

A interpretação sistemática das condutas tipificadas penalmente como atos de improbidade administrativa

Autores:

Antônio Sérgio Rocha de Paula

Daniel de Sá Rodrigues

Davi Reis S. B. Pirajá

Síntese Dogmática da Proposição:

A conduta dolosa do sujeito ativo tipificada criminalmente constitui também ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, mesmo que não produza danos ao erário ou enriquecimento ilícito dos agentes públicos.

Fundamentação, Exposição ou Justificativa:

As condutas praticadas por agentes públicos no exercício da função e tipificadas penalmente devem ser enquadradas como atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública. Considerar essa mesma conduta como indiferente na esfera da improbidade administrativa constitui interpretação assistemática e inconstitucional do ordenamento jurídico.

Segundo a Nota Técnica n.º 01/2024 do CNPG, as condutas praticadas pelos sujeitos ativos da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92, arts. 2º e 3º) que constituem crimes, ainda que não sejam objeto de tipificação específica no âmbito do direito administrativo sancionador, são aptas a configurar atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (Lei n.º 8.429/92, art. 11).

Isso porque o sistema jurídico deve ser coerente como um todo. Não é racionalmente justificável que determinada conduta seja reprimida pelo meio mais gravoso disponível ao Estado devido ao reconhecido valor do bem jurídico tutelado (princípio da fragmentariedade) e, ao mesmo tempo, não haja qualquer sanção no âmbito administrativo-sancionador se a mesma ação ou omissão for praticada por agente público no exercício de sua função¹.

As normas que compõem determinado ordenamento jurídico, ainda que de mesma hierarquia, devem ser coerentes entre si². Não é justificável que o sistema jurídico sancione determinada conduta com seu instrumento mais gravoso e restritivo e, ao mesmo tempo, convalide um regime repressivo autônomo de completa ausência de tutela.

Esta contradição se torna ainda mais evidente quando analisada sob a perspectiva da compatibilidade vertical da norma, considerando-se que a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 4º, impôs ao legislador a obrigação de punir atos de improbidade administrativa, “sem prejuízo da ação penal cabível”. Trata-se de

¹ “Observa-se, portanto, que a taxatividade das hipóteses previstas no art. 11 da Lei n. 8.429/92 proporcionará um contexto de impunidade de condutas de flagrante violação à lei, bem como uma possível teratologia sistêmica, ocasionada pela possibilidade de enquadramento de uma conduta como crime (ultima ratio do sistema jurídico) e fato atípico na seara da improbidade, que, em tese, é uma esfera menos gravosa de que a criminal.” (PAULINO, Galtieno da Cruz; GUALTIERI, Lucas de Moraes. Art. 11. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa - interpretação constitucional em consonância com a eficácia jurídica e social (org. PAULINO, Galtieno da Cruz, et. al.). Salvador: Juspodivm, 2024, p. 199 – grifos nossos).

² Conforme sustenta Ronald Dworkin, a coerência “exige que os diversos padrões que regem o uso estatal da coerção contra os cidadãos sejam coerentes no sentido de expressarem uma visão única e abrangente da justiça”. Para o jurista estadunidense, “o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de decisões políticas, e que, portanto, justificam a coerção (O Império do Direito (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 163).

uma opção legítima do constituinte originário de submeter o agente público que pratica conduta ímproba — e todo aquele que o auxilia — a um duplo regime sancionatório, “no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência”³.

Mantida a interpretação restritiva do art. 11, caput, da Lei n.º 8.429/92, diversas condutas penalmente típicas restariam absolutamente excluídas do âmbito da tutela da probidade administrativa⁴.

A título exemplificativo, citam-se os seguintes julgados do TJMG, considerando atípicas as seguintes condutas em razão da taxatividade do rol do art. 11 da LIA: tortura de adolescentes apreendidos (AC n.º 1.0000.22.202858-1/001. DJ 28.04.2023); agressão a detentos pelo diretor do presídio (AC n.º 1.0153.15.003751-0/001. DJ 03.05.2023); exigência propina e falta de prática de ato de ofício por servidor (AC n.º 1.0000.22.097331-7/001 DJ 03.03.2023); advogado que atua também como procurador do município na mesma ação (AC n.º 1.0000.22.002994-6/001. DJ 09.02.2023); uso indevido por servidor do banco de dados da administração (AC n.º 1.0000.22.165005-4/001. DJ 10.03.2023); descumprimento de ordem judicial (AC n.º 1.0000.21.253067-9/001. DJ 30.01.2023); descumprimento de requisições do MP (AC n.º 1.0000.21.137948-2/001. DJ 27.04.2023); contrato verbal com a administração (AC n.º 1.0105.11.034374-3/001. DJ 25.04.2023); contratação pelo prefeito com empresa de parente (AC n.º DJ 1º.06.2023) entre outros.

Fundamentos Jurídicos:

- Constituição Federal de 1988, artigo 37, § 4º.
- Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), artigos 2º, 3º e 11

Referências Bibliográficas:

- Nota Técnica n.º 01/2024 do CNPG.

Conclusão Objetiva:

Mantida a interpretação restritiva do art. 11, caput, da Lei n.º 8.429/92, diversas condutas penalmente típicas restariam absolutamente excluídas do âmbito da tutela da probidade administrativa. Exemplos disso incluem casos de tortura de adolescentes apreendidos, agressão a detentos pelo diretor do presídio, exigência de propina sem recebimento da vantagem indevida, entre outros.

Assim, o art. 11, “caput”, da Lei n.º 8.429/92, deve ser interpretado conforme a Constituição, para que a conduta penalmente típica praticada pelo agente público no exercício das funções ou em razão dela seja compreendida também como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. Isso evita a validação de decisão política incoerente com o ordenamento supralegal (Convenção de Mérida) e constitucional.

³ STF, RE n. 976.566, rel. min. Alexandre de Moraes, Plenário, j. 26/9/2019

⁴ No mesmo sentido, vide: ROCHA, Antônio Sérgio de Paula, et. al. Afinal, tortura ainda é considerada improbidade administrativa? CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mai-14/afinal-tortura-ainda-e-considerada-improbidade-administrativa/#:~:text=Em%20resposta%20%C3%A0%20pergunta%20que,considerado%20ato%20de%20improbidade%20administrativa.>