



Alteração da LINDB e reflexos na punição por atos de improbidade

30/12/2019

Nos últimos anos, tem crescido no país a atuação dos órgãos de controle e combate à corrupção no serviço público, seja no âmbito das instâncias judiciais, seja no contexto do controle externo exercido pelas Cortes de Contas. Foi nesta conjuntura que a operação lava-jato rompeu barreiras e inaugurou um novo paradigma de Justiça Criminal, ainda muito novo e em amadurecimento, no qual criminosos do “colarinho-branco” são condenados e efetivamente cumprem suas longas penas de prisão, afora os vultosos valores desviados dos cofres públicos já recuperados.

Malgrado todas as críticas à operação, os resultados alcançados não têm precedentes em terras brasileiras, que guarda no pobre, mormente o afrodescendente, a clientela primordial do sistema penal. Longe de advogar por uma “seletividade às avessas”, é certo que vivemos um momento de transformação, que aponta de modo indelével na direção de uma cada vez mais consistente e inquebrantável atuação pública contra a corrupção.

Sem prejuízo, não se pode negar que o novo é sempre claudicante, tomado por avanços e retrocessos, como todo o processo de edificação. Nada nem ninguém nasce maduro. Trata-se de um curso contínuo de aperfeiçoamento e aprendizado, que inevitavelmente incide em falhas no meio do caminho. Algumas vezes, em falhas graves. Algo precisa ficar claro a todos aqueles que têm verdadeiro compromisso com o avanço da luta contra a degradação administrativa: é preciso aprender com os erros.

Neste cenário, muitos gestores públicos Brasil afora têm se confessado temerosos na lida administrativa diária, alegando que atos e condutas próprias da gestão pública deixam de ser efetivadas por medo de qualquer reação excessiva dos órgãos de controle. Afirmam-se intimidados, deixando de proceder a licitações, contratações, dentre outras atividades imprescindíveis ao interesse público em virtude do assombro da responsabilização desmedida. Cuida-se do que se convencionou chamar de *“apagão das canetas”*.

Imbuídos deste discurso, setores ligados à administração pública emplacaram com os seus representantes legislativos a Lei nº 13.655/2018, publicada no dia 25 de abril de 2018. Segundo sua ementa, a novel legislação tem o declarado objetivo de conferir *“segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”*, criando uma série de mecanismos de proteção ao gestor através do acréscimo de novos artigos na LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A novel legislação foi motor de intensa discussão, havendo quem defendesse, à época, seu integral veto, por obstaculizar o combate à corrupção. Para outros, não obstante, a lei não impede a punição do mal administrador, mas protege o probo de eventuais arroubos autoritários das instâncias de controle.

Não é objetivo deste texto discutir o acerto da reforma legislativa, sem olvidar, contudo, que o reclamo merece, no mínimo, reflexão: a ninguém interessa afastar da coisa pública os bons gestores, aqueles que de fato querem ver florescer os direitos sociais e colaborar com a felicidade comum, mas que acabam dela se afastando pelo clima de caça-as bruxas que pode, em algumas ocasiões, implantar-se.

A finalidade aqui é pôr em debate o sentido e alcance do novo artigo 28 da LINDB, incluído pela Lei nº 13.655/2018, segundo o qual “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”, analisando suas eventuais repercussões na previsão contida no artigo 10, *caput*, da Lei 8.429/92.

Desde a promulgação da Lei nº 13.655/2018, muitas vozes têm emergido na defesa da tese de que o novo artigo 28 da Lei nº 4.657/42 (LINDB) derogou o *caput* do artigo 10 da Lei nº 8.429/92, na parte em que este prevê que os atos de improbidade administrativa causadores de lesão ao erário podem ser praticados de forma culposa.

É cediço que, para além da previsão legal, os Tribunais Superiores têm o entendimento consolidado de que a improbidade lesiva aos cofres públicos prescinde da prova do dolo, bastando a demonstração de culpa simples, diferentemente das tipificações assentadas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito), 10-A (concessão, aplicação ou manutenção ilegais de benefício financeiro ou tributário) e 11 (violação de princípios administrativos) da Lei nº 8.429/92, que exigem a vontade consciente para a prática do ato^[1].

Neste sentido, a redação dada ao artigo 28 da lei civil introdutória teria revogado parcialmente a previsão da culpa simples em casos tais, ao exigir de forma genérica que a responsabilização do gestor seja fundamentada em prova do dolo ou de “erro grosseiro”. Esta última expressão, “erro grosseiro”, é sinônima de “culpa grave”, que, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, representa a “*conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam*” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva. 3ª Edição).

Agora, consoante os partidários da tese, somente seria possível punir-se o ato de improbidade administrativa do artigo 10 da LIA mediante a prova do dolo ou da culpa grave, porquanto a Lei nº 13.655/2018, em que pese genérica, é posterior à Lei nº 8.429/92, aplicando-se aqui o critério cronológico para a solução da aparente antinomia.

Manifestamente, não se trata da posição mais acertada, inobstante a respeitabilidade e estatura dos seus patronos.

Inicialmente, de extrema pertinência as observações de Landolfo Andrade^[2], no sentido de que o artigo 28 da LINDB não é aplicável a qualquer agente público, mas somente àqueles que praticam atos decisórios ou emitem opiniões técnicas, quando assim agirem. Trata-se da literalidade do dispositivo legal. Nesta esteira, viria a novidade legislativa ao encontro do respaldo ao gestor quando de sua atuação baseada em conhecimentos e critérios técnicos, sem vinculação legal, porquanto não é razoável que a simples diferença de opinião gere punição^[3].

Feito o recorte acima, resta saber se, mesmo nestes casos, o requisito da verificação de dolo ou culpa grave (erro grosseiro) estende-se à punição por atos de improbidade administrativa, ou se fica limitado a outros foros de responsabilização, como o administrativo, o político e o controlador (Tribunais de Contas).

A conclusão pela derrogação tácita do elemento “culpa” contido no caput do artigo 10 da Lei nº 8.429/92 em face da simplória aplicação do critério cronológico é apressada e não atende na completude à teorização das antinomias e seus caminhos de solução proposta por Norberto Bobbio na clássica obra “Teoria do Ordenamento Jurídico”.

Indene de dúvidas que, de fato, há uma aparente colisão entre as previsões constantes nos dispositivos em comento: o novo artigo 28 da LINDB, a exigir erro grosseiro, e o artigo 10 da LIA, a reclamar tão somente a culpa simples. O sistema jurídico, nada obstante, deve ser uno, consistente e racional, de sorte que, havendo antinomias, também chamadas de “lacunas de conflito”, faz-se necessário o emprego dos três critérios idealizados por Bobbio: o cronológico, o da especialidade e o hierárquico.

Flávio Tartuce preleciona que, destes critérios, *“o cronológico, constante do art. 2º da LICC, é o mais fraco de todos, sucumbindo frente aos demais. O critério da especialidade é o intermediário e o da hierarquia o mais forte de todos, tendo em vista a importância do Texto Constitucional, em ambos os casos”*[4]

Neste diapasão, ganha relevância a classificação que divide as lacunas de conflito entre antinomias de 1º grau e antinomias de 2º grau. No primeiro caso, apenas um dos três critérios acima é suficiente para a solução de um conflito aparente de normas. No segundo, necessária se faz uma conjugação de critérios, a fim de constatar-se, a depender da força de cada um, qual deles deve prevalecer no caso concreto.

O conflito aparente (porque solucionável de acordo com as meta-regras criadas por Bobbio) entre o artigo 28 da LINDB e o artigo 10, caput, da Lei nº 8.429/92 envolve dois critérios: o cronológico e o da especialidade. Ambas as normas estão no mesmo nível hierárquico, mas a lei de Improbidade Administrativa é especial em relação à previsão trazida pela Lei nº 13.655/2018, ao passo que esta é posterior àquela.

A hipótese não é outra senão a de prevalência do critério da especialidade. Mais uma vez, Tartuce: *“em um primeiro caso de antinomia de segundo grau aparente, quando se tem um conflito de uma norma especial anterior e outra geral posterior, prevalecerá o critério da especialidade, valendo a primeira norma”*[5]. Destarte, a saída do desacordo normativo dá-se pela aplicação do artigo 2º, §2º, da LINDB, não do §1º do mesmo preceito legal.

Deste modo, mantém-se incólume a interpretação que os Tribunais Superiores e a doutrina majoritária vinham aplicando na leitura do artigo 10, caput, da Lei nº 8.429/92: para a punição do ato de improbidade administrativa lesivo ao erário, basta a demonstração de dolo ou culpa simples.

[1] A exemplo das seguintes decisões: REsp 1.637.839/MT, rel. min. Herman Benjamin, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016; e AgRg no AREsp 654.406/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 04/02/2016.

[2] Disponível em <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/687668430/a-repercussao-do-artigo-28-da-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8429-92>.

[3] Também oportuna a advertência do autor de que o artigo 28 da LINDB deverá ser aplicado apenas à dimensão punitiva de responsabilização, estando excluído da sua dimensão ressarcitória, a partir de uma interpretação sistemática do artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

[4] Disponível em:

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ix7zpmr_2twJ:www.flaviotartuce.adv.br/assBR&ct=clnk&gl=br

[5] Idem.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-dez-30/mp-debate-alteracao-lindb-reflexos-punicao-atos-improbidade/>