



Received:
September 29, 2022

Accepted:
October 28, 2022

Published:
October 31, 2022

Administrative Impropriety Law and the mandatory protection of the public manager in the implementation of public policies guaranteeing fundamental rights under the neo constitutionalism view

Luiz Gustavo Saboya de Castro Mota¹ , Agenor Leandro de Sousa Filho² 

¹ Federal University of the Jequitinhonha and Mucuri Valleys, Teófilo Otoni, Brazil.

² Regional University of Cariri, Crato, Brazil.

Email address

castro.gustavo@ufvjm.edu.br (Luiz G.S.C. Mota) – Corresponding author.

agenor.leandro@gmail.com (Agenor L. Sousa Filho)

Abstract

Through bibliographical, documental, and jurisprudential research of applied nature, the present study aims to prove the public manager's framing in the Administrative Misconduct Law, in his eventual denial of the realization of the fundamental rights foreseen in the Federal Constitution through public policies. The problem is the lack of discretion of the Public Manager in implementing measures to protect citizens from fundamental guarantees, which, otherwise, would offend both constitutional and public administration principles, such as efficiency, legality, and morality. Therefore, the constitutional character of the LIA is explained, as well as the sanctions provided for in its text, to prove that such omissions are considered acts of administrative improbity. Through jurisprudential research on the website of the Federal Supreme Court (STF), it is recognized, however, the absence of accountability in the omission of public policy implementation by the Public Manager, even though it is considered the negative in different typification's. It concludes, showing the Public Manager as a protagonist in the implementation of public policies, a true guardian of the citizen before a true Democratic State of Law.

Keywords: Impropriety. Public Manager. Fundamental rights. Public policy. Constitution.

1. Introdução

Atualmente, retomamos, na seara jurídica, um movimento de revalorização das normas constitucionais, buscando-se maior efetividade ao espírito das leis, em confronto à sua interpretação literal, mecanismos desgastados socialmente, tendo-se em vista os inúmeros confrontos das decisões judiciais com os valores morais e éticos. Neste contexto, a retomada atinge uma análise mais sensível às normas constitucionais que trazem a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, cobrando-se que elas sejam aplicadas diretamente pelos gestores públicos, atores legitimados pela coletividade para a administração social, vinculados obrigatoriamente às diversas normas legais.

Os direitos fundamentais descritos na carta magna brasileira possuem uma essência, que necessita ampla proteção, visto que representa o mínimo do direito ao cidadão e em caso de violação desse mínimo, a própria existência do direito em si é questionada. Ao voltarmos nossos olhos à Constituição, estamos num processo de proteção imponderável de direitos essenciais dos cidadãos, ao passo que criamos mecanismos de cobrança e punição aos agentes legitimados a efetivá-las.

Assim, um dos mecanismos legais de maior eficiência para a busca da tutela de efetivação de determinado direito fundamental baseia-se na persecução de um ente legitimado, através dos instrumentos hábeis para tal, a buscar a sanção em face do gestor público que se omitiu na efetivação de tal direito, através principalmente das ações

civis públicas, ao caso, baseadas no art. 17 da lei 8429/92, a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que apresentou reforma em 26 de outubro de 2021.

Tal perspectiva se baseia no fato de que inexistente discricionariedade do gestor público à implantação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. Trata-se de uma exigência da confiança depositada pela sociedade. Neste contexto, tal omissão insere-se na tipificação da improbidade administrativa, estando sujeita à sanção equivalente prevista na LIA.

Assim, o objetivo geral deste trabalho reside na identificação de que o direito fundamental constitucional obriga ao gestor público uma efetiva tutela administrativa e que tal inobservância pode ensejar ato de improbidade administrativa.

A improbidade Administrativa se caracteriza pela violação de princípios da administração pública, que podem ou não desfaltar o erário público sendo que na definição de Filho (2012), indica basicamente a violação ao princípio da moralidade, mas, por via oblíqua, vários princípios também são atingidos por ela. Sancionada em 1992 na breve, mas conturbada era Collor, a lei foi criada em virtude do amplo apelo da população após a redemocratização, vez inexistir um diploma legal que pudesse conter os atos atentatórios à moralidade administrativa.

Ainda que ocorra questionamentos, advogamos pela constitucionalidade da investigação e punição do gestor omissor baseada na LIA, considerando a inovação da Carta Magna brasileira de 1988 ao introduzir o ato de improbidade administrativa no capítulo referente à Administração Pública, pois antes disso já havia no direito positivo brasileiro a legislação prevendo sanções para os atos que importassem prejuízo para a Fazenda Pública e apropriação ilícita para o indiciado. Foi na CF/88 que se positivou no art. 37, o princípio da moralidade.

Assim vale a reflexão geral de que o gestor público está passível de sanção ao caso de omitir-se na implantação de políticas públicas que garantam os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

A mudança ocorrida na LIA em 2021 não impacta o entendimento constitucional de garantia de direitos fundamentais, ainda que se esforce na blindagem dos gestores e demais sujeitos ativos corruptos e corruptores da Administração Pública, ao obrigar ao legitimado a investigar e processar

casos dessa natureza comprovando documentalmente o dolo específico do gestor público na tipificação correspondente na LIA. Mattos (2021), advogado e vice-presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público defende que, no que se concerne aos princípios que relacionam a LIA com a Constituição Federal, a nova lei “manteve intacto o Direito Administrativo Sancionador Constitucionalizado”.

O novo texto cria um rol específico de situações do que podem caracteriza-se como atos de improbidade administrativa, ao contrário do anterior que também apresentava uma relação de atos tidos como ímprobos, mas obrigava sua íntima relação com os princípios constitucionais.

Numa primeira análise, é certa a ocorrência de regresso no combate às atuações dos gestores públicos ímprobos, principalmente se considerarmos a possibilidade de retroagir nos processos em curso, propostos sob a lei 8492/92, ou mesmo valer para os casos já julgados, em revisão.

A mudança na legislação da improbidade administrativa, ainda que não impacte essencialmente no tema proposto, lança um novo holofote acerca da importância do tema, vez que a análise da tutela administrativa dos direitos fundamentais, em especial por meio de políticas públicas, ainda é tímido dentro da jurisprudência e doutrina brasileira, sem contar que, é de interesse da sociedade brasileira, destinatária das ações promovidas pela Administração Pública eficiente, estar apta a acompanhar as possibilidades de investigação e sanção aos agentes públicos que se comportem em desacordo à essas diretrizes.

Nesse sentido, consideramos que ações civis públicas ou instrumentos distintos, baseadas na LIA contra o gestor público que se omitem na efetivação do núcleo essencial dos direitos fundamentais e constitucionais são mecanismos importantes na busca do aprimoramento da gestão pública, que não deve permitir reiteradas omissões na prestação de políticas públicas necessárias às garantias desses direitos fundamentais.

2 O caráter constitucional da lei de improbidade administrativa, sujeito ativo, sanções previstas e obrigatoriedade de realização de políticas públicas

A atuação da Administração Pública ganhou novo holofote especialmente após o advento da

Constituição Federal de 1988, que amarrou os preceitos administrativos às suas previsões, especialmente em seu art. 37, caput. A sociedade neoconstitucionalista tem exigido dos poderes constituídos comportamentos e comprometimentos não apenas de ordem legal, mas também moral e ética ao passo que os gestores legitimados têm o encargo da administração dos bens e serviços públicos que são destinados à exclusivamente atender as necessidades da sociedade.

Algumas condutas são de enorme agressão à administração pública, violando seus princípios, desfalcando o erário público e, principalmente afastando o cidadão de seus direitos mais elementares, ainda que garantidos constitucionalmente. Quando isso ocorre, temos um ato de improbidade administrativa.

É correto dizer que a LIA mantém alicerce constitucional, pois ela está em uso desde sua promulgação em 1992, sendo impossível sua existência e aplicação inconstitucional por tanto tempo, visto que a própria Constituição Federal introduziu de maneira inovadora o ato de improbidade administrativa no capítulo dedicado à Administração Pública, nascendo assim, depois dos anos de chumbo da ditadura brasileira, o princípio da moralidade administrativa, um reflexo dos novos tempos de preocupação com a ética e a transparência na administração pública e como combate à corrupção e a impunidade no setor público.

Moraes (2005) destaca os pontos apresentados pela Carta Magna brasileira como inovadores, por garantirem que máquina pública deverá atuar sempre prezando pelos princípios da moralidade, garantindo assim transparência na prestação de serviços à população, o autor ainda destaca que: [...] a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como vetor da atuação da administração pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público amoral ou imoral.

Da mesma forma, a própria constituição também ao mencionar improbidade administrativa cuida de apontar as sanções cabíveis, dispendo em seu art. 37§4º que os atos ímprobos “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” (Brasil, 2021). Observa-se sanções de

natureza civil, administrativa e penal, sendo que o agente ainda pode responder nas três esferas administrativas, além da cumulação das sanções previstas no próprio texto da LIA, notadamente nos arts. 9º ao 11, a saber:

Para Di Pietro (2013) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (hipótese de enriquecimento ilícito), a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivo fiscal ou creditício, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica de qual seja sócio majoritário.

Torna-se importante destacar para fins de melhor entendimento quem é o sujeito ativo capaz de cometer um ato de improbidade administrativa. A intenção do legislador foi enquadrar toda e qualquer pessoa que esteja de alguma forma envolvida no trato da coisa pública. Para Mello (2014), qualquer pessoa que cumpra uma função pública é agente público e, de alguma forma é gestor público, englobando chefes dos poderes executivo, ocupantes de cargos ou empregos públicos nos três poderes, servidores de autarquias, fundações governamentais, empresas públicas e sociedades de economia mista, concessionários e permissionários de serviços e obras públicas, os requisitados, contratados e até mesmo estagiários.

Nesse sentido é que aos agentes públicos concede-se uma espécie de poder, enquanto são os meios de consecução de uma finalidade – dever –, que deve ser empreendida segundo a previsão legal, o que Mello (2014) ilustrou “[...] como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.”

Essa força magnética entre o Estado e a legislação aduz que o agente público seja protagonista para o desenvolvimento de ações públicas que pretendam manter e aprimorar a sociedade e desta constatação exsurge o dever da Administração Pública edificar políticas públicas capazes de materializar principalmente os direitos fundamentais dos cidadãos.

3 Inexistência de discricionariedade do gestor público na implementação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais

No âmbito de seu encargo, o gestor público está diante de uma série de situações e encaminhamentos necessários a fim de cumprir seu dever perante a sociedade. No entanto sua atuação está eivada de limites e um deles é exatamente a

garantia dos direitos fundamentais. A noção tradicional de poder discricionário como sendo aquele que concede uma margem de escolha a agente público, o qual pode selecionar a opção e forma que considerar mais conveniente, já não é a mais adequada modernamente. Mello (2014), por sua vez caracteriza essa discricionariedade inserida no conceito de “liberdade” da seguinte forma:

[...] margem de “liberdade” que remanesce 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 legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Barboza e Kozicki (2012) identificaram que o Superior Tribunal de Justiça do Brasil (STJ) admitiu a possibilidade inclusive de controle judicial de políticas públicas, entendendo primeiramente que o gestor pode direcionar as verbas públicas conforme a necessidade de cada setor. No entanto, não há essa discricionariedade em não realizar uma política pública exigida constitucionalmente.

Ou seja, o gestor público não tem a liberdade de escolha sobre a efetivação ou não de políticas públicas que garantam a população acesso à saúde, educação, segurança, liberdade, igualdade, à justiça, entre tantos outros direitos, que são essenciais à dignidade humana. À título de exemplo, não se inclui no âmbito da discricionariedade do gestor público, manter um hospital em condições mínimas de atendimento à população de sua jurisdição, visto que sua omissão neste sentido representa negativa da garantia de acesso à saúde pública que no Brasil é caracterizada como direito fundamental garantido constitucionalmente, capaz de atrair a tutela do Poder Judiciário no que se refere a sanar tal omissão e responsabilizar os gestores por ato de improbidade administrativa.

Assim, a efetiva garantia dos direitos fundamentais é um limite à discricionariedade do gestor público, que mantém, no entanto, e, acertadamente, todas as liberdades de atuação concernentes à sua atividade vez que é papel deste e não do Poder Judiciário a tutela da administração pública. Importante salientar que como todo procedimento previsto na legislação, a atuação do

Poder Judiciário é condicionada ao esgotamento das vias administrativas de resoluções dessas omissões, com ampla possibilidade de justificativa e defesa, oportunizando-se a desconstituição da omissão por dolo ou culpa, comprovando-se o equívoco do ente denunciante e a manutenção dos deveres de moralidade, legalidade, lealdade institucional e honestidade que são inerentes à gestão pública.

Isso porque, a função do Ministério Público, como ente investigativo e denunciante, e, do próprio Poder Judiciário, julgador do eventual ato de improbidade administrativa, é a de aplacar a divergência sobre o enquadramento da LIA, tendo-se em vista não engessar a máquina pública. Para Neves e Oliveira (2018), o direito processual difuso escolhido na tramitação deve se relacionar diretamente com a LIA, considerando que ao final a verdadeira defesa “são dos interesses coletivos, através da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa”.

4 Procedimentos metodológicos

A metodologia aplicada ao presente estudo é a bibliográfica e documental, de base interpretativa e crítica, a partir de material já publicado, como doutrinas e teses na área do direito e da gestão pública, bem como decisões judiciais, leis, decretos, portarias e resoluções.

5 A negativa de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais do indivíduo como ato de improbidade administrativa

Da lavra de Derani (2004), política pública é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, destinadas a alterar as relações sociais existentes. Assim, o autor destaca que como tal, ela deve surgir a partir de uma construção normativa e coletiva proveniente das relações de poder entre Estado e Sociedade. Em decorrência, na definição proposta pela própria LIA em seu art. 11 (Brasil, 2021), constitui-se de ato improprio qualquer ação ou omissão que atenta contra os princípios da administração pública de maneira dolosa e que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

E quando se menciona legalidade, fatalmente abarca-se toda a legislação existente, principalmente aquelas do texto constitucional, sendo correto afirmar que não há forma mais grave

de ofensa à legalidade que omitir-se no cumprimento dos direitos mais relevantes, garantidos no mais importante texto legal, que é a Constituição. Somados à gravidade desta omissão, os direitos fundamentais guardam estreita relação com o princípio da dignidade humana, diretamente relacionado com o direito à formação e desenvolvimento adequados do indivíduo, ou seja, de todas as obrigações do gestor público, esta é a mais urgente e relevante.

É importante a lembrança de que a gestão pública é um ato voluntário da pessoa. Quando se assume um cargo ou se exerce uma função pública, o indivíduo trabalha com recursos, bens e patrimônio que não lhe são particulares, sendo obrigatório que, minimamente ele conheça e aplique as normas. Tal mister é tão significativo, que Silva (2012) avança no significado de “improbidade”, relacionando-o à “desonestidade”, “má índole”, “má conduta”, “a qualidade do homem que não procede bem”; “o transgressor das regras da lei e da moral”. Com efeito Chauí (2000), diz que a principal característica do homem público moral se refere à sua capacidade de avaliar as condutas, tomando determinadas decisões, responder por suas consequências, “tendo a capacidade para avaliar e pesar as motivações pessoais, as exigências feitas pela situação e o equilíbrio entre meios e fins.”

Desta forma, percebe-se que o agente público em um ato de omissão, pode não apenas mostrar-se transgressor legal como também demonstra incapacidade moral à gestão pública e somente com o advento da LIA é que se foi capaz de tipificar tal omissão a ponto de se sanar o desmazelo e punir o infrator. Mas ela mantém uma caracterização tão ampla que, conforme destacado, que não é apenas o desrespeito a uma norma prevista que pode ser alcançado por ela. Os deveres de lealdade e honestidade, subjetivos no universo jurídico, foram contemplados no que concerne à análise da omissão em estudo.

O gestor público, seja ele eletivo, efetivo ou comissionado deve lealdade à sociedade que o mantém. E desta lealdade surge o dever de honestidade, onde Osório (2013), preleciona que quebra a confiança pelo dever de lealdade institucional, existe um grau mais elevado de violação da moral administrativa, tendo em conta a ponderação dos deveres e, esta quebra precisa ser investigada, sanada e punida.

Justifica-se esta reflexão, absolutamente prevista na LIA vez que um ato ou até mesmo uma omissão do agente público poderá, mostrar-se dissonante com a moralidade administrativa, com a justiça social, dignidade, honestidade, lealdade e boa-fé que devem reger a atividade estatal. Um ato legal de dotação orçamentária à um hospital, ou à uma escola pode ser imoral se tal valor for usado para custear uma obra claramente desnecessária, para a compra de materiais inadequados ou mesmo para manutenção de empresas e funcionários comissionados para fins eleitorais.

E quando os recursos públicos existentes são legalmente dotados, mas não atendem às políticas públicas necessárias, estamos falando em omissão que atinge diretamente os direitos fundamentais em seu núcleo essencial. Ou seja, aos agentes públicos não são permitidos pela LIA prover apenas uma gestão formalmente legal, e sim uma gestão com aptidão ao alcance do melhor resultado possível, obrigando-se o gestor respeito ao princípio da eficiência, visto que a LIA é mecanismo que alça a gestão pública à competitividade da gestão privada.

No contexto já apresentado, evidencia-se que a omissão do gestor em aplicar a verba pública necessária à efetivação das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais, por qualquer motivo que seja, alcança o nível da imoralidade, deslealdade e ineficiência para com a sociedade, devendo ser sancionada em vista à previsão do art.11 da LIA.

Esta análise, no entanto, não foge a reforma da LIA consubstanciada na Lei 14.230/2021, que tem recebido várias críticas por supostamente enfraquecer as ferramentas de combate à má gestão pública, com certa razão. Atualmente, de forma subjetiva, exige a LIA entre seus artigos 9º e 11, dolo ou culpa na forma do art. 10. Não há em nenhum momento, menção à necessidade ou demonstração de intenção desonesta na conduta do gestor público, um dolo na sua forma mais intensa. Ou seja, para a punição do agente público pela omissão aqui combatida, basta a existência do dolo geral, configurada na ineficiência de seus atos.

A nova lei 14230/2021 não impede essa análise, mas exige mais. A principal inovação está em determinar que a improbidade só poderá ser caracterizada quando houver comprovação de dolo do gestor - ou seja, quando ficar provado que houve intenção maliciosa, e não apenas

imprudência ou negligência, desonestidade ou ineficiência.

Ainda que a tese principal deste trabalho não tenha sido negada, mas obstaculizada, é importante salientar nossa crítica à reforma realizada, que está sendo consubstanciada num enorme retrocesso. Nos últimos dez anos, a LIA alcançou a punição de mais de 20 mil autoridades em todo o Brasil e sua reforma significa uma flexibilização incompatível com os princípios essenciais da administração pública: Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

6 Da ausência de responsabilização por improbidade administrativa em razão da omissão de implantação de políticas públicas

O Poder Judiciário demanda tempo para internalizar e aplicar as demandas sociais em forma de decisões judiciais, dependendo quase que exclusivamente da previsão legislativa para este mister. Focando-se num direito fundamental constitucionalmente previsto e de enorme relevância que é o direito à educação, vislumbramos uma enorme inércia do principal ente responsável pelas investigações no âmbito da LIA, que é o Ministério Público.

Isso porque se realizou pesquisa jurisprudencial entre os dias 20/10/2021 e 25/10/2021, no site do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF), a fim de localização de ações com as palavras-chave “omissão e política e pública e educação”, onde encontram-se diversas decisões, reconhecendo a omissão estatal na implantação de políticas públicas voltadas à satisfação de direitos fundamentais, tanto ações coletivas, quanto individuais.

Nesta pesquisa 26 acórdãos foram encontrados, sendo 06 deles com poderes de repercussão geral, reafirmando os ditames constitucionais de que “A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA).” Recurso Especial (RE) 888815 Ministro Roberto Barroso publicação 21/03/2019.

Então, ao se repetir a pesquisa, mas acrescentando “omissão e improbidade

administrativa e política e educação” é possível encontrar entre os 22 resultados, aqueles que diretamente aplicam a LIA na omissão do gestor público na efetivação de políticas públicas em Educação e aquelas que reconhecem o fato, mas não aplicam sanção em vista que o dolo e a má-fé no agir do gestor devem vir demonstrados de forma cabal e convincente.

Vejam os exemplos para o primeiro caso:

ARE 1232061

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 25/10/2019

Publicação: 29/10/2019

Decisão

(...) caracterizando ato de improbidade administrativa, com violação ao artigo 100; §1º da Constituição Federal. O administrador público desconsiderou a determinação judicial, não realizando o pagamento, por vontade própria, segundo sua conveniência, ferindo, desse modo, o Estado de Direito. No tocante à aplicação de percentual mínimo na educação, vale ressaltar que ao administrador público não cabe optar entre cumprir ou não. A lei determina, e deve ser cumprida. Se não o fez, atenta contra o princípio da legalidade. Havendo clara afronta ao princípio da legalidade e da moralidade administrativa que impõe ao administrador público, o dever de gestão da coisa pública, com base na ética, justiça e igualdade, resta caracterizado o ato de improbidade administrativa. Legislação LEG-FED LEI-009394 ANO-1996 ART-00069 PAR-00005 LDBEN-1996 LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. LEI 8429 ANO 92 Outras ocorrências. Decisão (3)

E para o caso de que apenas a omissão sem dolo concreto não se aplica da LIA:

ARE 1243145

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 12/11/2019

Publicação: 21/11/2019

Decisão

(...) doutor Promotor de Justiça. A fim de elucidar se houve a indevida utilização da máquina *pública* para fins de promoção pessoal do prefeito, mostra-se forçoso o destaque de trechos narrados no vídeo transmitido no evento de comemoração do 681 aniversário de Mantena: [...] Nessa linha, não vislumbro, no caso concreto, a existência do elemento subjetivo, o dolo ou culpa do agente tal como o exigem os atos de *improbidade* que violem os princípios da administração. É preciso ressaltar que, ante a gravidade de uma condenação por *improbidade administrativa*, o dolo e a má-fé no agir do réu devem vir demonstrados de forma cabal e convincente. Dessa maneira, e renovando vênias ao entendimento esposado pelo "Parquet", a publicidade levada a efeito não extrapola o dever de informação, logo não fica caracterizada a promoção pessoal do gestor público, revelando-se descabida a imposição de condenação por ato de *improbidade administrativa* por violação aos princípios que regem a administração *pública*". XI - Entretanto, em divergência ao voto prolatado, reconheceu-se a prática de atos de *improbidade administrativa*, pautando sua decisão no seguinte contexto fático-probatório (fls. 815-823): [...] Com Outras ocorrências Decisão (6)

A condenação por improbidade administrativa por omissão na efetivação de políticas públicas é rara no âmbito de nossos tribunais, pois evidencia que o principal ente responsável pelas investigações e acompanhamento como curador do patrimônio público, o Ministério Público, tem se ausentado nesta atribuição, muitas vezes comprometendo a qualidade da administração pública que fica ausente de freios legais e aumenta, perante a sociedade a sensação de impunidade para com os

agentes públicos que atentam contra seus deveres funcionais.

É histórica a necessidade do controle da administração pública e inegável que este controle tenha profunda relação com o Estado Democrático de Direito. Caminha (2021) assinala que todo o agir administrativo dos três poderes está jungido à lei, sendo vedado extrapolá-la nos limites fixados. E o ente que deveria obrigatoriamente velar pela integridade administrativa, ao bem dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana é o Ministério Público, que não raras vezes, também se ocupa de diversos problemas administrativos.

7 A nova Lei de Improbidade Administrativa e a insatisfatória tutela da Probidade Administrativa

O já destacado Projeto de Lei 2505/2021 que flexibiliza a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, teve sua tramitação no congresso encerrada, sendo sancionada no dia 26 de outubro de 2021, já estando em vigor sob a lei 14.230/2021. Apesar de sua nova estrutura não importar em obstáculo ao entendimento aqui esposado, é importante evidenciar o quanto que as mudanças na LIA podem blindar de punição especialmente os grandes corruptos, sejam gestores públicos, sejam empresas e entidades com contratos públicos (Baptista e Amorim, 2022).

A principal alteração trazida pela nova legislação é a extinção da modalidade culposa de improbidade. Com efeito, só poderão ser punidos por improbidade administrativa aqueles que tiverem segundo art. 1º, §2º, "a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11, não bastando a voluntariedade do agente" (BRASIL, 2021).

Castro (2022) verifica que se, com a antiga lei o Ministério Público cambaleava em seu múnus, à nova LIA torna praticamente impossível sua atuação, tendo-se em vista que a prova do dolo exigida é incompatível com a própria natureza dos delitos previstos na lei. Sob a lei anterior, por exemplo, se uma licitação for fraudada, não há necessidade de se elaborar um laudo pericial para se identificar o dano, porque ele é presumido; com o novo texto, ao citar o Ministério Público, importante destacar que este ganhou competência exclusiva para propor ações, com exigência de que a inicial da ação de improbidade já contenha as provas ou indícios da prática do ato de

improbidade, sob pena de litigância de má-fé (art. 17, caput e § 6º, I e II).

Para mascarar os obstáculos na investigação e punição, a nova LIA cambiou a dosimetria das penas acabando com a pena mínima de suspensão dos direitos políticos, que é de 8 anos e aumenta a pena máxima, que passa a ser 14 anos, com uma pena também maior para o enriquecimento ilícito (art. 12, I e II).

Além disso, deixou de ser caracterizado como improbidade administrativa, a conduta omissiva de retardar ou deixar de praticar ato de ofício, acumulando-se inclusive a possibilidade de retroação para beneficiar os infratores processados na antiga lei. Neste mesmo encaixe, a nova lei introduziu a chamada prescrição intercorrente (art. 23, §8º), que também colabora para que danos ao erário público jamais sejam ressarcidos.

Em verdade a grande mudança proposta é a de esvaziamento da lei, que acabou por ignorar os maiores princípios da administração, justificando seus defensores, que o antigo texto criava punições desproporcionais a agentes públicos que cometiam meros equívocos administrativos decorrentes de negligência, imprudência ou imperícia.

Nessa esteira o caos que se avizinha reside na obrigatória e constitucional retroatividade da lei considerada mais benéfica, com aplicação no Direito administrativo Sancionador, nos termos do art. 5º, XL da CF/88, confirmada pela jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, com o texto base de que “a norma administrativa mais benéfica, é dotada de eficácia retroativa”, em estudo elaborado por Osório (2021).

Assim, subsistirão a partir do ano de 2022 uma enxurrada de ações judiciais e pedidos de improcedência antecipada no que se refere aos processos em andamento sob o alicerce da antiga LIA; pedidos que, se procedentes, impedirão ressarcimentos milionários ao erário público em todas as esferas da administração pública.

Em verdade, desde o primeiro dia de respiro da nova lei, abriu-se as portas para inúmeras possibilidades de questionamentos judiciais, considerando a despreocupação com os princípios constitucionais, intensamente evidentes, ao pensamento de Castro (2022).

De todo o modo, cabe o registro de que a reforma da LIA, também decorreu de uma série de abusos e inércias em seu manejo desde 1992. Osório (2021), a maior autoridade em improbidade administrativa no Brasil, destaca que o texto e os

objetivos da LIA foram “distorcidos pelo princípio da independência funcional do Ministério Público” que na prática acabou por esmagar a administração pública em várias situações, criando um ambiente de erosão na segurança jurídica do gestor público, que ficou à mercê de “interpretações gerais e conceitos jurídicos indeterminados”. Pressionado, o legislador de 2020 sentiu a necessidade de suprimir a punição de algumas práticas consideradas ímprobas e eliminar até mesmo a improbidade administrativa culposa.

Com efeito, verifica-se que a lei 14.230/21, acaba por trazer anistias disfarçadas aos agentes públicos e desrespeita a efetivação de políticas públicas que garantam a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Na lição de Baptista e Amorim (2022), a própria probidade administrativa é um direito fundamental, possuindo uma função normogênica prevista minimamente no art. 37 da Constituição Federal, cabendo ao Estado, permanentemente, dirigir suas ações a fim de concretizar este valor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento normativo da Constituição de 1988 encontra-se erigido sob o alicerce do valor da dignidade da pessoa humana, que deve ser prioritariamente promovido pelo Estado para a efetiva satisfação dos direitos fundamentais e a garantia do mínimo existencial, através da realização de políticas públicas voltadas à realização dos direitos fundamentais, com o objetivo de minimizar as desigualdades e alcançar maior equilíbrio social.

A deturpação desse princípio é a improbidade administrativa, um dos maiores problemas enfrentados na gestão do patrimônio público e, apesar do ordenamento jurídico já ter disciplinado normas que auditem os atos dos gestores públicos, o país enfrenta índices alarmantes de condutas que ferem o erário e os princípios da Administração Pública.

Barroso (2017) em sua análise acerca do neoconstitucionalismo nos permite avançar na tese de que a previsão constitucional de direitos fundamentais dos cidadãos é o alicerce à exigência à que o gestor público está sujeito no que concerne ao emprego das políticas públicas. Ao permitirmos que o gestor público aja em conformidade com seu propósito pessoal, sem qualquer vinculação às

necessidades sociais e previsão legal, feriremos de morte o Estado Democrático de Direito.

Não existe na legislação brasileira, texto tão expressivo quanto a LIA no que concerne à análise dos atos omissivos dos agentes públicos ligados à direitos fundamentais, que impactam diretamente no pleno desenvolvimento do cidadão. O jurista Fábio Medina Osório (2013), o principal autor do texto da LIA em 1992, ainda se refere à mesma como um Código Geral de Conduta dos Agentes Públicos, no qual temos de concordar.

O neoconstitucionalismo protagoniza a administração pública atribuindo a mesma novos papéis na realização dos direitos sociais, ao passo que tal protagonismo gera uma atuação mais forte dos organismos de controle, notadamente Ministério Público e Poder Judiciário, interferências sempre legítimas quando a administração pública violar ou negar direitos fundamentais.

Observou-se então na pesquisa jurisprudencial no âmbito do STF a existência de ações judiciais reconhecendo de forma reiterada a omissão dos gestores na implantação das políticas públicas ligadas a direitos fundamentais, no que se refere exclusivamente ao direito à “Educação”, ao mesmo tempo da carência de responsabilização dos gestores pela improbidade administrativa, por prostração do Ministério Público no acompanhamento dessas condutas.

Mas, em alguns casos existe a necessidade de se observar a existência de cenário de exceção como é o caso do biênio 2020/2021 que foi um exercício e tanto na atuação do gestor público. Isso porque a pandemia mundial do novo Coronavírus – COVID-19, obrigou a administração pública brasileira a demonstrar sua verdadeira qualidade de tutelar a sociedade.

No entanto, principalmente no âmbito da esfera federal, os gestores ignoraram preceitos fundamentais de dignidade dos cidadãos, omitindo-se na responsabilidade em salvaguardar a população da morte pela COVID-19, deixando reiteradamente de implantar políticas públicas que garantam saúde, educação, moradia, segurança e justiça, causando uma verdadeira celeuma sobre responsabilidades e competências, obrigando a atuação do STF em conceder aos Estados autonomia para tomar as decisões finais no combate ao Coronavírus, ante o negacionismo da União Federal (Rodrigues, 2020).

O Senado Federal também se movimentou e alguns projetos foram apresentados para aumentar a punição de crimes na administração pública, tais como o PL 1.871/2020 que visa a considerar crime hediondo os atos ilícitos da administração pública cometidos em tempo de calamidade; semelhante ao PL 1.797/2020, que almeja dobrar a pena para crimes do setor público neste período. Com foco em peculato, o PL 2.739/2020 propõe o aumento da pena para quando o crime for praticado na área da saúde e o PL 2.708/2020 sugere a criação do “peculato qualificado”, para sua prática durante epidemias e pandemias (Vieira, 2020).

Para tanto, o reconhecimento através do neoconstitucionalismo de que a discricionariedade do gestor público é relativizada pela garantia dos direitos fundamentais advém do postulado da dignidade humana, no sentido que se dê passos cada vez mais concretos para o estabelecimento das reais prioridades sociais.

Assim, em que pese um preocupante contexto atual da gestão pública, o gestor público não é um sórdido personagem da administração pública brasileira, mas um protagonista das necessidades sociais que não guarda limites apenas na saúde, educação, segurança, saneamento, emprego e renda. O gestor público é um tutor do cidadão, alguém com a capacidade de tornar real a dignidade humana prevista no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

- Baptista. B.S.M. e Amorim. F.S.T., 2022. *Direito Fundamental à Probidade Administrativa e a vedação da proteção deficiente: Uma análise das repercussões jurídicas da lei nº 14.230/2021*. Revista RIOS, 17(34), pp. 142-163. <<https://www.publicacoes.unirios.edu.br/index.php/revistarios/article/view/405/404>> [Acessado em 12 Agosto 2022].
- Barboza. E.M.Q. e Kozicki. K., 2012. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, 8(1), pp. 59-85. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000100003>
- Barroso, L.R., 2005. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. *Revista de Direito Administrativo*, 240(1), pp. 1–42. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>

- BRASIL., 2022. *Vedemecum*. Revista dos Tribunais. São Paulo.
- Caminha, M.A.L., 2021. *Corrupção no Brasil e o novo Ministério Público: um retrato do período de 1988 a 2003*. Teresina: EdUFPI, 2021. <https://www.ufpi.br/arquivos_download/arquivos/EDUFPI/edufpi_2/Livro_Corrupt%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil_e_o_novo_Minist%C3%A9rio_P%C3%BAblico_um_retrato_do_per%C3%ADodo_de_1988_a_2003_DIGITAL.pdf> [Acessado em 18 Agosto 2022].
- Castro, R.L., 2022. *Atos de improbidade administrativa que violam os princípios da administração pública: as alterações da Lei 14.230/21 e sua incompatibilidade com a Constituição Federal*. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, 83. pp. 125-138. <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2587299/Renato+de+Lima+Castro.pdf/>> [Acessado em 15 Agosto 2022].
- Chauí, M., 2000. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática.
- Di Pietro, M.S.Z., 2013. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas.
- Derani, C., 2004. Política pública e a norma política. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 40(0), pp.19-28. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v41i0.38314>
- Filho, J.S.C., 2012. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas.
- Mattos, M.R.G., 2022. *Aplicação retroativa da Lei 14.230/2021 (Lei de Improbidade Administrativa) e as ações distribuídas pela lei anterior (Lei 8429/92) e demais normas de Direito Administrativo Sancionador*. Curitiba: Zenite Fácil, pp. 1-13. <<https://zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/11/aplicacao-retroativa-da-lei-no-14-230-2021-lei-de-improbidade-administrativa-maur-o-roberto-gomes-de-mattos.pdf>> [Acessado em 17 Dezembro 2021].
- Mello, C.A.B., 2012. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed. 2017. São Paulo: Malheiros.
- Mello, C.A.B., 2014. *Curso de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros.
- Moraes, A., 2005. *Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas.
- Neves, D. A. A. e Oliveira, R. C. R., 2018. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6 ed. São Paulo: Método.
- Osório, F.M., 2013. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Rodrigues, J.N. e Azevedo, D.A., 2022. *Pandemia do Coronavírus e (des)coordenação federativa: evidências de um conflito político-territorial*. Espaço e economia: Revista brasileira de geografia econômica, 9(18), pp. 1-11. <https://doi.org/10.4000/espacoeconomia.12282>
- Silva, P., 2012. *Vocabulário Jurídico*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense.
- STF – Supremo Tribunal Federal, 2022. *AP 470*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>> [Acessado em 25 Setembro 2022].
- Vieira, A. 2020. *Senadores querem aumentar punição a corrupção em pandemias*. Brasília – DF: Senado Federal: Agência Senado. Disponível em: <www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/20/senadores-querem-aumentar-punicao-a-corrupto-em-pandemias> [Acessado em 18 Dezembro 2021].