



## Alteração da LINDB e reflexos na punição por atos de improbidade

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 judiciárias, 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 vezes 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<sup>[1]</sup>.

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 Rosendal, 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<sup>[2]</sup>, 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<sup>[3]</sup>.

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 Noberto 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*”<sup>[4]</sup>

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*”<sup>[5]</sup>. 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/assets/uplBR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ix7zpmr_2twJ:www.flaviotartuce.adv.br/assets/uplBR&ct=clnk&gl=br)

[5] Idem.

**Date Created**

30/12/2019