

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

Escola de Direito, Turismo e Museologia

Departamento de Direito

Isabela Cristina Dionísio Souza

**Análise do nepotismo enquanto ato de Improbidade Administrativa à luz das
alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021**

Ouro Preto

2023

Isabela Cristina Dionísio Souza

**Análise do nepotismo enquanto ato de Improbidade Administrativa à luz das
alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Ouro Preto,
na área de Direito Administrativo,
como requisito parcial à aprovação na
disciplina de Monografia, sob a
orientação do Professor Dr. Federico
Nunes de Matos.

Ouro Preto

2023



FOLHA DE APROVAÇÃO

Isabela Cristina Dionísio Souza

Análise do nepotismo enquanto ato de improbidade administrativa à luz das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito

Aprovada em 29 de agosto de 2023

Membros da banca

Doutor - Federico Nunes de Matos - Orientador (Universidade Federal de Ouro Preto)
Doutor - Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia - (Universidade Federal de Ouro Preto)
Doutor - André de Abreu Costa - (Universidade Federal de Ouro Preto)

Federico Nunes de Matos, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 29/08/2023



Documento assinado eletronicamente por **Federico Nunes de Matos, PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 29/08/2023, às 18:52, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0582786** e o código CRC **74F9327F**.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado saúde e serenidade para chegar até esse momento, um dos mais importantes de toda minha graduação.

Sou imensamente grata à Universidade Federal de Ouro Preto pelo ensino público e de alta qualidade. Todos os professores pelos quais tive a honra de ser aluna, contribuíram de alguma forma para que o presente trabalho fosse concluído, em especial meu orientador, Dr. Federico Nunes de Matos, que desde o primeiro dia de aula se mostrou um amante da Administração Pública, assim como eu, estando sempre à disposição para me auxiliar e orientar com grande maestria e paciência, não somente nesta monografia, mas durante todo o curso.

À Câmara Municipal de Mariana, pela experiência por meio da prática. Por ter me permitido vivenciar de perto tudo aquilo que aprendi lendo as inúmeras doutrinas, letras de lei e jurisprudências ao decorrer do curso. Ser servidora da primeira Casa Legislativa de Minas Gerais é uma honra e me permite reforçar todos os dias a minha paixão pelo Direito Público.

Às pessoas que estiveram ao meu lado durante a graduação, me apoiando, me incentivando e acreditando que eu seria capaz de concluir essa fase tão importante na vida.

Por fim, agradeço ao meu namorado e melhor amigo, Jonathan, pela paciência e por me ajudar a construir esse trabalho. Antes de qualquer coisa, sempre admirei o profissional que ele é, e se não fosse com a ajuda dele, talvez até hoje eu ainda estaria tentando iniciar uma linha de raciocínio para começar a escrever esta monografia. Ele foi essencial durante todo esse processo, seja para me ajudar tecnicamente, mas principalmente para me dar todo apoio emocional para viver essa fase tão turbulenta.

“A Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa de suas próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua razão de existir.”

(Celso Antônio bandeira de Mello)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa por meio da sanção da Lei nº 14.230/2021, em especial no que diz respeito a positivação do nepotismo. Inicialmente foi feita a contextualização história do nepotismo e como ele era aplicado e interpretado antes do advento da Lei nº 14.230/2021, sendo apresentada também uma de suas modalidades, que é o nepotismo cruzado. Posteriormente adentrando-se especificamente nos requisitos impostos na lei para que esteja configurado o ato de improbidade administrativa pela prática do nepotismo, foi analisada a exigência da comprovação de dolo específico e a dificuldade da demonstração de lesividade relevante ao bem jurídico tutelado. Fez-se, ainda, a análise da inserção do Direito Administrativo Sancionador no campo da improbidade administrativa e suas implicações. Para tanto foi utilizado o método dedutivo, por meio de extensas leituras a respeito da temática tratada, bem como dos posicionamentos dos principais tribunais do país.

Palavras chave: Direito Administrativo. Lei de Improbidade Administrativa. Dolo. Nepotismo. Direito Administrativo Sancionador.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the changes promoted in the Law of Administrative Improbability through the sanction of Law nº 14.230/2021, especially with regard to the positivization of nepotism. Initially, the historical context of nepotism was made and how it was applied and interpreted before the advent of Law nº 14.230/2021, also presenting one of its modalities, which is cross nepotism. Subsequently, entering specifically into the requirements imposed by law so that the act of administrative impropriety is configured by the practice of nepotism, the requirement of proving specific intent and the difficulty of demonstrating relevant harmfulness to the protected legal interest was analyzed. There was also an analysis of the insertion of the Administrative Law to Sanction in the field of administrative impropriety and its implications. For that, the deductive method was used, through extensive readings regarding the theme addressed, as well as the positions of the main courts in the country.

Keywords: Administrative Law. Law of Administrative Improbability. Intent. Nepotism. Sanctioning Administrative Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Código Penal

DAS – Direito Administrativo Sancionador

LIA – Lei de Improbidade Administrativa

LINDB – Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SV – Súmula Vinculante

TJCE – Tribunal de Justiça do Ceará

TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJMT – Tribunal de Justiça do Mato Grosso

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
1.2 Breve Contextualização histórica	10
1.3 Do Nepotismo Cruzado	13
2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	15
2.2 As alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021	16
2.3 O conceito de “lesividade relevante ao bem jurídico” previsto no §4º do art. 11, da Lei nº 14.230/2021	17
3. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	19
4. DIREITO PENAL E NOVA LIA	22
4.1 A necessidade de comprovação do dolo na Lei nº 14.230/2021	23
4.2 Divergência doutrinária quanto à exigência do dolo específico e do dolo genérico	27
5. CONCLUSÃO	31
6. REFERÊNCIAS	33

1. INTRODUÇÃO

As recentes mudanças impostas pelo legislador à Lei da Improbidade Administrativa – LIA, aguçou a discussão sobre tema, até então consolidado pela jurisprudência e pela doutrina, trazendo novamente à baila discussões sobre a aplicabilidade e o alcance das disposições presentes no novo texto da LIA. Neste trabalho, falaremos especificamente das mudanças no entendimento ou nas condições necessárias para se caracterizar o nepotismo, trazidas pela Lei nº 14.230/2021.

De um lado, temos toda crítica feroz que fazem doutrinadores e representantes do Ministério Público às alterações feitas na Lei nº 8.429/1992, de outro lado, temos o legislador, que justifica tais alterações diante do fenômeno chamado “‘apagão das canetas’ que, de forma breve, trata-se da paralisia dos agentes públicos em administrar o Estado por medo do excesso de controle causando ineficiência na gestão da coisa pública”¹

Faz-se necessário, portanto, em primeiro momento, atentar-se ao conceito de nepotismo e toda história que o precede, ressaltando que inicialmente, antes da positivação trazida pela Lei nº 14.230/2021, o nepotismo era tratado na Súmula Vinculante nº 13, precedida pela Resolução do CNJ nº 07/2005.

No inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 – nova redação, foi apresentado o conceito legal de nepotismo:

Nomear cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas.

Portanto, à Lei nº 14.230/2021, que alterou conceitos importantes da originária Lei de Improbidade Administrativa – além de trazer a novidade do rol taxativo dos atos que configuram improbidade – o legislador preocupou-se também em estabelecer

¹ GULLO, Felipe Ramirez. "Apagão das Canetas". FGV RIO. Dissertação de Mestrado. 2022, p. 10

requisitos para que fosse caracterizada a conduta como ímproba, seja das que importem em enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário ou das que atentam contra os princípios da Administração Pública, passando a ser exigida a comprovação do dolo para que esteja configurado o ato atentatório, conforme dispõe o §1º do art. 1º da Lei nº 8.429/1992 – modificada pela Lei nº 14.230/2021:

Art. 1º (*omissis*)

Parágrafo único. (*omissis*)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa **as condutas dolosas** tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) (grifo nosso)²

Especialmente no que diz respeito à prática do nepotismo, previsto no inciso XI do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 (modificada pela Lei nº 14.230/2021), o legislador foi ainda mais específico em exigir a necessidade de haver lesividade relevante ao bem jurídico tutelado e aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente para que esteja configurado ato de improbidade.

Diante disso, o problema central deste trabalho é a subjetividade que permeia essa comprovação que caracteriza a conduta dolosa do agente nomeante e a dificuldade de comprovação da finalidade ilícita do ato, bem como da lesividade relevante ao bem jurídico tutelado.

Essa questão torna-se ainda mais desafiadora ao tratarmos do nepotismo cruzado, que envolve a reciprocidade de favores entre os agentes públicos nomeantes e traz ainda maior dificuldade no que diz respeito à comprovação de dolo e da ilicitude na finalidade do ato.

1.2 Breve contextualização histórica

A figura do nepotismo, no Brasil, é originada, ainda, dos tempos da colonização em que foi herdado e incorporado à cultura brasileira esta prática. Rocha diz: “O nepotismo no Brasil existe desde a chegada dos portugueses, não é nenhuma

² BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 1921**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em 05.06.2023

novidade. Pero Vaz de Caminha, praticou o primeiro ato de nepotismo”³, e as críticas ao português são direcionadas principalmente tendo como referência a seguinte parte da carta:

E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que de Vosso serviço for, Vossa Alteza há de ser de mim muito bem servida, a Ela peço que, por me fazer singular mercê, mande vir da ilha de São Tomé a Jorge de Osório, meu genro que d’Ela receberei em muita mercê. Beijo as mãos de Vossa Alteza. Deste Porto Seguro, da vossa Ilha da Vera Cruz, sexta-feira, 1º dia de maio de 1500.⁴

Entretanto, como o genro de Caminha havia sido condenado à pena de banimento para a África pelo crime de assalto a mão armada, alguns não entendem o gesto de Caminha como sendo o primeiro ato de nepotismo e sim um pedido um pedido de liberdade, e não de emprego.

Com o passar do tempo, a prática foi ficando cada vez mais comum, em especial nos tempos do Rei Dom João VI que se destacou pela política do “toma-lá-dá-cá”, inchando a máquina pública estatal em troca de favores pessoais.

Laurentino Gomes, autor do *best-seller* 1808, que narra a transferência da corte portuguesa para o Brasil, conta a história de comerciante de Ouro Preto (MG), que em 1809 doou 100 cruzados (equivalente hoje a cerca de um milhão de reais) ao Rei⁵. Em troca, ganhou o título de Comendador da Ordem de Cristo e seus dois filhos foram promovidos de cadetes a alferes do Exército.

A prática cada vez mais comum passou a incomodar a parcela da população que não concordava que o governo de determinado local ficasse apenas na mão de familiares de quem detinha o poder. Em especial quando a democracia foi implementada no Brasil, cada vez menos passou-se a ter espaço dentro da Administração Pública para esse tipo de conduta.

³ ROCHA, C. L. A. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

⁴ CAMINHA, Pero Vaz de. **Carta a El Rey D. Manuel**. Edição do S. D., Rio de Janeiro, 1939. Disponível em http://etnolinguistica.wdfiles.com/local--files/biblio%3Acaminha-1939-carta/Caminha_1939_CartaAEIReiDManuel.pdf Acesso em 28.07.2023

⁵GOMES, Laurentino. **1808 – Como Uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

O processo de redemocratização do Brasil, em especial o clamor popular que pedia eleições “diretas já” acabou por culminar com a Constituição Federal de 1988 que trouxe em seu artigo 37, o princípio da moralidade administrativa, fazendo com que a impessoalidade, moralidade e a igualdade sejam os pilares da atividade pública.

Assim, o favorecimento de parentes, cônjuges ou pessoas com afinidade, para exercício de cargos em quaisquer poderes já violava o disposto na Constituição Federal e era considerado afronta aos princípios da Administração Pública.

Com o passar dos anos, diante de diversos escândalos e grande clamor popular, a Súmula Vinculante nº 13 surgiu de decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, em 20 de agosto de 2008, em que foi declarada constitucional a Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 07/2005 que proíbe o exercício cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, em que ainda acrescentaram o termo “chefia”, conforme ementa:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO 7, DE 18-10-2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução 7/2005 do CNJ não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela CF/1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. (...) 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II, III, IV, V do art. 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça.⁶

Diante disso, foi editada a Súmula Vinculante nº 13 que, destaque-se, até outubro de 2021, era o principal instrumento utilizado para o combate ao nepotismo na Administração Pública, com a seguinte redação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12/DF. Pleno, Relator Min. Carlos Britto. D.j. 20.08.2008. Dje 237, de 18.12.2008

nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.⁷

No ano de 2016, em julgamento de Reclamação, a Segunda Turma do STF definiu quatro critérios objetivos para configuração de nepotismo:

- i) ajuste mediante designações recíprocas, quando inexistente relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou função comissionada;
- ii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante;
- iii) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada, e;
- iv) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante.⁸

1.3 Do nepotismo cruzado

Analisando o texto da Súmula Vinculante nº 13, é perceptível que houve a preocupação não somente com o nepotismo direto, mas também ficou clara a vedação (por violação à Constituição Federal) do nepotismo indireto, também conhecido como nepotismo cruzado, ao fazer referência ao *“ajuste mediante designações recíprocas”*.

Essa prática ocorre quando dois agentes públicos nomeiam familiares um do outro como troca de favor ou com intuito de burlar as vedações ao nepotismo dispostas na SV nº 13, de modo que para que o nepotismo cruzado se configure, é necessária a ocorrência da reciprocidade de favores, em observância ao item i, do julgamento acima mencionado.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 13. Nepotismo. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1227#:~:text=ATO%20NORMATIVO%20QUE%20%E2%80%9CDISCIPLINA%20O,1.>>. Acesso em 13/06/2023

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 18.564/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. D.j 23.02.2016. Dje 03.08.2016

O nepotismo cruzado poderá, ainda, ser caracterizado dentro do mesmo poder ou órgão, ou ainda, entre poderes ou órgãos distintos, sendo necessária apenas a demonstração de nomeações recíprocas com identidade de situações geradoras de incompatibilidades e/ou troca de favores.

2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429, de 02 de junho 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” e em seu artigo 1º tem como objeto tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, para assegurar a integridade do patrimônio público e social.

A improbidade administrativa, por definição, é toda ação ilegal que vá de encontro aos princípios básicos da Administração Pública no Brasil, no qual, comprovadamente, o agente público age com má fé e desonestidade. Conforme ensina Celso Spitzcovsky o termo indica “Desonestidade administrativa, razão pela qual se apresenta como uma imoralidade qualificada”.

Na esteira da lição deixada pelo eminente e saudoso Ministro Teori Albino Zavascki, “não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa.”⁹

É notável que existe proximidade semântica entre moralidade (princípio consagrado no art. 37, *caput* da CF) e probidade administrativa. Como destaca Carvalho Filho “a doutrina procura fazer distinção entre as ideias de probidade e de moralidade afirmando que a probidade seria subprincípio da moralidade.”

Assim, ao preceituar a moralidade como princípio, e a improbidade como lesão à moralidade (art. 37, §4º), a Constituição indica que “o agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade”¹⁰

A LIA é dividida em três seções. Neste trabalho em específico, será estudada a Sessão III que trata “dos Atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AIA 30/AM. Corte Especial do STJ. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJe 28/9/2011

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito administrativo. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

princípios da Administração Pública”, em especial o inciso XI do artigo 11, que trata da figura do nepotismo.

2.2 As alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021

Em outubro de 2021, quando sancionada a Lei nº 14.230/2021 que alterou a Lei nº 8.429/1992, mudanças significativas foram trazidas ao arcabouço jurídico. Dentre elas, destaca-se a positivação, no inciso XI do art. 11, do nepotismo como ato ímprobo que atenta contra os princípios da Administração Pública.

A alteração da LIA foi amplamente discutida e dividiu opiniões acerca da sua viabilidade. No que tange ao posicionamento dos principais doutrinadores administrativistas, temos a corrente majoritária sintetizada nas palavras de Marçal Justen Filho:

Ao longo do tempo, notou-se determinados desvirtuamentos na aplicação e execução da lei, como o seu uso político, com propósito excessivamente punitivista, sem justa causa ou em contrariedade com as garantias fundamentais do cidadão. Por esses motivos, muitos especialistas apoiaram a atualização da LIA, pois com as devidas modificações seria possível evitar o seu uso meramente político. Já para outros, as modificações representam uma flexibilização da lei; o que ainda gera intensos debates e discussões sobre o tema [...] a eliminação da improbidade culposa é a solução mais acertada e não implica intransigência com condutas danosas ao patrimônio público, nem configura admissão quanto à prática da corrupção.¹¹

Além do afastamento da modalidade culposa e a necessidade de comprovação de dolo por parte do agente, o §1º do artigo 11 da lei supramencionada dispõe que, em observância da Convenções das Nações Unidas contra a Corrupção, somente haverá improbidade administrativa quando for comprovado, na conduta funcional do agente público, o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem.

A legislação foi ainda mais específica em determinar em seu §3º do art. 1º que “O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem

¹¹ JUSTEN, Marçal. Reforma da Lei de Improbidade Administrativa - Comparada e Comentada, 1ª edição, Português: Editora Forense, 25 novembro 2021

comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.”

Diante disso, fica clara a necessidade de demonstração objetiva da prática ilegal no exercício da função pública, com a indicação expressa da norma violada, de modo que apenas a alegação genérica de violação a princípio da administração pública ou princípio constitucional não é suficiente para dar prosseguimento à ação de improbidade, sendo necessária a indicação objetiva e sinalização do dispositivo normativo violado na LIA que corresponde ao caso concreto.

Desse modo, tem-se que para a configuração da improbidade administrativa, nos termos da atual redação do art. 11 da LIA, é necessária a observância dos seguintes pressupostos: i) violação a uma das condutas previstas no art. 11 que atentam contra princípios da Administração Pública; ii) conduta dolosa, comissiva ou omissiva e; iii) existência de nexo de causalidade entre a ação/omissão e a respectiva violação.

2.3 O conceito de “lesividade relevante ao bem jurídico” previsto no §4º do art. 11 da Lei nº 14.230/2021

Para configurar ato de Improbidade Administrativa, há necessidade de demonstração da lesividade relevante ao bem jurídico tutelado, conforme dispõe o §4º do citado dispositivo legal:

Os atos de improbidade de que trata o artigo 11 desta lei exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.¹²

Diante dessa redação, faz-se pertinente ressaltar o que é conceito jurídico indeterminado: “são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos,

¹² BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em 05.06.2023

ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo.”¹³ A presença de conceitos jurídicos indeterminados é comum em vários ramos do direito, e no direito administrativo ele ganha notoriedade, pois pode se relacionar com a discricionariedade administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade é:

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal¹⁴

A subjetividade que permeia a exigência prevista no §4º do artigo supramencionado está justamente no fato de que, por se tratar de conceito jurídico indeterminado, a discricionariedade atuará com mais força para que seja feita a análise da lesividade relevante ao bem jurídico tutelado, em especial pelo fato de que a expressão “relevante” já apresenta caráter subjetivo, tendo em vista tratar-se meramente de juízo de valor, em que o que é relevante para um magistrado, pode não ser para outro.

É imperioso ressaltar, entretanto que lesividade relevante, não se confunde com dano físico ou material ao bem jurídico, como fenômeno da realidade perceptível pelos sentidos. Trata-se da violação direta a deveres e a princípios da Administração Pública, em que a única via de ponderação é intelectual e não perceptiva.

Desse modo, os princípios norteadores da Administração Pública funcionam como sistema de tutela de valores, dentre eles o da probidade. Para que haja lesividade relevante ao bem jurídico tutelado o ato praticado deve ser, obviamente, ao avesso dos mandamentos principiológicos, representando dano prejudicial e ofensivo aos valores protegidos pelos princípios administrativos.

¹³ ROZAS, Luiza. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 191-201, Janeiro-Fevereiro/2019

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

3. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De acordo com Fábio Osório¹⁵ quando o Direito Punitivo incide no campo do Direito Administrativo, há a transformação “em Direito Administrativo Sancionador (DAS)”, estando diretamente ligado ao conceito de sanção administrativa e podendo ser definido como: “a expressão do efetivo poder de punir estatal, que se direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado”¹⁶

Di Pietro, sabiamente, aponta que com isso ocorreu a expansão do Direito Administrativo:

[...] houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social.¹⁷

Observa-se, portanto, que o Direito Administrativo Sancionador é a ferramenta por meio da qual a Administração Pública impõe sanção.

O sistema da Improbidade Administrativa adotou os princípios do Direito Administrativo Sancionador, em especial o da legalidade, segurança jurídica e retroatividade da lei benéfica.

Com isso, o legislador preocupou-se em sinalizar no novo texto da Lei de Improbidade Administrativa a existência do Direito Administrativo Sancionador, bem como a sua aplicabilidade:

Art. 1º (*omissis*)

[...]

¹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁶ GONÇALVES, Benedito; GRILO, Renato César Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. Revista Estudos Institucionais, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>, acessado no dia 22/05/2022.

¹⁷ Pietro, Maria Sylvania Zanella D. Direito Administrativo. Disponível em: Minha Biblioteca, (35th edição). Grupo GEN, 2022.

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei **os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.**

[...]

Art. 17-D. **A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei**, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.¹⁸ (grifo nosso)

Essa nova redação atende a antiga reivindicação doutrinária em que sempre foi apontado e questionado o fato de que as ações de improbidade administrativa aplicavam sanções incomuns à outras ações de natureza civil, ensejando, portanto, tratamento procedimental diferenciado e peculiar, principalmente no que tange ao exercício do direito de defesa do réu e a aplicação de regras e princípios dos processos de natureza sancionatória.

Ao pontuar que a ação de improbidade é repressiva e de caráter sancionatório, o legislador deu a entender essa aproximação com as garantias constitucionais do Direito Administrativo Sancionador, deixando de lado as peculiaridades que antes permeavam a ação.

Tais garantias e princípios são encontrados nos mandamentos da Constituição que dizem respeito ao sistema de infrações e sanções administrativas, sendo os mesmos aplicáveis ao Direito Penal. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, podem ser aplicados, dentre outros, os seguintes princípios constitucionais no que diz respeito ao DAS:

Da proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI); do devido processo legal (art. 5º, LIV); da garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV); da presunção de inocência (art. 5º, LVII.); da individualização das penas (art. 5º, XLV e XLVI); e da competência da autoridade punitiva (art. 5º, LIII).¹⁹

¹⁸ BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2021.

¹⁹ FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771837. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/>. Acesso em: 30 jun. 2023

Diante da aplicação desses princípios constitucionais, fica claro que é necessário assegurar àqueles que respondem pela prática de ato de improbidade administrativa todos os direitos e garantias para que o julgamento ocorra em estrita observância à legislação, sem abuso de poder ou represálias políticas. Para que o processo ocorra dentro dos ditames legais, é necessário, ainda a observância dos princípios que regem a administração pública e estão presentes no *caput* do art. 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

4. DIREITO PENAL E A NOVA LIA

Atualmente, não se pode estudar as alterações trazidas pela Lei de Improbidade Administrativa sem mencionar a influência que o Direito Penal teve nessa nova legislação.

Em que pese o conceito de crime doloso encontrar-se definido no art. 18 inciso I do Código Penal Brasileiro e já ser pacificado na doutrina as teorias adotadas pelo Código, é preciso salientar que no que diz respeito ao Direito Administrativo, em especial à Lei de Improbidade Administrativa, trabalhar com o elemento dolo passou a ser novidade, especialmente porque, neste caso, tratamos do dolo em sua espécie específica.

Defendem a maioria dos autores que o Código Penal brasileiro adotou as teorias da vontade e do assentimento (ou consentimento) e ambas coexistem no ordenamento penal do país.

Segundo Rogério Greco, para a teoria da vontade “dolo seria tão somente a vontade livre e consciente de querer praticar a infração penal, isto é, de querer levar a efeito a conduta prevista no tipo penal incriminador.”, já a teoria do assentimento (ou consentimento) dispõe que “atua com dolo aquele que, antevendo como possível o resultado lesivo com a prática de sua conduta, mesmo não o querendo de forma direta, não se importa com a sua ocorrência, assumindo o risco de vir a produzi-lo”²⁰.

Edgard Magalhães Noronha define o dolo como vontade livre e consciente:

Dois são, portanto, os elementos do dolo. A consciência há de abranger a ação ou a omissão do agente, tal qual é caracterizada pela lei, devendo igualmente compreender o resultado, e, portanto, o nexos causal entre este e a atividade desenvolvida pelo sujeito ativo. Age, pois, dolosamente quem pratica a ação (em sentido amplo) consciente e voluntariamente.²¹

Quanto à espécie do dolo, como já abordado neste trabalho, a alteração legislativa foi ainda mais precisa ao exigir a presença do dolo específico para

²⁰ GRECO, Rogério. Direito Penal Estruturado. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993412. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993412/>. Acesso em: 19 jun. 2023

²¹ NORONHA, E. Magalhães. Direito penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. v. I. p. 155 e ss

configuração de ato ímprobo. Diante disso, faz-se necessário consultar a legislação atinente, a fim de entender o que significa dolo específico para o Direito Penal.

Segundo Rogério Greco, o dolo específico é “aquele em que no tipo penal podia ser identificado o que denominamos de especial fim de agir.”, ou seja, realizar o tipo com finalidade especial em mente. Temos como exemplo o artigo 319 do Código Penal (prevaricação), em que não basta “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”; é preciso que isso seja feito “para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

A doutrina penal tradicional diferencia, ainda, o dolo em direto e indireto. O dolo direto (ou dolo de primeiro grau) corresponde à vontade do agente dirigida especificamente à produção do resultado típico, abrangendo os meios utilizados para tanto. Já o dolo indireto é aquele em que o agente não tem a vontade dirigida a resultado determinado, porém vislumbra a possibilidade de ocorrência, de modo que apensar de não desejado, o resultado é admitido. Nesse contexto, Bittencourt conceitua dolo eventual, ao relatar que o mesmo acontece “quando o agente não quiser diretamente a realização do tipo, mas a aceita como possível ou até provável, assumindo o risco da produção do resultado (art. 18, I, in fine, do CP)”²².

4.1 A necessidade de comprovação do dolo na Lei nº 14.230/2021

Conforme discorrido anteriormente, a Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei nº 8.429/1992, trouxe a previsão expressa da necessidade da conduta dolosa para configuração de ato de improbidade administrativa. Entretanto, ponderam Daniel Neves e Rafael Oliveira:

É preciso lembrar que, a partir da reforma da LIA pela Lei 14.230/2021, **o dolo genérico não será, em nossa opinião, suficiente para caracterização da improbidade, exigindo-se a demonstração do dolo específico.** A exigência do dolo ou da má-fé é salutar para evitar a aplicação indiscriminada e desproporcional das sanções de improbidade. Isto porque, qualquer deslize administrativo, por menor que ele seja, poderia configurar violação ao princípio da legalidade, atraindo a incidência das sanções de improbidade, o que acarretaria

²² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

insegurança jurídica para os agentes públicos e a implementação da denominada “Administração Pública do medo.”²³ (grifo nosso)

Diante disso, faz-se necessário salientar que o dolo deve ser específico, conforme aduzido expressamente no art. 1º §2º da LIA em que determina que deve estar devidamente demonstrada a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

Anteriormente, já era pacificado na jurisprudência do STJ a possibilidade de dolo genérico no sentido de que “este, como sabido, verifica-se quando o agente realiza voluntariamente o núcleo do tipo legal, mesmo que ausente finalidade específica de agir”²⁴

Com o advento da Lei nº 14.230/2021 e as alterações por ela trazidas, passou-se a exigir a presença do dolo específico que, conforme ensina Guaracy Moreira Filho é a “vontade do agente dirigida a um fim, como abandonar recém-nascido para ocultar desonra própria; o fim de apropriar-se no esbulho possessório; de satisfazer interesse pessoal na prevaricação etc.”²⁵.

Diante dessas alterações, deixou de existir a modalidade culposa de improbidade administrativa, ainda que a culpa seja “grave” ou o erro seja “grosseiro”, conforme preconizava o art. 28 da LINDB: “O Agente Público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

Castilho cita que, a Lei nº 14.230/2021 de certa forma endossou a afirmativa que o STJ tem utilizado ao longo dos anos em suas decisões, de que a lei objetiva alcançar o administrador desonesto e não o administrador inábil²⁶. Logo, a intenção

²³ NEVES, Daniel Amorim A.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645367. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786559645367/>. Acesso em: 19 mai. 2023.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.275.469/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Sérgio Kukina. DJe 9/3/2015.

²⁵ FILHO, Guaracy Moreira. **Código Penal Comentado**, 6ª edição. Editora Rideel, 2017.

²⁶ CASTILHO, Paulo Roberto da Costa. **O dolo na improbidade administrativa: modernas teorias e nova legislação**. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento. Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3575> Acesso em: 28 de Julho de 2023.

desonesta por parte do agente deve estar inequívoca para eventual condenação por improbidade administrativa.

Em julgamento do Tema nº 1108, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou ao encontro do que preconiza a legislação no sentido de observância ao maior rigor trazido pela lei ao determinar a obrigatoriedade da presença do dolo específico para a caracterização do ato de improbidade. No mesmo julgamento, discorreu sobre o dolo específico “em que é necessário aferir a especial intenção desonesta do agente de violar o bem jurídico tutelado.”²⁷

A mesma corte já se posicionou²⁸ também no sentido de que “o dolo exigido para configuração de ato de improbidade administrativa não se presume”, dado o caráter punitivo da lei e a gravidade das sanções nela previstas. É apenas a partir do momento em que são inseridos em 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.

Quanto ao posicionamento do STF, em sede de julgamento de Recurso Extraordinário com Agravo, Tema 1199²⁹, foram fixadas quatro teses de repercussão geral, a fim de uniformizar a interpretação jurisprudencial acerca da aplicação das alterações na Lei de Improbidade Administrativa. Uma dessas teses é a de que se faz necessária a comprovação da responsabilidade subjetiva, tal seja o dolo do agente, para tipificação dos atos de improbidade administrativa em conformidade com os artigos 9º, 10 e 11 DA LIA.

Portanto, conclui-se que inicialmente é necessário verificar a presença simultânea de consciência de estar cometendo ato ímprobo; vontade livre e consciente de cometê-lo; e finalidade de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. Com a utilização desses três parâmetros é possível verificar se a conduta poderia ser enquadrada como de improbidade administrativa ou não, tendo em vista a necessidade da observância dos requisitos presentes na lei.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.930.054/SE. Primeira Seção. Rel. Min. Gurgel de Faria. D.j 11.05.2022. Dje, de 24.05.2022

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 939.118/SP 2007/0071082-0. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. D.j 15.02.2011. DJe de 01/03/2011.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 843989. Pleno. Rel. Ministro Alexandre de Moraes. D.j 18.08.2022. DJe nº 251, de 09.12.2022.

No que diz respeito ao nepotismo cruzado, a dificuldade de comprovação da presença do dolo específico é ainda maior, tendo em vista que além da comprovação da intenção de agir com finalidade ilícita, é preciso comprovar também a existência de prévio ajuste entre os agentes nomeantes, ou a prática de nomeações recíprocas.

Temos como definição que o nepotismo cruzado é aquele em que o agente público nomeia pessoa ligada a outro agente público, enquanto a segunda autoridade nomeia outra pessoa ligada por vínculos de parentescos ao primeiro agente público, como troca de favores, também entendido como designações recíprocas.

O TJCE já manifestou exatamente no sentido de que é necessária a existência de ajuste prévio ou reciprocidade nas nomeações para que esteja configurado o nepotismo cruzado:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CANDIDATA APROVADA EM PROCESSO SELETIVO DE CONTRATAÇÃO SIMPLIFICADA/TEMPORÁRIA. PARENTE DE VEREADOR (IRMÃ). FUNÇÃO DE AUXILIAR ADMINISTRATIVO JUNTO AO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. SUPOSTO NEPOTISMO CRUZADO. NÃO EVIDENCIADO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO STF. PRÉVIO AJUSTE OU PRÁTICA DE NOMEAÇÕES RECÍPROCAS NÃO COMPROVADOS. REEXAME CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. 1.A vedação ao nepotismo decorre diretamente do próprio texto constitucional, em observância aos princípios dispostos no art. 37 da Carta Magna, especialmente o da "impessoalidade", "moralidade administrativa" e "eficiência", sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante nº 13, **sendo necessária, para configuração do denominado "nepotismo cruzado", a comprovação do prévio ajuste ou prática de nomeações recíprocas**. 2.Na hipótese, o simples fato da parte autora, irmã de um vereador, ocupar a função de Auxiliar Administrativo junto ao Poder Executivo Municipal, após aprovação em processo seletivo de contratação simplificada (temporária), não configura nepotismo, notadamente quando ausente prova de prévio ajuste ou prática de nomeações recíprocas, métodos que caracterizam o denominado "nepotismo cruzado", razão pela qual conclui-se que restou configurada violação ao direito líquido e certo da impetrante. 3.Reexame necessário conhecido e não provido. Sentença ratificada. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos em que figuram as partes indicadas, ACORDA a 1ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da remessa necessária, para negar-lhe provimento, nos

termos do voto do relator. Fortaleza, 23 de maio de 2022. DES. JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA Relator. ³⁰ (grifo nosso)

Na mesma linha, o TJSP entende sobre a necessidade de haver evidências nos autos do processo que comprove que o objetivo da nomeação é a troca de favores, ou possibilidade de interferência nos assuntos do respectivo órgão:

Apelação Cível – Administrativo – Mandado de Segurança – Impetração com o fim de afastar a pretensão da Câmara Municipal de Taubaté de exonerar o ocupante do cargo em comissão de assessor técnico parlamentar em razão de suposto nepotismo cruzado – Sentença concessiva da ordem – Remessa necessária e recursos voluntários do Ministério Público e da Câmara Municipal – Desprovidimento de rigor – **Não se constatam nomeações recíprocas, tampouco havendo evidências de que o objetivo do ato tenha sido futura troca de favores ou mesmo franquear interferência** nos assuntos da Câmara em razão da presença de parente do Diretor do Departamento de Defesa do Cidadão – O impetrante e seu genitor estão incumbidos de funções em poderes diferentes, um no Legislativo e o outro no Executivo, com atribuições específicas a cada cargo, sem qualquer dependência, hierarquia ou subalternidade – A hipótese de nepotismo cruzado não restou comprovada – Precedentes desta Corte – R. sentença mantida – Recursos desprovidos.³¹ (grifo nosso)

4.2 Divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à exigência do dolo específico e do dolo genérico

Diversos Tribunais de Justiça já se manifestaram no sentido de que para que esteja configurado ato de improbidade administrativa é necessária a presença do dolo específico, e não apenas do dolo genérico, como anteriormente já era pacificado na doutrina e na jurisprudência, antes das modificações trazidas pela Lei nº 14.230/2021.

Assim posicionou-se a Primeira Câmara de Direito Público e Coletivo do TJMT:

RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – EX PREFEITO – AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO

³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Remessa Necessária Cível: 00052175620178060108 Jaguaruana. 1ª Câmara de Direito Público. Rel. José Tarcílio Souza da Silva. D.j 23.05.2022. Dje de 23.05.2022

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 10017461920218260625 SP 1001746-19.2021.8.26.0625. 6ª Câmara de Direito Público. Rel. Sidney Romano dos Reis. D.j 11.08.2022. Dje:11.08.2022

NA EXECUÇÃO DAS OBRAS PÚBLICAS – ATO QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA LEI Nº 14.230/2021 – RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA – EXIGÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DO APELANTE DE ALCANÇAR O RESULTADO ILÍCITO TIPIFICADO NO ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.429/92 – CONDUTA ÍMPROBA NÃO CONFIGURADA – RECURSO DE ANTÔNIO DE ANDRADE JUNQUEIRA PROVIDO – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO. 1. **A Lei nº 14.230/2021, alterou diversos dispositivos da Lei nº 8.429/92, passando a exigir o dolo específico para a configuração dos atos de improbidade administrativa, além de modificar critérios de dosimetria da pena e aspectos processuais.** (...) 4. Não tendo sido demonstrado, no bojo da Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa, quaisquer elementos que evidenciem a existência de dolo, vontade livre e consciente do apelante de alcançar o resultado ilícito tipificado no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, impõe-se a improcedência da demanda.³² (grifo nosso)

Na mesma linha, manifestou também o TJMG:

EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE - DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR - NORMA MATERIAL - RETROATIVIDADE BENÉFICA - NORMA PROCESSUAL - APLICABILIDADE IMEDIATA - ATOS QUE IMPORTARAM EM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E PREJUÍZO AO ERÁRIO - VEREADOR - INDENIZAÇÕES DE VIAGENS NÃO RELACIONADAS AO MANDATO ELETIVO - PROVA INSUFICIENTE - ATOS IMPROBOS NÃO CARACTERIZADOS. 1. O princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado no âmbito do direito administrativo sancionador, fazendo retroagir as alterações materiais introduzidas pela Lei nº 14.230/21, em benefício dos réus, na ação de improbidade administrativa. 2. As normas processuais orientam-se pela teoria dos atos isolados, pelo que os atos processuais são analisados separadamente, permitindo determinar a lei que os rege. 3. **A partir da Lei nº 14.230/21, o elemento subjetivo necessário à configuração da improbidade administrativa é o dolo específico, isto é, a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado.**³³(grifo nosso)

É notável que a exigência do dolo específico ensejará menos ações de improbidade administrativa do que quando era necessária apenas a comprovação do dolo genérico, e isso é perceptível exatamente pela dificuldade que se dará a

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. TJMT 00012960620138110039 MT. 1ª Câmara de Direito Público e Coletivo. Rel. Gilberto Lopes Bussiki. D.j: 17.11.2021, Dje: 02.12.2021

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10116160017749001 Campos Gerais. 19ª Câmara Cível. Rel. Carlos Henrique Perpétuo Braga. D.j: 14.07.2022. Dje de 21.07.2022

demonstração de que houve, por parte do agente, o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outrem.

A dificuldade fica ainda maior a partir do momento em que a lei exige a “lesividade relevante ao bem jurídico tutelado”. Como relevância é um juízo de valor, a discussão entra em um campo totalmente subjetivo e submete-se a opiniões individuais acerca da “relevância.”

Quanto ao nepotismo, em seu §5º, o art. 11 da LIA exige a previsão de que para se configurar nepotismo é preciso que se persiga fim ilícito:

Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente.³⁴

Fica claro que os parágrafos 1º e 5º do art. 11 da LIA estabelecem que a configuração do ato ímprobo depende da comprovação da intenção do agente público de obter proveito ou benefício indevido em decorrência da prática do ato, além do dolo específico, de forma que a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandado eletivo não configura, por si só, ato ímprobo, sendo necessário que a nomeação esteja permeada com finalidade especial, ilícita.

Entretanto, não obstante o posicionamento de doutrinadores e de Tribunais de Justiça, existe parcela minoritária da doutrina que entende que, nos casos dos atos de improbidade que atentam contra princípios da Administração Pública, não seria necessária a comprovação de dolo específico, mas apenas do dolo genérico, conforme ensina Celso Spitzcovsky:

(...) se admite aqui tão somente a modalidade dolosa para a configuração do ato de improbidade administrativa, conforme o entendimento já pacificado no nível do STJ, segundo o qual os atos relacionados nesse dispositivo necessitam apenas da configuração de dolo genérico, não sendo necessária a comprovação de dolo específico.³⁵

³⁴ BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em 05.06.2023

³⁵ SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo**. (Coleção Esquematizado®). São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627130. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627130/>. Acesso em: 14.07.2023.

Em sua obra, o mesmo autor colacionou entendimento do STJ e do TJRJ no sentido de desnecessidade da demonstração do dolo específico, bastando apenas o genérico: “A orientação jurisprudencial sedimentada no Superior Tribunal de Justiça estabelece que a configuração do ato de improbidade por ofensa a princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico”³⁶

Apesar de várias decisões em sentido contrário, ou seja, no sentido da exigência de demonstração do dolo específico, de fato há posicionamentos da corte superior no sentido da não dependência do dolo específico para configuração do ato ímprobo: “Contra esse entendimento, o STJ tem decidido que a configuração de conduta descrita no art. 11 não depende de dolo específico e tampouco de prova de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito do agente”³⁷.

Portanto, fica claro que a questão da exigência do dolo genérico ou específico para que esteja configurada a improbidade administrativa ainda não é algo pacificado, seja na doutrina, seja na jurisprudência, de modo que é possível em determinado caso concreto a admissibilidade da conduta como ímproba apenas provando o dolo genérico, mas pode ser que haja a exigência da demonstração do dolo específico para que haja prosseguimento da ação.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.573.026/SE 2015/0310993-3. Segunda Turma. Rel. Min. Og Fernandes. D.j. 08.06.2021. DJe 17.12.2021

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp 1.589.195/SP. 1ª Turma do STJ. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJe 10.6.2021

5. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, é possível concluir que as modificações na LIA introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 foram feitas com o intuito de proporcionar maior segurança jurídica aos agentes públicos, tendo em vista que foi afastada a possibilidade de configuração do ato de improbidade administrativa pela ocorrência de danos causados por imprudência, imperícia ou negligência. No que diz respeito ao nepotismo, a positivação foi de suma importância, tendo em vista que anteriormente o único instrumento normativo utilizado para regulamentação era a Súmula Vinculante nº 13 que, por sua vez, não previa nenhum tipo de sanção para a prática do ato, de modo que era cabível ao judiciário, em Ação Civil Pública, determinar a abrangência do ato e a sua consequente sanção.

Em que pese a positivação, por outro lado, a comprovação de que o ato configura improbidade administrativa passou a apresentar maior dificuldade, tendo em vista a necessidade de comprovação da existência de dolo específico. Apesar de alguns autores manifestarem no sentido da aceitação da comprovação do dolo apenas genérico, o posicionamento majoritário é pela exigência de demonstração do dolo específico, em que é preciso comprovar a vontade do agente de praticar a conduta, com especial finalidade, nesse caso do nepotismo, seria a de obter vantagem ou qualquer tipo de favorecimento.

Além disso, a Lei nº 14.230/2021 trouxe a previsão de que os atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da administração pública exigem a demonstração da lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento, que é o caso do nepotismo. Desse modo, tendo em vista que a expressão “relevância” apresenta caráter subjetivo e necessita de juízo de valoração para que seja determinado, é possível concluir que essa demonstração ficará totalmente a cargo do órgão julgador, que se incumbirá de apreciar como relevante ou não o ato praticado, o que faz com que, apesar de ter trazido rol taxativo dos atos que configuram improbidade administrativa, ainda assim a lei deixou, em partes, nas mãos do magistrado determinar se há ou não a configuração do ato ímprobo.

Analisando por outro viés, é possível concluir também que essa previsão veio no intuito de evitar a judicialização excessiva, de modo a afastar os casos de pequena

lesividade de apreciação do judiciário, deixando que sejam tratados apenas na esfera administrativa.

Quanto à adoção dos princípios do DAS para regular a ação de improbidade administrativa, observa-se preocupação do legislador no sentido de limitar o poder punitivo estatal e garantir a observância das garantias constitucionais do Direito Público Sancionador.

Ressalta-se, também a importância de afastar o tratamento diferenciado e peculiar que permeava as ações de improbidade administrativa, que anteriormente aplicava sanções incomuns a outras ações de natureza civil, tendo sido de extrema relevância essa padronização para a aplicação das regras procedimentais, a fim de garantir a ampla defesa e contraditório do réu, além da aplicação das regras e princípios comuns aos demais processos de natureza sancionatória.

Portanto, apesar das inúmeras críticas tecidas às alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021 à Lei de Improbidade Administrativa, em especial no que tange à positivação do nepotismo, infere-se que essas alterações proporcionarão maior segurança jurídica e movimentação da máquina judiciária apenas para as questões que de fato merecem atenção e são passíveis de sanções, trazendo, ainda, segurança aos agentes públicos ao praticarem seus atos, principalmente no que diz respeito às nomeações realizadas, ressaltando que para que esteja configurado o nepotismo é necessário que a nomeação possua finalidade específica e ilícita e que haja no agente nomeante a intenção de transgredir a lei.

6. REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 1921**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em 05.06.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp 1.589.195/SP. 1ª Turma do STJ. Rel. Min. Benedito Gonçalves. DJe 10.6.2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AIA 30/AM. Corte Especial do STJ. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJe 28/9/2011

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.930.054/SE. Primeira Seção. Rel. Min. Gurgel de Faria. D.j 11.05.2022. DJe, de 24.05.2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 939.118/SP 2007/0071082-0. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. D.j 15.02.2011. DJe de 01/03/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.275.469/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Sérgio Kukina. DJe 9/3/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.573.026/SE 2015/0310993-3. Segunda Turma. Rel. Min. Og Fernandes. D.j. 08.06.2021. DJe 17.12.2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12/DF. Pleno, Relator Min. Carlos Britto. D.j. 20.08.2008. DJe 237, de 18.12.2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 843989. Pleno. Rel. Min. Alexandre de Moraes. D.j 18.08.2022. DJe nº 251, de 09.12.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 13**. Nepotismo. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1227#:~:text=ATO%20NORMATIVO%20QUE%20%E2%80%9CDISCIPLINA%20O,1>
Acesso em 13.06.2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 18.564/SP. 2ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. D.j 23.02.2016. DJe 03.08.2016

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Remessa Necessária Cível: 00052175620178060108/Jaguaruana. 1ª Câmara de Direito Público. Rel. José Tarcílio Souza da Silva. D.j 23.05.2022. DJe de 23.05.2022

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10116160017749001/Campos Gerais. 19ª Câmara Cível. Rel. Carlos Henrique Perpétuo Braga. D.j: 14.07.2022. Dje de 21.07.2022

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. TJMT 00012960620138110039/MT. 1ª Câmara de Direito Público e Coletivo. Rel. Gilberto Lopes Bussiki. D.j: 17.11.2021, Dje: 02.12.2021

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL: 10017461920218260625/SP 1001746-19.2021.8.26.0625. 6ª Câmara de Direito Público. Rel. Sidney Romano dos Reis. D.j 11.08.2022. Dje:11.08.2022

CAMINHA, Pero Vaz de. Carta a El Rey D. Manuel. Edição do S. D., Rio de Janeiro, 1939. Disponível em http://etnolinguistica.wdfiles.com/local--files/biblio%3Acaminha-1939-carta/Caminha_1939_CartaAEIReiDManuel.pdf Acesso em 28.07.2023

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito administrativo**. – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

FILHO, Guaracy Moreira. **Código Penal Comentado**, 6ª edição. Editora Rideel, 2017.

FILHO, José dos Santos C. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559771837. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771837/>. Acesso em: 30 jun. 2023

GOMES, Laurentino. **1808 – Como Uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato César Guedes. **Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988**. Revista Estudos Institucionais, v. 7, nº 2, mai./ago. 2021, p. 468. Disponível em <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/636>, acesso em 22.05.2023.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788530993412. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993412/> Acesso em 19.06.2023

GULLO, Felipe Ramirez. **"Apagão das Canetas"**. FGV RIO. Dissertação de Mestrado. 2022, p. 10

JUSTEN, Marçal. **Reforma da Lei de Improbidade Administrativa - Comparada e Comentada**, 1ª edição, Português: Editora Forense, 25 novembro 2021

NEVES, Daniel Amorim A.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. **Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645367. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645367/> Acesso em: 19.05.2023.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1967. v. I. p. 155 e ss

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Pietro, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (35th edição). Grupo GEN, 2022.

Pietro, Maria Sylvia Zanella D. **Direito Administrativo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (35th edição). Grupo GEN, 2022.

ROZAS, Luiza. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionabilidade administrativa**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 191-201, Janeiro-Fevereiro/2019

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo. (Coleção Esquemático®)**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627130. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627130/> Acesso em: 14.07. 2023.