma vontade livre e consciente de alcançar um resultado ilícito, sendo, pois, prova impossível (ASSIS; TOURINHO, 2021).

4. IMPLICAÇÕES DA SUPOSTA NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO

Diferente do sistema penal que tutela a liberdade, o direito administrativo sancionador visa proteger a administração pública da corrupção, com a garantia da legalidade, moralidade, publicidade, lisura e honestidade (informação verbal)⁵. Portanto, oferece ainda mais razão para se discutir, com prudência e técnica, as extensões e implicações do dolo na improbidade.

Até porque, a tutela constitucional da probidade administrativa se insere no microsistema de combate a corrupção, de modo que não pode o legislador ordinário esvaziar uma norma constitucional, conforme pretende por meio da tese de que apenas será possível a imputação com base no dolo específico, incorrendo na vedação ao retrocesso (informação verbal)⁶.

4 Ideia apresentada por Luiz Antônio Sousa na pós-graduação em Advocacia Pública, módulo 3 (Advocacia Pública e o Direito Público), no dia 26 de outubro de 2022, em São Paulo.

5 Premissas trabalhadas pelo Ministro Alexandre de Moraes no seu voto no julgamento do Tema 1199 afetado à repercussão geral, por intermédio do ARE 843989, a partir de 8 minutos e 40 segundos, no dia 4 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yQGf2aO9Mdg>. Acesso em: 7 nov. 2022.

6 Ideia apresentada por Luiz Antônio Sousa na pós-graduação em Advocacia Pública, módulo 3 (Advocacia Pública e o Direito Público), no dia 26 de outubro de 2022, em São Paulo.

Nessa linha, Tourinho (2022, p. 166) sustenta a impropriedade da exigência do dolo específico e, até mesmo, sua inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade no viés da proibição da proteção deficiente.

Evidente, portanto, que a exigência do dolo específico significa uma má técnica legislativa, sobretudo porque existem tipos da improbidade que apresentam um dolo intrínseco (ASSIS; TOURINHO, 2021). Tanto é assim que o Grupo Especial de Atuação do Contencioso Geral – GEAC vem encampando tal tese nas condutas do art. 9º, VII da LIA, sobre evolução patrimonial incompatível, haja vista o espírito da lei de coibir a impunidade, com intuito de impedir que atividades ilícitas praticadas em razão do cargo, de difícil comprovação, sirvam de escudo à responsabilização do agente que adquire patrimônio incompatível com seus rendimentos e bens declarados.

Ora, se um dos maiores gargalos é justamente a falta de efetividade no ressarcimento ao erário (informação verbal)⁷, é irrazoável aplicar a tese da necessidade da comprovação de um dolo específico, quando a conduta, por si só, já contém um dolo, conforme no caso em que ninguém se enriquece ilícitamente sem saber.

Ou seja, ao restringir o alcance do dolo para o específico, será dificultada ainda mais a entrega da tutela satisfativa nas ações de improbidade e nas ações civis de ressarcimento por ato de improbidade doloso, que visam resguardar o interesse público, já que não bastaria a demonstração do dolo genérico.

Assim, a atenção deve perpassar pela análise do conjunto probatório dos autos para se averiguar o dolo e a má-fé do agente e não para se constatar um dolo específico, cuja definição ainda é incerta e comprovação impossível.

Vale ressaltar, inclusive, que o dolo genérico é diferente de presunção do dolo, de modo que a acusação precisa se desincumbir do ônus probatório do qual o agente tinha conhecimento de que realizava determinada conduta em discrepância com a norma legal (NEISSER, 2019, p. 242), demonstrando que o agente sabia estar agindo em contrariedade aos preceitos legais.

Ainda, com uma aplicação genérica e superficial da exigência de dolo específico, há inequívoco enfraquecimento da variedade de condutas previstas e suas singularidades (arts. 9º, 10 e 11).

7 Ideia apresentada por Renata Lane na pós-graduação em Advocacia Pública, módulo 3 (Advocacia Pública e o Direito Público), no dia 31 de outubro de 2022, em São Paulo.

O legislador não se preocupou em destrinchar a incidência do dolo em cada um dos tipos de improbidade, tendo limitado a tratá-lo de forma genérica nos parágrafos do art. 11 (VALGAS, 2022).

Somado a isso, (i) na Parte Geral da Lei n. 8.429/1992, não há menção à necessidade ao dolo específico, mas tão somente ao dolo direto e (ii) a LIA submete-se aos princípios constitucionais do direito administrador sancionador (art. 1º, §4º), notadamente o princípio da tipicidade, segundo o qual a descrição legal de uma conduta específica deve estar exatamente delimitada, de modo que “para perfeita adequação da conduta ao tipo, a exigência de dolo específico deve estar contida na descrição da conduta típica” (TOURINHO, 2022, p. 154).

Além disso, existem condutas que, dentro do dolo específico, podem gerar benefício indireto ao agente, a exemplo da conduta apontada pelo Prof. Emerson Garcia, em que o agente põe fogo nos registros documentais do município, visando prejudicar o seu sucessor. Tal conduta é ímproba, pois, antes de prejudicar, visou beneficiar quem a praticou, embora para atender objetivos políticos (VALGAS, 2022).

Por fim, a exigência do art. 11, §1º da LIA de que “somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovada na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade” leva à conclusão de um “super dolo”, o que impactaria na caracterização de um mesmo ato de improbidade em mais de um tipo, violando, portanto o art. 17, § 10-D (“Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei”).

Nesse sentido, é coerente e razoável interpretar que “o fim de obter proveito ou benefício indevido, para si ou para outra pessoa ou entidade” integra todos os tipos do art. 9º e 10, tanto os antigos, quanto os atuais. E que a exigência do §1º, do art. 11 da LIA indica uma nova descrição de tipo doloso qualificado para atos ímprobos que atentem contra os princípios da Administração Pública (BRASIL, 2021, p. 11).

Constata-se, com isso, várias implicações do uso indiscriminado e desarrazoado do dolo específico na LIA.

5. PROPOSTAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Diante da falta de problematização sobre a imputação subjetiva na improbidade (tanto é assim que a tese de doutorado de Fernando Gaspar Neisser, em que se

propõe um modelo intermediário na improbidade, é recente – 2019), as disposições da nova lei não podem ser aplicadas *ipsis litteris*.

Há que se destacar, ainda, o voto do Ministro Alexandre de Moraes no Tema n. 1.199, em que evidenciou a importância da análise conjunta de determinados vetores interpretativos, dentre os quais se destacam: (i) natureza civil do ato de improbidade definida na Constituição; (ii) a constitucionalização dos princípios, preceitos básicos e regras rígidas da Administração Pública e responsabilização dos agentes corruptos e a (iii) aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade por determinação legal (BRASIL, 2022, p. 31-32).

Deve ser feita, portanto, uma interpretação conforme à constituição dos dispositivos da LIA que tratam sobre o dolo, de modo que não se tenha afirmações categóricas e consequentes julgados no sentido de necessária comprovação do dolo específico.

Nesse sentido, um dos desafios na propositura da ação civil de improbidade administrativa, após a Lei n. 14.230/2021, é, justamente, a demonstração do dolo específico nas condutas ímprobas, sobretudo, levando em consideração que os relatórios finais dos Processos Administrativos Disciplinares (PAD), muitas vezes, são utilizados como uma das provas documentais mais importantes.

Ressalta-se, inclusive, que, em razão da dificuldade de aferir o dolo e a má-fé por prova direta, Ferreira (2019, p. 23) entende que devem ser aferidos

por uma operação racional, legitimamente realizada pelo julgador, a partir de fatos conhecidos e suficientemente provados. É apenas a partir do momento em que são inseridos em um discurso racional que os fatos provados podem conduzir à conclusão de que, em determinado contexto, a ação é justificável (ou não) em face dos princípios que regem a Administração Pública. (FERREIRA, 2019, p. 23)

Assim, como o STF, no Tema n. 1199, não definiu a exigência do dolo específico, é preciso que a Fazenda Pública vá além, não se limitando a reproduzir uma suposta necessidade de um dolo específico. O cerne da questão deve perpassar muito mais pelo conjunto probatório do dolo e da má-fé do agente, do que por afirmações categóricas de que é um dolo genérico ou específico, até porque é possível, ainda, a existência de um dolo eventual na conduta ímproba.

Para tanto, é preciso que se estabeleça um diálogo intrainstitucional intenso na PGE (GEAC, Procuradoria de Procedimentos Disciplinantes – PPD, Corregedoria Geral

da Administração – CGA) para que haja uma maior preocupação com os elementos probatórios no decorrer do PAD, especialmente quando a conduta é passível de demissão a bem do serviço público por ato de improbidade, ensejando uma atuação conjunta e harmônica com as novas alterações da LIA.

Por outro lado, é necessário, ainda, um olhar mais independente dos relatórios finais e, portanto, criterioso para as provas diretas e indiretas do PAD, até porque, como visto, é muito difícil e até impossível demonstrar a vontade do agir ilícito do agente.

Nesse contexto, considerando (i) a ausência de uma conceituação de dolo específico na seara da improbidade administrativa, (ii) o fato de o STF não ter fixado a tese do Tema 1199 no sentido da imprescindibilidade do dolo específico, e (iii) o microsistema de combate à corrupção, é preciso que os dispositivos da nova lei tratando sobre a imputação subjetiva sejam interpretados conforme à constituição, notadamente porque há o óbice do princípio da proporcionalidade na vertente da vedação à proteção insuficiente.

Portanto, a preocupação do órgão julgador ao julgar uma ação de improbidade deve passar muito mais pela comprovação do dolo e da má-fé, do que pela aferição categórica de um dolo específico.

6. CONCLUSÕES

Ante o exposto, conclui-se pelas seguintes premissas:

1. Houve uma construção jurisprudencial bem delimitada, antes da Lei n. 14.230/2021, sobre o elemento subjetivo na improbidade administrativa, especialmente o dolo genérico. Assim, a nova alteração da suposta exigência de dolo específico merece um olhar mais profundo e cauteloso antes de ser aplicada.
2. Não há um modelo intermediário sobre imputação subjetiva na improbidade administrativa e, por consectário lógico, uma conceituação bem delimitada sobre o dolo específico. Assim, é indevido implantar conceitos penais nessa seara, especialmente considerando sua natureza civil e a variedade dos tipos de atos ímprobos.
3. O uso desarrazoado e superficial da exigência de dolo específico traz inúmeras implicações, colocando em risco a tutela constitucional da probidade administrativa.

4. Não é necessário o dolo específico para configuração da conduta ímproba. É preciso interpretar os dispositivos da LIA conforme à constituição, preocupando-se muito mais com o conjunto probatório do dolo e da má-fé do que com a categorização do tipo do dolo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Adriano Marcus Brito de; TOURINHO, Rita. **Coletânea mudanças na Lei de Improbidade**. Improbidade sem culpa e com dolo específico: onde se pretende chegar? Brasília, DF: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2021. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/2021/08/ARTIGO_SOBRE_PL_1087_-_RITA_E_ADRIANO.pdf. Acesso em: 6 nov. 2022.

BONELLI, Claudia Elena; JALES, Tulio. O elemento subjetivo na Lei de Improbidade Administrativa. **Notícias da AASP**, São Paulo, 22 jun. 2020. Notícias. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/noticias/o-elemento-subjetivo-na-lei-de-improbidade-administrativa-lia/>. Acesso em: 5 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **EDcl no AgRg no RECURSO ESPECIAL n. 1.539.929 - MG (2015/0150629-8)**. Processual Civil. Embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial. Improbidade administrativa. Inexistência dos vícios previstos no art. 1.022 do CPC/2015. Inconformismo do embargante. efeitos infringentes. inviabilidade. precedentes do STJ. Rejeição dos embargos declaratórios. Relator: Min. Mauro Campbell Marques; Data de Julgamento: 6 dez. 2016; Data de Publicação: 15/12/2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1553694&tipo=0&nreg=201501506298&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161215&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção, Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada. **Nota Técnica n. 01/2021 – 5a CCR**: Aplicação da Lei no 8.429/1992, com as alterações da Lei no 14.230/2021. Brasília, DF, 12 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/atuaacao-tematica/ccr5/notas-technicas/docs/nt-1-2021-aplicacao-lei-14230-2021-pgr-00390794-2021.pdf>). Acesso em 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989/PR**. Recurso Extraordinário com Agravo. Constitucional. Administrativo. Repercussão Geral. Tema 1199. Improbidade Administrativa. Lei 14.230/2021. Alterações. Elemento Subjetivo. Prescrição. Aplicação no Tempo. Desprovisamento. Fixação de tese. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 18 ago. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1401125710/inteiro-teor-1401125712>. Acesso em: 26 jun. 2023.

COSTA, José de Faria. **Direito Penal**. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2017.

FERNANDES, Og; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; RUFINO, Jacqueline Paiva; FLUMIGNAN, José Gomes. **Lei de Improbidade Administrativa – Principais Alterações da Lei n. 14.230/2021 e o Impacto na Jurisprudência do STJ**. Salvador: Juspodivm, 2022.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 1-31, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/t4j9F3M36jfcvPddbKMnXFK/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 nov. 2022.

NEISSER, Fernando Gaspar. **Dolo e culpa na corrupção política: improbidade e imputação subjetiva**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVEIRA, Mateus Camilo Ribeiro da. Desvirtuamento da noção jurídico-constitucional de improbidade: aspectos materiais e processuais do uso indevido da Lei no 8.429/92. **BOLETIM CEPGE**, São Paulo, v. 44, n. 1, p. 99-124, 2020.

TOURINHO, Rita. O elemento subjetivo do tipo na nova Lei de Improbidade Administrativa: avanço ou retrocesso?. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, nº 84, p. 147-169, 2022. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documentos/20184/3317605/Rita%20Tourinho_RMP84.pdf. Acesso em: 8 nov. 2022.

VALGAS, Rodrigo. Genérico ou específico? Afinal, qual o dolo exigível no novo regime de improbidade administrativa? **Migalhas**, [s. l.], abr. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/363419/qual-o-dolo-exigivel-no-novo-regime-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 20 nov. 2022.

LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E LEI ANTICORRUPÇÃO: A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO CUMULATIVA DE SANÇÕES PREVISTAS EM AMBOS OS DIPLOMAS NORMATIVOS À LUZ DAS INOVAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 14.230/21

Teresa Pereira Bucci¹

RESUMO

Este artigo propõe-se à análise da possibilidade de aplicação cumulativa das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e na Lei Anticorrupção Empresarial. Tradicionalmente, o tema não suscitava amplas controvérsias doutrinárias, pois ambos os diplomas normativos estabeleciam a sua independência em relação aos demais sistemas de responsabilização. As recentes alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21, porém, deram fôlego ao debate, visto que agora coexistem no ordenamento jurídico três comandos aparentemente contraditórios sobre o tema: (i) o art. 30, inciso I, da Lei Anticorrupção Empresarial, assegurou a independência entre os diferentes sistemas de responsabilização e permitiu a aplicação cumulativa das sanções; já (ii) o art. 3º, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa, em sentido diametralmente oposto, vedou a aplicação cumulativa das sanções; e, por fim, (iii) o art. 12, §7º, também da Lei de Improbidade Administrativa, permitiu a cumulatividade das sanções, mas com ressalvas – desde que haja observância ao princípio constitucional do *non bis in idem*. Diante desse cenário, investiga-se as correntes doutrinárias que se formaram sobre o tema, analisando-as sob a ótica dos comandos constitucionais de proteção à moralidade administrativa e do direito fundamental à boa administração pública.

Palavras-chave: Tutela da Moralidade Administrativa. Lei de Improbidade Administrativa. Lei Anticorrupção Empresarial. Direito Administrativo Sancionador. Cumulatividade.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 inovou completamente em relação às suas antecessoras e elevou a moralidade administrativa à condição de princípio regente da administração pública, rompendo com o positivismo jurídico e ampliando o sentido do princípio da legalidade², que, agora, abrange também uma série de outros valores, tais quais a razoabilidade, a boa-fé e a economicidade – além, claro, da própria moralidade.

1 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (2019) e Residente da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

2 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 29 ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O texto constitucional tratou a improbidade administrativa como causa de suspensão dos direitos políticos³ e, além disso, especificou uma série de outras sanções aplicáveis ao agente público que praticar ato ímprobo⁴, destacando-se o teor do art. 37, §4º, transcrito a seguir.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 4º Os atos de improbidade 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 previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.⁵

Vale dizer, inclusive, que expressiva doutrina vem reconhecendo a existência de um direito fundamental à boa administração pública⁶, tamanha a importância dada pelo constituinte à tutela da moralidade administrativa.

Nessas circunstâncias, criou-se todo um aparato institucional voltado à responsabilização dos agentes públicos que incorram em ilícitos funcionais: atualmente, conforme apontam os professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁷,

3 “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [2023] Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 5 dez. 2022).

4 “Art. 14, § 9º. Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta” e “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] V – a probidade na administração” *Ibidem*.

5 *Ibidem*, art. 34, § 4º.

6 Sobre o tema, interessantes as considerações de Janriê Rodrigues Reck e Maritana Mello Bevilacqua em **O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1194>. Acesso em: 5 dez. 2022.

7 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Sistema de Responsabilização pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa. Críticas ao Projeto de Lei do Senado n. 2505/2021. In: ASSIS, Adriano Marcus Brito de; TOURINHO, Rita. **Coletânea mudanças na Lei de**

coexistem nove sistemas de responsabilização e sancionamento de agentes públicos e, dentre eles, o mais relevante é o sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, composto por duas legislações especiais: a Lei Geral de Improbidade Administrativa (LIA – Lei n. 8.429/92) e a Lei de Improbidade Administrativa das Pessoas Jurídicas, comumente denominada de Lei Anticorrupção Empresarial (LAE – Lei n. 12.846/13).

Ambas as leis se propõem à tutela da moralidade e, por isso mesmo, há uma zona de colidência entre elas; já que, muitas condutas tipificadas como ilícitas na Lei de Improbidade Administrativa também o são na Lei Anticorrupção Empresarial.

Este artigo, então, propõe-se à análise da possibilidade da aplicação cumulativa das sanções de ambos os diplomas normativos, atentando-se especialmente às inovações advindas da Lei n. 14.230/21.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS: LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL

Anteriormente à análise da aplicação cumulativa da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção Empresarial, é interessante traçar algumas considerações gerais acerca de ambos os regramentos.

A Lei de Improbidade Administrativa foi editada com o propósito de responsabilização dos **agentes públicos** que incorram em atos ímprobos e atentem contra a integridade do patrimônio público e social. O sistema por ela estabelecido classificou os atos de improbidade administrativa em três modalidades distintas, quais sejam, (i) atos que importam enriquecimento ilícito; (ii) atos que causam prejuízo ao erário; e (iii) atos que atentam contra os princípios da administração pública, cominou-lhes penas civis, administrativas e políticas e, ainda, foram estabelecidas regras para o seu regular processamento nas esferas administrativa e judicial.

Importante destacar que a Lei de Improbidade Administrativa se propôs, verdadeiramente, à responsabilização dos agentes públicos – conforme destacado anteriormente. Embora ela permita a extensão das sanções ali previstas aos particulares que induzam ou concorram dolosamente para a prática do ato de improbidade,

Improbidade. Improbidade sem culpa e com dolo específico: onde se pretende chegar? Brasília, DF: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2021. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/2021/08/ARTIGO_SOBRE_PL_1087_-_RITA_E_ADRIANO.pdf. Acesso em: 5 dez. 2022.

fato é que tal responsabilização é condicionada; nunca será autônoma. Em outras palavras, é inviável o manejo da ação de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular sem a concomitante presença do agente público no polo passivo da demanda⁸.

A Lei Anticorrupção Empresarial, conforme observa Gabriel Fajardo⁹, surgiu para fazer jus a essa lacuna deixada pela Lei de Improbidade Administrativa e permitir a responsabilização objetiva, autônoma e independente, nos âmbitos administrativo e civil, das **peças jurídicas** que pratiquem os atos ilícitos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, ali tipificados.

Em suma, as Leis de Improbidade Administrativa e Anticorrupção Empresarial compõem o microssistema brasileiro de combate à corrupção e são complementares, tutelando a moralidade sob perspectivas distintas: a primeira propõe-se especialmente à responsabilização do agente público ímprobo e, a segunda, à sanção da pessoa jurídica que atente contra a administração pública.

Nessas circunstâncias, conforme já apontado anteriormente, ambas as leis coexistem e podem aparentemente incidir concomitantemente sobre uma mesma situação fática – o que permite a discussão acerca da possibilidade de aplicação cumulativa das sanções que nelas estão previstas.

3. COEXISTÊNCIA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DA LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL: A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS SANÇÕES NELA PREVISTAS

A doutrina administrativista, tradicionalmente, admitia a cumulatividade entre as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção Empresarial, afinal, ambos os diplomas normativos estabeleciam a sua independência em relação aos demais sistemas de responsabilização: o art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, em sua redação original – ora revogada, dispunha que

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n. 535**. Diário de Justiça: Brasília, DF, n. 535, p. 5, 12 de março de 2014, p. 5. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/3991/4215>. Acesso em: 5 dez. 2022.

9 FARJADO, Gabriel. A penalização da pessoa jurídica na lei anticorrupção: uma análise do art. 30 da Lei n. 12.846/13 à luz do princípio do *non bis in idem*. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, ed. 03 – jul/dez, p. 6-36, 2017. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/132>. Acesso em: 5 dez. 2022.

a aplicação das sanções ali elencadas independia das sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica. No mesmo sentido, o art. 30 da Lei Anticorrupção Empresarial estabelece que a aplicação das sanções previstas naquela lei não afeta os processos de responsabilização e a aplicação de penalidades decorrentes de improbidade administrativa ou normas de licitações e contratos da administração pública.

Tal cenário foi significativamente impactado pelas alterações promovidas pela Lei n. 14.230/21, responsável pela redação do art. 2º, §3º e do art. 12, §7º, da Lei de Improbidade Administrativa, transcritos adiante.

Agora, coexistem juridicamente as seguintes disposições normativas.

Lei Anticorrupção Empresarial	Lei de Improbidade Administrativa
Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 ¹⁰ ;	Art. 3º, §2º. As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei n. 12.846, de agosto de 2013. (Incluído pela Lei n. 14.230, de 2021) ¹¹ .
	Art. 12, §7º. As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do <i>non bis in idem</i> . (Incluído pela Lei n. 14.230, de 2021) ¹² .

As inovações legislativas promovidas pela Lei n. 14.230/21 reacenderam o debate acerca da possibilidade de conjugação entre as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção Empresarial: isso porque, agora, coexistem três comandos normativos aparentemente distintos e conflitantes entre si:

10 BRASIL. Lei n. 12.846, de 2 de junho de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, seção 1, pag. 1, 2 ago. 2013, página 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

11 BRASIL. Lei n. 8.429, de 1º de agosto de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, seção 1, pag. 1, 03 jun. 1992, Página 6993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 5 dez. 2022.

12 Ibidem.

(i) o art. 30, inciso I, da Lei Anticorrupção Empresarial, assegurou a independência entre os diferentes sistema de responsabilização e permitiu a aplicação cumulativa das sanções; (ii) o art. 3º, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa, em sentido diametralmente oposto, vedou a aplicação cumulativa das sanções; e, por fim, (iii) o art. 12, §7º, também da Lei de Improbidade Administrativa, permitiu a cumulatividade das sanções mas com ressalvas – desde que haja observância ao princípio constitucional do *non bis in idem*.

Diante desse cenário de aparente contraditoriedade legislativa, torna-se evidente a necessidade de uma interpretação criteriosa acerca dos três dispositivos supra-mencionados, com o intuito de harmonizá-los entre si e com o sistema constitucional de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, sempre com atenção ao direito fundamental à boa administração.

Sobre o tema – ainda muito recente – surgiram opiniões divergentes.

Uma primeira corrente doutrinária manifestou-se pela impossibilidade de aplicação cumulativa das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção Empresarial, indicando que as novas disposições inseridas pela Lei n. 14.230/21 tornaram subsidiária a aplicação do sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa às pessoas jurídicas.

Significa dizer que as pessoas jurídicas somente poderiam sofrer as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa nas hipóteses em que a sua conduta não fosse também tipificada pela Lei Anticorrupção Empresarial.

Nesse sentido, as lições de Landolfo Andrade¹³:

A pessoa jurídica que concorrer ou se beneficiar de um ato de improbidade administrativa somente poderá ser punida no domínio da LIA se tal ato não puder ser punido na esfera da LAE. Note-se que o artigo 3º, §2º, da LIA não revogou a regra prevista no artigo 30, I, da LAE. Apenas impôs uma adaptação sistemática do seu significado e alcance, em razão da influência da Lei Geral de Defesa da Probidade Administrativa. Nessa trilha, ao dispor que a aplicação das sanções previstas na LAE

13 ANDRADE, Landolfo. A aplicação subsidiária da Lei de Improbidade Administrativa às pessoas jurídicas: a necessária releitura do art. 30, I, da Lei 12.846/2013. *GEN Jurídico*, São Paulo, 16 ago. 2022. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/08/16/aplicacao-subsidiaria-lei-de-improbidade-administrativa/#:~:text=A%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20subsidi%C3%A1ria%20da%20Lei,1%2C%20da%20Lei%2012.846%2F2013&text=A%20Lei%20n.,%2%A7%204%C2%BA%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal>. Acesso em: 5 dez. 2022.

não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa, o artigo 30, I, da LAE, sob o influxo da regra prevista no artigo 3º, §2º, da LIA, traduz a ideia de que a responsabilização da pessoa jurídica infratora no âmbito da LAE não influenciará na responsabilização das pessoas naturais (agentes públicos ou particulares) na esfera de improbidade administrativa, dada a independência entre as instâncias. (grifo nosso).

No mesmo sentido, orienta Thadeu Augimeri de Goes Lima¹⁴:

Resta saber, portanto, como coordenar sistematicamente esses dois regimes [...]. Parece-nos que o método do diálogo das fontes, especialmente na forma do diálogo de complementariedade e subsidiariedade, é capaz de orientar a melhor lógica para a aplicação dos diplomas, evitando tanto o bis in idem na punição quanto as lacunas de punibilidade, ambos indesejados [...]. Assim, havendo ato de improbidade administrativa (art. 9º, 10 e 11 da LIA), necessariamente praticado dolosamente por agente público nacional (art. 2º da LIA), o ente coletivo *extraneus* que também dolosamente para ele tenha concorrido ou que dele tenha se beneficiado (art. 3º da LIA) deverá responder juntamente com o *intraneus* pelo ato ímprobo, no mesmo processo e sob a égide da Lei n. 8.429/1992, **desde que a conduta empresarial não encontre subsunção no art. 5º da LAC**. Já se a conduta empresarial encontrar subsunção no art. 5º da LAC, e por força do art. 3º, §2º, da LIA, deverão ocorrer a cisão das responsabilizações e a instauração de processos distintos, de modo que o agente público responda pelo ato ímprobo sob a égide da LIA e a pessoa jurídica responda pelo ato lesivo à Administração sob a égide da LAC. (grifo nosso).

Uma segunda corrente doutrinária, diferentemente, manifestou-se pela possibilidade de aplicação cumulativa das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção, salientando que interpretação diversa poderia gerar impunidades absolutamente inaceitáveis e contrárias à Constituição Federal.

Sobre o tema, são interessantes os apontamentos de Leonardo Bellini de Castro¹⁵, que, ao fim, indica a possibilidade de aplicação conjugada das sanções administrativas e judiciais previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei

14 LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Lei de Improbidade Administrativa e Lei Anticorrupção: o diálogo das fontes após a Lei 14.230/2021**. Empório do Direito, São Paulo, 23 fev. 2022. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/leitura/lei-de-improbidade-administrativa-e-lei-anticorruptao-o-dialogo-das-fontes-apos-a-lei-14-230-2021>. Acesso em: 5 dez. 2022.

15 CASTRO, Leonardo Bellini de. **Lei Anticorrupção e sua adequada composição com a LIA**. *ConJur*, São Paulo, 8 set. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-08/leonardo-castro-lei-anticorruptao-composicao-lia#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2012.846%2F13,jur%C3%ADdicas%20envolvidas%20em%20tais%20pr%C3%A1ticas>. Acesso em: 5 dez. 2022.

Anticorrupção Empresarial desde que sejam refletidos os princípios da proporcionalidade e razoabilidade:

Algumas punições admitem aplicação simultânea e a respectiva incidência complementar, o que deverá ser modulado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade [...]. Veja-se, a propósito, que a sanção que impõe a suspensão da possibilidade de se firmar contratos com o Poder Público é penalidade somente prevista na Lei de Improbidade Administrativa, não estando contemplada na Lei Anticorrupção. Nesse contexto, imagine-se o caso de pessoa jurídica corruptora que se engaje em cartéis destinados a fraudar licitações, em hipóteses em que excluída a participação de agente público. Em casos tais, uma interpretação recortada indicaria que a pessoa jurídica não poderia ser sancionada com a suspensão da possibilidade de participação em licitações, haja vista que tal sanção não se encontra capitulada na Lei n. 12.846/13, mas somente na Lei n. 8.429/92. No entanto, não se tratando de *bis in idem*, ou seja, de imposição da mesma sanção pelo mesmo fato, a aplicação complementar das sanções previstas entre esses diplomas se faz naturalmente possível. De igual modo, a pessoa jurídica que se engaje em sistemáticos atos de corrupção contra o Poder Público, em concurso com agentes públicos, não estaria eventualmente sujeita à sanção que prevê sua própria dissolução, uma vez que tal pena está unicamente prevista na Lei Anticorrupção, não estando prevista na Lei de Improbidade Administrativa. Por identidade de razões, aqui tampouco se trataria de *bis in idem*, o que possibilita a aplicação complementar das referidas sanções.

A interpretação que permite a cumulatividade das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção Empresarial demonstra-se a mais adequada e respeitosa aos mandamentos constitucionais de tutela da moralidade administrativa, pois, como apontado por Leonardo Bellini de Castro, ela impede a ocorrência de situações esdrúxulas de impunidade – como, por exemplo, impedir-se a aplicação da sanção de impossibilidade de contratar com o poder público, prevista na Lei de Improbidade Administrativa, à pessoa jurídica corruptora que pratique ilícito tipificado na Lei Anticorrupção Empresarial.

Vale lembrar que o direito à boa administração pública, como já salientado anteriormente, tem sido reconhecido como um direito fundamental e, por isso mesmo, sujeita-se à vedação do retrocesso¹⁶ e à vedação da proteção deficiente.

16 O princípio da vedação do retrocesso significa a proibição imposta ao legislador para reduzir, suprimir ou diminuir, ainda que parcialmente, direito fundamental já materializado em âmbito legislativo e sedimentado na consciência jurídica legal. Ele pode ser extraído da Constituição Federal e está expressamente previsto no art. 26 do Pacto de São José da Costa Rica, internalizado no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto n. 678/92. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a sua vigência em

Evidentemente que tal conjugação de sanções não pode se esquivar da observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, já que eles permeiam e orientam todo o Direito Administrativo Sancionador.

4. A ATUAÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo é órgão legitimado a perseguir a responsabilização no âmbito dos sistemas da Lei de Improbidade Administrativa¹⁷ e da Lei Anticorrupção Empresarial¹⁸ e, em sua atuação, deve se orientar sempre pelo direito fundamental à boa administração e pelo zelo ao patrimônio público e social da administração pública.

Nessas circunstâncias, considerando-se o exposto anteriormente, entende-se que a Procuradoria Geral do Estado, nos procedimentos por ela conduzidos, deveria adotar o entendimento que aponta a possibilidade de aplicação cumulativa das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção Empresarial, pois, assim, dará maior efetividade da tutela da moralidade adminis-

importantes manifestações, tais como aquelas proferidas no âmbito do Agravo Regimental n. 639.337 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.543/DF.

- 17 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 7.042/DF e n. 7.043/DF, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que restringiu ao Ministério Público a exclusividade para o ajuizamento de ações de improbidade administrativa: “Os entes públicos que sofreram prejuízos em razão de atos de improbidade também estão autorizados, de forma concorrente com o Ministério Público, a propor ação e a celebrar acordos de não persecução civil em relação a esses atos. Desse modo, fica restabelecida a existência de legitimidade ativa concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e as pessoas jurídicas interessadas para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa e para a celebração de acordos de não persecução civil” CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Pessoa jurídica interessada continua com legitimidade para propor ação de improbidade e para celebrar acordo; não existe obrigatoriedade de a assessoria jurídica fazer a defesa do agente público acusado de improbidade**. Buscador dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ff6a45350791d8eeadcf9666c7848835>. Acesso em: 5 dez. 2022.
- 18 Dispõe o art. 4º, inciso I, do Decreto n. 67.301/22 do Governo do Estado de São Paulo: “Artigo 4º – Sem prejuízo do disposto no artigo 5º deste decreto, a instauração e o julgamento de Processo Administrativo de Responsabilização – PAR caberão, originariamente: I – no âmbito da Administração Pública direta, aos Secretários de Estado e ao Procurador Geral do Estado, em suas respectivas esferas”. SÃO PAULO. **Decreto n. 67.301 de 24 de novembro de 2022**. Disciplina a aplicação, no âmbito da Administração Pública estadual, da Lei federal n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, e dá providências correlatas. Disponível em: <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20221125&Caderno=DOE-I&NumeroPagina=1>. Acesso em: 5 dez. 2022.

trativa – desde que observados, evidentemente, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

5. CONCLUSÃO

A Lei da Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção Empresarial são complementares e compõem o sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa – o mais relevante segmento do Direito Administrativo Sancionador Brasileiro, como identificam os professores José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁹ – atuando em âmbitos distintos: a primeira delas concentra-se na responsabilização dos agentes públicos que incorram em atos ímprobos, enquanto, a segunda, sanciona as pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira.

As recentes modificações introduzidas pela Lei n. 14.230/21 suscitaram o debate acerca da possibilidade de aplicação cumulativa das sanções previstas em ambos os diplomas normativos, especialmente devido ao teor dos artigos 3º, §2º e 12, §7º, inseridos na Lei de Improbidade Administrativa. A discussão ainda é extremamente recente e carece de uma orientação jurisprudencial, mas, até o momento, formaram-se duas correntes doutrinárias sobre o tema: uma delas indicativa da impossibilidade da incidência conjunta das sanções e da subsidiariedade da aplicação do regime da improbidade administrativa às pessoas jurídicas; e, outra, sinalizadora da inexistência de impedimentos à coexistência das sanções previstas em ambos os regimes de responsabilização.

A segunda corrente doutrinária revela-se mais adequada à tutela da moralidade administrativa e à garantia do direito à boa administração, já que o impedimento da cumulatividade das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção, tal como observado por Leonardo Bellini de Castro²⁰, pode-

19 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Sistema de Responsabilização pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa. Críticas ao Projeto de Lei do Senado n. 2505/2021. In: ASSIS, Adriano Marcus Brito de; TOURINHO, Rita. Coletânea mudanças na Lei de Improbidade. Improbidade sem culpa e com dolo específico: onde se pretende chegar? Brasília, DF: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2021. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/2021/08/ARTIGO_SOBRE_PL_1087_-_RITA_E_ADRIANO.pdf. Acesso em: 6 nov. 2022.

20 CASTRO, Leonardo Bellini de. Lei Anticorrupção e sua adequada composição com a LIA. **ConJur**, São Paulo, 8 set. 2022. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-08/>

ria ocasionar situações inaceitáveis de impunibilidade, completamente contrárias à Constituição Federal e violadoras dos princípios da vedação do retrocesso e da vedação da proteção deficiente.

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, neste contexto, sendo detentora do poder de persecução da responsabilização por atos tipificados na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção Empresarial, deve orientar-se pela possibilidade de coexistência entre as sanções previstas em ambos os diplomas normativos, pois, assim, zelará ao máximo pela tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público e social da administração pública.

6. BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Landolfo. A aplicação subsidiária da Lei de Improbidade Administrativa às pessoas jurídicas: a necessária releitura do art. 30, I, da Lei n. 12.846/2013. **GEN Jurídico**, São Paulo, 16 ago. 2022. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2022/08/16/aplicacao-subsidiaria-lei-de-improbidade-administrativa/#:~:text=A%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20subsidi%C3%A1ria%20da%20Lei,I%2C%20da%20Lei%2012.846%2F2013&text=A%20Lei%20n.,%C2%A7%204%C2%BA%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal>. Acesso em: 5 dez. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 2 de junho de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, seção 1, pag. 1, 2 ago. 2013, página 1. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 05/12/2022.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 1º de agosto de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º

leonardo-castro-lei-anticorrupcao-composicao-lia#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2012.846%2F13,jur%C3%ADdicas%20envolvidas%20em%20tais%20pr%C3%A1ticas. Acesso em: 5 dez. 2022.

do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, DF, seção 1, pag. 1, 03 jun. 1992, Página 6993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 05/12/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo n. 535**. Brasília, 12 de março de 2014, p. 5. Brasília, DF: STJ, 2014. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informjurisdata/article/view/3991/4215>. Acesso em: 5 dez. 2022.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Pessoa jurídica interessada continua com legitimidade para propor ação de improbidade e para celebrar acordo; não existe obrigatoriedade de a assessoria jurídica fazer a defesa do agente público acusado de improbidade. **Buscador Dizer o Direito**, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ff6a45350791d8eeadc-f9666c7848835>. Acesso em: 5 dez. 2022.

CASTRO, Leonardo Bellini de. Lei Anticorrupção e sua adequada composição com a LIA. **ConJur**, São Paulo, 8 set. 2022. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-08/leonardo-castro-lei-anticorruptao-composicao-lia#:~:text=A%20Lei%20n%C2%BA%2012.846%2F13,jur%C3%ADdicas%20envolvidas%20em%20tais%20pr%C3%A1ticas>. Acesso em: 5 dez. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FARJADO, Gabriel. A penalização da pessoa jurídica na lei anticorrupção: uma análise do art. 30 da Lei n. 12.846/13 à luz do princípio do *non bis in idem*. **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 6-36, 2017. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/132>. Acesso em: 5 dez. 2022.

JUNIOR. Luiz Carlos da Silva. O princípio da vedação ao retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus**, [s. l.], 30 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 5 dez. 2022.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Lei de Improbidade Administrativa e Lei Anticorrupção: o diálogo das fontes após a Lei 14.230/2021. **Empório do Direito**, São Paulo, 23 fev.

2022. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/lei-de-improbidade-administrativa-e-lei-anticorrupcao-o-dialogo-das-fontes-apos-a-lei-14-230-2021>. Acesso em: 5 dez. 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Sistema de Responsabilização pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa. Críticas ao Projeto de Lei do Senado n. 2505/2021. *In*: ASSIS, Adriano Marcus Brito de; TOURINHO, Rita. **Coletânea mudanças na Lei de Improbidade**. Improbidade sem culpa e com dolo específico: onde se pretende chegar? Brasília, DF: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2021. Disponível em: https://www.anpr.org.br/images/2021/08/ARTIGO_SOBRE_PL_1087_-_RITA_E_ADRIANO.pdf. Acesso em: 6 nov. 2022.

RECK, Janriê Rodrigues; BEVILACQUA, Maritana Mello. O direito fundamental à boa administração pública como linha interpretativa para a Lei de Improbidade Administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, v. 20, n. 79, p. 198-206, 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1194>. Acesso em: 05/12/2022.

SÃO PAULO. **Decreto n. 67.301 de 24 de novembro de 2022**. Disciplina a aplicação, no âmbito da Administração Pública estadual, da Lei federal n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, e dá providências correlatas. São Paulo: Diário Oficial do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20221125&Caderno=DOE-I&NumeroPagina=1>. Acesso em: 5 dez. 2022

PA N. 31/2022

DENÚNCIA DE DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DE IDENTIDADE DE GÊNERO. LEI ESTADUAL N 10.948/2001. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. Dúvida jurídica acerca do cômputo do prazo para aplicação das penalidades previstas na Lei estadual n 10.948/2001 (discriminação em razão de orientação sexual). Questão que também se apresenta quanto às sanções da Lei estadual n 14.187/2010 (discriminação racial). Exercício de poder de polícia. Inexistência de previsão legal específica para a hipótese. Situação que guarda semelhança com aquela analisada no Parecer PA n. 55/2021. Viabilidade de aplicação, por analogia, do prazo de cinco anos previsto no Decreto n 20.910/1932.

Aprovação integral.

PA N. 32/2022

SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES. Artigo 37, XVI, da Constituição da República, que, seguindo a tradição do constitucionalismo brasileiro, consagra a vedação ao acúmulo remunerado de cargos como regra, mas autoriza, excepcionalmente, certas situações de acúmulo. Normas de exceção a merecerem interpretação estrita, nos termos da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal. Ôbice constitucional que não implica vulneração ao direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, assegurado no artigo 5º, XIII, da CR. Dúvida quanto à exegese da alínea “b” do inciso XVI do artigo 37 da CR/1988, que autoriza o acúmulo remunerado de um cargo de professor com outro técnico ou científico, desde que haja compatibilidade de horários. Artigo 4º, do Decreto Estadual nº 41.915/1997, que define cargo técnico ou científico como “aquele que exige, para o seu exercício, conhecimentos específicos de nível superior ou profissionalizante correspondente ao segundo grau de ensino”. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a indicar que a verificação da natureza técnica ou científica de um dado cargo, afora reclamar a identificação da escolaridade mínima exigida para ocupá-lo, impõe o exame das atribuições a ele conferidas, as quais permitirão saber se seu exercício requer “conhecimentos específicos”. Necessária

análise da lei criadora do cargo, bem como de alguns elementos coadjuvantes, como o edital de abertura do certame vocacionado a preenchê-lo e as normas que disciplinam a profissão correlata. Caso concreto em que se verifica o acúmulo de um cargo de Professor com outro de Auxiliar de Enfermagem. Exame do caso à luz da Lei Complementar Estadual nº 1.157/2011, a indicar que o cargo de Auxiliar de Enfermagem é cargo técnico e, portanto, pode ser exercido em acúmulo com o cargo de Professor, nos termos do artigo 37, XVI, “b”, da Lei Maior. Situação de acúmulo regular de cargos. Precedentes: Pareceres PA nº 68/2004, 119/2004, 162/2004, 27/2008 e 49/2017.

Aprovação integral.

PA N. 33/2022

PROCURADOR DO ESTADO. DIREITOS E VANTAGENS. Limite Remuneratório. Artigo 37, XI, da Constituição da República. Funções essenciais à Justiça. Vontade positivada pelo constituinte reformador, ao alterar a redação do artigo 37, XI, de assegurar tratamento isonômico, no que tange ao limite remuneratório, entre as carreiras jurídicas que exercem funções essenciais à Justiça para a concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Análise das decisões do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos precedentes. A interpretação do artigo 37, inciso XI, da Constituição da República, que se “orienta para a Constituição” e que “melhor corresponde às decisões do constituinte” é aquela que submete os Procuradores do Estado, titulares das funções essenciais à Justiça, ao limite remuneratório dos membros do Poder Judiciário estadual, limite este que, por sua vez, corresponde ao subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em decorrência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI nº 3.854.

Aprovação integral.

PA N. 34/2022

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIAS E PENSÕES. PARIDADE. De acordo com a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, o direito à paridade implica que, independentemente de lei específica, os aposentados e pensionistas façam jus a todos os efeitos das melhorias financeiras incidentes sobre o cargo de referência – reajustes remuneratórios, vantagens de caráter geral e aumentos decorrentes de reestruturação da carreira em que inserido o cargo, desde que revestidos de natureza

objetiva. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 1.374/2022. I - REESTRUTURAÇÃO DE CARREIRAS INTEGRANTES DO QUADRO DO MAGISTÉRIO. Diploma normativo que institui Planos de Carreira e Remuneração para os Professores de Ensino Fundamental e Médio, para os Diretores Escolares e para os Supervisores Educacionais da Secretaria da Educação. Cargos e funções previstos no plano de carreira anterior, instituído pela Lei Complementar Estadual nº 836/1997, que integram o Quadro do Magistério da Secretaria da Educação criado pelo novel diploma, ao lado dos novos cargos e funções previstos no novo plano. Transformação paulatina dos cargos antigos nos novos que, quando concluída, implicará a alteração do cargo de referência dos aposentados e pensionistas com direito a reajuste paritário. Por ora, o direito à paridade apenas garante a esses aposentados e pensionistas a revisão de seus proventos em decorrência dos reajustes e vantagens gerais instituídas pela Lei Complementar nº 1.374/2022 em prol de seus cargos de referência. Parecer ATL nº 8/2022, subscrito em conjunto com a Subprocuradoria Geral da Área da Consultoria Geral e aprovado pela Procurador Geral do Estado Adjunta, no sentido de que seria legítimo restringir o direito de opção de que tratam os artigos 1º e 8º das Disposições Transitórias da Lei Complementar nº 1.374/2022 apenas aos servidores ativos. II - EXTINÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE GESTÃO EDUCACIONAL – GGE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. A extinção legal de gratificações alcança também os aposentados e pensionistas que faziam jus a benefício regido pela paridade. Indispensável observância à regra da irredutibilidade. Precedentes: Parecer PA-3 nº 426/1986 e Pareceres PA nº 198/2006, 12/2016, 13/2016, 73/2016 e 47/2021.

Aprovação integral.

PA N. 35/2022

SERVIDOR PÚBLICO. EMPREGADO PÚBLICO. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. Bonificação por Resultados. Lei Complementar nº 1.079, de 17 de dezembro de 2008. São Paulo Previdência - SPPREV. Entidade autárquica vinculada à então Secretaria da Fazenda (artigo 4º, parágrafo único, da Lei Complementar nº 1.010, de 1º de junho de 2007), atualmente jungida à Secretaria de Orçamento e Gestão, em virtude de reorganização administrativa. Decreto Estadual nº 64.998, de 29 de maio de 2020, e nº 66.017, de 15 de setembro de 2021. Normas instituidoras de vantagens tendem a aderir ao contrato de trabalho enquanto vigorantes na ordem jurídica. Princípio da aderência contratual relativa. A alteração de vinculação da São Paulo Previdência,

outrora ligada à Secretaria da Fazenda e Planejamento, para a então Secretaria de Projetos, Orçamento e Gestão, em virtude de rearranjos administrativos operados por decretos de reorganização, não tem o condão de extinguir os efeitos produzidos pela Lei Complementar nº 1.079/2008 aos contratos de trabalho dos empregados públicos do ente autárquico que já percebiam a vantagem, observadas as demais normas legais e regulamentares pertinentes à espécie.

Aprovação integral.

PA N. 36/2022

SERVIDOR PÚBLICO. Direitos e Vantagens. Alteração de dispositivos do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado pela Lei Complementar nº 1.361, de 21 de outubro de 2021, com efeitos a partir de 1º de novembro do mesmo ano. LICENÇA-PRÊMIO. Novo regramento que incide sobre o quinquênio que não se perfez até o dia 31 de outubro de 2021, qualquer que tenha sido o lapso temporal decorrido até então. Aplicação do artigo 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Falta abonada em momento anterior a 1º de novembro de 2021 deve ser desconsiderada no cálculo de limite máximo de ausências de que trata o artigo 210, inciso II, do Estatuto, com a nova redação conferida pela lei complementar em questão. Parecer NDP nº 58/2022, aprovado pelas instâncias superiores da Instituição, que firmou o entendimento de que o interregno de 28/05/2020 a 31/12/2021 pode ser computado para fins de licença-prêmio para os servidores das áreas da saúde e segurança pública.

Aprovação integral.

