

REVISTA
EUROLATINOAMERICANA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 4 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2017 | ISSN 2362-583X



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



Improbidade administrativa e a Lei Complementar n. 157/2016: aspectos polêmicos e suas nuances práticas

Administrative improbity and Supplementary Law n. 157/2016: controversial aspects and its practical nuances

GABRIEL MORETTINI E CASTELLA*

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)
gabriel_ca_stella@hotmail.com

LUCAS BOSSONI SAIKALI**

Universidade Federal do Paraná (Brasil)
saikalilucas@gmail.com

Recibido el/Received: 13.04.2017 / April 13th, 2017

Aprobado el/Approved: 18.06.2017 / June 18th, 2017

RESUMO

O presente artigo aborda o novo ato de Improbidade Administrativa criado pela Lei Complementar 157/2016. De início, buscou-se apresentar o cenário legislativo de combate a corrupção, ao almejar a eficiência e probidade no âmbito da Administração Pública. Observou-se o desencadeamento em âmbito mundial do movimento anticorrupção, consistente na concentração de esforços de organismos internacionais em busca de soluções transnacionais de combate à corrupção. Pontuou-se a introdução de novas normas e dispositivos, inclusive na Lei de Improbidade Administrativa, em que se criou o denominado sistema legal de defesa da moralidade. Passou-se a analisar o novo dispositivo introduzido pela Lei Complementar 157/2016. Constatou-se que as alterações perpetradas provocaram o debate imediato por pensadores do Direito. As questões versam sobre a natureza do art. 10-A e a omissão de seu dispositivo em relação ao elemento subjetivo. Discute-se

ABSTRACT

The present paper addresses the introduction of the new act of Administrative Improbity by the Supplementary Law n. 157/2016. At first, we sought to present the legislative scenario to combat corruption through efficiency and probity in the Public Administration. We analyzed the global outbreak of the anti-corruption movement, consisting on the concentration of efforts of international organizations in search of transnational solutions to combat corruption. The introduction of new forms of regulation was mentioned, including the ones in the Administrative Improbability Law, in which the so-called legal system of defense of morality was created. The new mechanism introduced by Supplementary Law n. 157/2016 has been analyzed. It was found that the alterations perpetrated provoked immediate debate by law academics. The issues brought in the paper involve the nature of the article 10-A and the omission of its device regarding the subjective element.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* CASTELLA, Gabriel Morettini e; SAIKALI, Lucas Bossoni. Improbidade administrativa e a Lei Complementar n. 157/2016: aspectos polêmicos e suas nuances práticas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 4, n. 1, p. 23-40, ene./jun. 2017. DOI: 10.14409/rr.v4i1.6851.

* Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Especialista em Direito Processual Civil pela Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Formação em Compliance pela Legal Ethic Compliance. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: gabriel_ca_stella@hotmail.com.

** Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. E-mail: saikalilucas@gmail.com.



a constitucionalidade da referida norma e sobre o aspecto sui generis das sanções a serem aplicadas. Assim, apesar da escassez de fontes sobre o tema, objetivou-se aclarar a intenção do legislador e nortear a futura aplicação dos novos dispositivos, com o intuito final de instigar o mundo jurídico ao debate desta norma que ainda aguarda para entrar em vigor.

Palavras-chave: improbidade administrativa; Lei Complementar n. 157/2016; guerra fiscal; alterações legislativas; agente público.

It discusses the constitutionality of this norm and the sui generis aspect of the sanctions and its applicability. Thus, despite the scarcity of sources on the subject, the paper aimed to clarify the purpose of the legislator and guide the future application of the new legal devices, with the final aim of instigating the juridical world to debate the new law that still awaits to take effect.

Keywords: administrative improbity; Supplementary Law n. 157/2016; fiscal war; legislative changes; public agent.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A Lei de Improbidade Administrativa e o sistema legal de defesa da moralidade; **3.** A Lei Complementar n. 157/16 e seus aspectos polêmicos; **4.** A descontinuidade da lógica normativa da LIA e o novo art. 12, Inc. IV. Aspectos polêmicos e uma releitura do novo tipo legal a partir da análise de casos pelo superior tribunal de justiça; **5.** Conclusão; **6.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe pela primeira vez ao texto constitucional a expressão “ato de improbidade administrativa”, de modo que o disposto na Constituição deixou de ser o mero enriquecimento ilícito do gestor público, como outrora.¹ A título de exemplo, tanto a primeira Constituição da Ditadura Militar, em 1967,² e o Ato Institucional n. 5³ tratavam da matéria de improbidade através da percepção do enriquecimento ilegal do agente público.

A previsão constitucional renovou a atuação estatal contra a corrupção na esperança de dar maior transparência ao cenário político-administrativo brasileiro. Buscou-se combater a improbidade através de medidas legais que atingissem diretamente a pessoa do administrador ímprobo. Assim, ao punir o agente ímprobo, nesse sentido, buscou-se, também, reparar o dano causado em prol da coletividade.⁴

¹ TOURINHO, Rita. **A Prescrição e a Lei da Improbidade Administrativa**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/asp>>. Acesso em: 30 out. 2016.

² *In verbis*: “Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”.

³ Havia disposição legal no AI-5, em seu art. 8º, determinando que “O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Parágrafo único - Provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-á sua restituição”.

⁴ TOURINHO, Rita. **A Prescrição e a Lei da Improbidade Administrativa**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede/asp>>. Acesso em: 30 out. 2016.



Desde seu advento, em 1992, três eram os atos típicos de improbidade administrativa: os que ocasionassem enriquecimento ilícito do agente público, que causassem dano ao erário e nos quais houvesse violação dos princípios da Administração Pública. Previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), os tipos foram acrescidos, ao longo das últimas duas décadas, de novos incisos, a fim de aumentar o rol hipotético. A essência de cada ato, conquanto, permaneceu intacta.

Entretanto, no final do ano de 2016 foi promulgada a Lei Complementar n. 157/2016. Com natureza eminentemente financeiro-tributária, passou a alterar as disposições legais sobre o Imposto Sobre Serviço (ISS), ao incorporar a Lei de Improbidade Administrativa um novo ato: o art. 10-A. Não obstante, criou também um novo inciso (art. 12, inc. IV) e um novo parágrafo (art. 17, § 13º). Busca-se, através deste trabalho, instigar o mundo jurídico sobre as questões introduzidas com o novo dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa, apresentando-se, em primeiro lugar, o sistema legal de defesa da moralidade na Administração Pública. Na sequência, os aspectos polêmicos da nova norma e o contexto legislativo motivador da sua criação. Após, uma releitura do novo tipo legal a partir da análise de casos pelo Superior Tribunal de Justiça, e, por fim, a conclusão da pesquisa apresentada.

2. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O SISTEMA LEGAL DE DEFESA DA MORALIDADE

A doutrina vem se esforçando em estabelecer modelos explicativos acerca do fenômeno da corrupção.⁵ Popularmente, corrupção pode abranger uma série de atos, que englobam o ganho ilícito, a fraude, falsificação, peculato, suborno, entre outros. Isto posto, torna-se difícil elaborar um conceito único acerca do fenômeno da corrupção, podendo ser observado numa gradação quase infinita, partindo de pequenos desvios de comportamento ao crime organizado.⁶

⁵ BUTELER, Alfonso. Corrupción, globalización y Derecho Administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 39-62, ene./jun. 2014; BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013; BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 61-106, out./dez. 2014; OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la ultima ratio a la ausencia de razón. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 67-91, jan./ mar. 2016; SAID, José Luis. Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 15-27, jan./mar. 2013; BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

⁶ BREI, Zani Andrade. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. **Revista Brasileira de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, p. 103-115, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>. Acesso em: 25 Jun. 2014.



Assim, partindo da premissa de que a corrupção pode ser vista como algo capaz de influenciar, inclusive, a formulação e adoção de políticas públicas,⁷ o legislador, na década de noventa, preocupou-se em elaborar uma nova norma de combate a idoneidade na Administração Pública nacional.⁸ A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei n. 8.429/1992, emergiu como um dos principais instrumentos de combate à corrupção, desonestidade e má-fé na gestão pública, na medida em que prevê sanções políticas, administrativas e cíveis aos que praticarem atos de improbidade administrativa que ocasionem (i) enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, (ii) dano efetivo ao erário e (iii) subversão aos princípios que regem a Administração Pública.⁹

Assim, pode-se constatar que a presença dos atos lesivos previstos na Lei 8.429/1992, consistem em dispositivos que buscam combater a corrupção e inidoneidade na Administração Pública nacional. Como muito bem expôs Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao abordar a nova Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013),¹⁰ ambas legislações se inserem no denominado “sistema legal de defesa da moralidade”, composto pela Lei n. 8.429/1992 (Lei de combate à improbidade administrativa), pela parte penal da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (artigos 90 et seq. da Lei n. 8.666/1993), pela Lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), pela Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), pelos artigos 312 et seq. do Código Penal, que disciplinam os crimes praticados contra a Administração Pública, ao trazer maior efetividade ao combate a corrupção, na medida em que passa a criar um sistema homogêneo em todo o território nacional.¹¹

Portanto, observa-se a evidente influência da Constituição Federal de 1988 e o objetivo da Administração Pública efetivar o princípio da moralidade,¹² ampliando seus

⁷ SANTANO, Ana Claudia; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Uma análise econômica da nova lei anticorrupção. In: **Problemas emergentes da Administração Pública**. Anais do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo/ Coords: Valmir Pontes Filho, Emerson Gabardo. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

⁸ Nesse sentido, destaca Clêmer Merlino Clêve ao apontar que a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em prever instrumentos que consolidem a aplicabilidade dos princípios basilares da legalidade, impessoalidade e a moralidade. CLÊVE, Clêmer Merlino. Presidencialismo de Coalizão e Administração Pública. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 35-39, 2012.

⁹ HUNGARO Luis Alberto; VALIATI, Thiago Priess. Do antidoto ao veneno: restrições à aplicação desmedida da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos. In: **Problemas emergentes da Administração Pública**. Anais do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo/ Coords: Valmir Pontes Filho, Emerson Gabardo. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

¹⁰ Sobre a referida lei, ver: GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015; GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 71-88, ene./jun. 2015; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance: una perspectiva desde la Ley Brasileña n.º 12.846/2013. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 257-281, ene./jun. 2015.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo - FA**. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

¹² Sobre a caracterização constitucional da ética pública, com ênfase no sistema espanhol, ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caracterización constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco



efeitos aos particulares, eis que o comportamento daqueles pode influenciar a condução do sistema Estatal.¹³ Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a noção de moralidade envolve também a ofensa da moral comum, devendo ser o princípio observado tanto pelo agente público ou administrador quanto pelo particular que se relaciona com a Administração Pública.¹⁴

Ainda, considerando disposto nas convenções da Organização Controle e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e da Organização das Nações Unidas (ONU), Convenções estas ratificadas pelo Brasil posteriormente a vigência da Lei n. 8.429/1992, nota-se que os bens jurídicos protegidos são a ordem moral, a justiça, o desenvolvimento econômico e social, a livre concorrência a democracia, e a probidade na administração pública,¹⁵ sendo classificados por alguns doutrinadores como um direito fundamental, em razão do seu caráter coletivo e universal e a sua titularidade indefinida e indeterminável.¹⁶

Sendo assim, constata-se que o fenômeno da corrupção não está ligado unicamente ao conceito de desenvolvimento econômico, mas ao de desenvolvimento sustentável, composto pelo bem-estar social, econômico e ambiental.¹⁷ Quando a corrupção atinge as relações jurídicas entre a Administração Pública e os particulares, as vantagens ilícitas são capitalizadas por empresas e funcionários corruptos, coletivizando os prejuízos causados. Portanto, o Estado perde os recursos necessários para promoção de bens e serviços públicos, impedindo a população da fruição de direitos fundamentais sonegados em razão da corrupção.¹⁸ Todos esses fatores combinados motivaram a criação de um movimento anticorrupção,¹⁹ consubstanciado na concentração de es-

constitucional español). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 79.

¹⁵ Dispõem o preâmbulo da Convenção da OCDE: “Considerando que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade;” (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm>. Acesso em: 02 jan. 2015. No preâmbulo da Convenção da ONU verifica-se: “Os Estados Partes da presente convenção, preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito;” (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 02 jan.2015.

¹⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014. p. 114.

¹⁷ RIOS, Rodrigo Sanchez. A Guisa de Prefácio: A Corrupção, Sua Repercussão e o Seu Enfoque Multidisciplinar. In: LAUFER, Daniel. **Corrupção: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 12.

¹⁸ BERTONCINI, Mateus; KLOSS, Ricardo. **A Ética Empresarial e o Combate a Corrupção Transnacional**. Disponível: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3969/2312>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

¹⁹ Ao abordar os efeitos dissuasórios de leis de combate a corrupção, a doutrina chama a atenção para as estratégias de sanção, na medida em que sugere a concentração de esforços no aumento dissuasório



forços de organismos internacionais em busca de soluções transnacionais de combate a corrupção, sendo, no âmbito nacional, a Lei de Improbidade Administrativa uma das pioneiras nesta seara.

Nesse contexto, pode-se afirmar, de modo genérico, que a improbidade é o ato de “servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com a violação aos princípios e às regras presidentes das atividades na Administração Pública [...]”²⁰ Isto posto, como já apontado, a Lei n. 8.429/1992 divide-se, até as mudanças perpetradas pela Lei Complementar n. 157/2016, em três atos anunciados como de improbidade administrativa.

Com relação aos atos lesivos previstos nos artigos 9º(enriquecimento ilícito)²¹ e 11(ofensa aos princípios da Administração Pública),²² da LIA, observa-se que a doutrina e jurisprudência convergem no entendimento de que não subsistirá ato de improbidade administrativa caso não exista o dolo do agente, ou seja, o elemento subjetivo.²³ Assim, tem-se que a atuação do agente público deve constituir uma violação intencional ao princípio constitucional da probidade administrativa (ou princípio

da descoberta do ato corrupto, da pena da conduta, assim como a premiação daqueles que contribuíram para a persecução de ilícitos. SANTANO, Ana Claudia; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Uma análise econômica da nova lei anticorrupção. In: **Problemas emergentes da Administração Pública**. Anais do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo/ Coords: Valmir Pontes Filho, Emerson Gabardo. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

²⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 113.

²¹ Marino Pazzagli Filho entende que os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito exigem quatro requisitos essenciais. São estes: (i) o recebimento de vantagem indevida (que pode, ou não, causar dano ao erário); (ii) vantagem indevida decorrente de comportamento ilegal do agente público; (iii) a ciência da ilicitude (existência do elemento subjetivo do dolo); (iv) e o nexo causal entre o exercício funcional abusivo do agente público e a indevida vantagem econômica recebida em retorno. Nesse diapasão, conclui-se que não subsistirá ato de improbidade administrativa caso não exista o dolo do agente, ou seja, o elemento subjetivo. PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de improbidade administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 50.

²² Com relação a aplicabilidade do tipo mencionado, chama-se a atenção para o estudo realizado no Estado do Rio Grande do Sul, em que se analisou mais de 400 decisões exaradas pelo TJRS e o silêncio da jurisprudência do Tribunal citado frente aos princípios consagrados no art. 11 da LIA. Ao apresentar as conclusões da pesquisa realizada, apontaram os autores: “... o Tribunal gaúcho preocupa-se mais em debater a tipificação do dolo dos agentes e o princípio da legalidade. Ao analisar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, que representam princípios dirigidos aos agentes administrativos, muito pouco de apreciação e de contextualização se notou, representando um verdadeiro silêncio jurisprudencial.” BITTENCOURT, Denise Friedrich; MOREIRA, Márcia Silveira. O silêncio da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul frente aos princípios consagrados no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. In: **Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: matéria de corrupção e improbidade administrativa**: estudo de casos. Coords: Rogério Gesta Leal e Caroline Muller Bittencourt. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2016.

²³ Veja-se o exposto no *ENUNCIADO N. 10 das 4ª e 5ª Câmaras Cíveis do TJPR*, ao consolidar entendimento uniforme do Superior Tribunal de Justiça: ENUNCIADO N.º 10: Faz-se necessária a comprovação do elemento subjetivo de conduta do agente para que se reputa seu ato como de improbidade administrativa (dolo, nos casos dos arts. 11 e 9.º e, ao menos, culpa nos casos do art. 10 da Lei n.º 8.429/1992).



da moralidade),²⁴ qual seja, o dever de agir com presteza, honestidade e decência na gestão dos recursos e negócios públicos.²⁵

Ainda sobre o a conduta prevista no artigo 11 da LIA, constata-se que para que se configure ofensa ou lesão aos princípios da Administração Pública é necessário: (i) que haja uma ação ou omissão, por um agente público, que viole um princípio regulador; (ii) comportamento que demonstre desonestidade, má-fé e falta de probidade; (iii) caracterização do elemento subjetivo (a existência de dolo na conduta é essencial); (iv) e que não haja violação do princípio decorrente do disposto nos artigos 9 e 10.²⁶ As sanções previstas para as modalidades previstas nos artigos 9 e 10 estão presentes no art. 12, incisos I e III da LIA.²⁷ Importante ressaltar que as sanções previstas no art. 12 da LIA podem ser aplicáveis de forma cumulativa, parcial ou isolada e não prejudicam eventual ação penal, conforme dispõe o art. 37, § 4º, da Constituição Federal.

Em relação ao art. 10 da LIA, observa-se a modalidade de improbidade administrativa cujos atos causem prejuízo ao erário. Enquanto o art. 9º trata da vantagem obtida pelo agente público, o art. 10 atenta para o dano ao fundo de recursos públicos. Ao analisar referido tipo é imprescindível lembrar que para a condenação por atos que causem dano ao erário, se dispensa a presença do elemento subjetivo do dolo. Assim, a doutrina define como requisitos para a caracterização do dano ao erário: (i) a ação ou omissão legal do agente público no exercício da função pública; (ii) atuação desonesta e de má-fé (podendo ser culposa ou dolosa); (iii) e, por óbvio, que cause dano efeito aos cofres públicos.²⁸

Quando se fala em culpa, se deve atentar para o anseio da LIA em punir tão somente o agente público desonesto e desleal. Sendo assim, defende-se que o ato de

²⁴ Sobre a relação entre probidade e moralidade administrativa, ver: LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

²⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 2.

²⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 118.

²⁷ Na hipótese de condenação por conduta prevista no art.9º da LIA, o art. 12, inc. I prevê a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, ressarcimento do dano ao erário (caso haja a necessidade), perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Com relação as sanções previstas na LIA, dispostas no art. 12, inc. III, para o caso da violação aos princípios, são as mais leves em relação às demais. Sendo assim, houve menor graduação destas pelo poder legiferante. O agente público condenado por pelos atos previstos no art. 11 da LIA poderá perder sua função pública, ressarcir eventual dano ao erário (se houver), poderá ter seus direitos políticos suspensos de 3 a 5 anos, pagar multa de até 100 vezes o valor da remuneração recebida e estar proibido de contratar com a Administração Pública pelo prazo de 3 anos.

²⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69.



improbidade administrativa não alcança o dano causado por conta de erro decorrente de conduta comprovadamente de boa-fé, em que não se verifique indícios de atitude dolosa ou com culpa denotativa de má-fé. Em síntese, não se busca responsabilizar o gestor inábil.²⁹ A condenação ao agente que causar lesão ao erário poderá acarretar na perda de sua função pública, o ressarcimento integral do dano, a suspensão de seus direitos políticos de 5 a 8 anos, multa de até duas vezes o valor do dano e uma proibição de contratar com a Administração Pública.³⁰

Denota-se assim, que as disposições sobre os atos de improbidade administrativa propõem dezenas de hipóteses em que este pode ser configurado. Ter noção das sanções e das características de cada um dos atos de improbidade é essencial para que, na sequência, possa ser feita uma melhor análise da nova modalidade: o art. 10-A.

3. A LEI COMPLEMENTAR N. 157/16 E SEUS ASPECTOS POLÊMICOS

O mais novo artigo da Lei n. 8.429/92 inaugura a Seção II-A, qual seja, dos atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida do benefício financeiro ou tributário. O art. 10-A³¹, criou uma intersecção entre a nova modalidade de ato de improbidade administrativa com os atos causadores de lesão ao erário, tipificados no art. 10,³² eis que se inseriu um tipo autônomo, com uma conduta diferen-

²⁹ Como ensina WALDO FAZZIO JÚNIOR, a sentença condenatória de uma ação de improbidade administrativa por dano ao Erário deve considerar essencialmente a extensão de tal dano. Afinal, “tornar-se um não cidadão em virtude da mera irregularidade elevada à condição de improbidade não se entremostra uma solução justa”. FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 288.

³⁰ A contratação pública é, aliás, um dos principais focos da corrupção. Sobre o tema, ver: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan/abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17646; AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015. DOI: www.dx.doi.org/10.14409/rr.v2i2.5162; FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun., 2016; FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.370; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.260.

³¹ *In verbis*: Art. 10-A. Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003.

³² Ao observar este ponto, comenta a doutrina: “A inclusão proporcionada pela LC 157 de 2016 culminou na criação da Seção II-A e na inserção do artigo 10-A na LIA, o que traz aspectos de nítido relacionamento entre a nova modalidade e os atos já tipificados como causadores de prejuízo ao erário (art. 10)”. COSTA, Renato Saeger Magalhães. **Novo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da lei Federal 8.429/92: Críticas e análises iniciais**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252635,41046-Novo+at+o+de+improbidade+administrativa+previsto+no+art+10A+da+lei>>. Acesso em: 07 fev. 2017.



te das três hipóteses vigentes até então. Isto posto, ainda que se possa invocar a similitude entre referido ato com os previstos nos artigos 9º e 11 da LIA, face o conteúdo da norma e a evidente probabilidade, mesmo que por omissão, de implicar em prejuízo ao patrimônio público, a doutrina tem criticado a sua não inclusão como hipótese de ato que cause dano ao erário.³³

Neste contexto, observa-se outra problemática decorrente da inserção do novo tipo. Ocorre que ao não introduzir o dispositivo no rol disposto no artigo da 10 da LIA, e, também, por inexistir previsão expressa em seu dispositivo, presume-se que a conduta descrita no art.10-A da LIA somente será passível de sanção em caso de cometimento de ato comprovadamente doloso.³⁴

Para que se possa compreender melhor o art.10-A da LIA, interessante observar as discussões traçadas desde a origem do Projeto de Lei Complementar n. 366, de 2013. Posto isso, de início observa-se a polêmica na Câmara dos Deputados, em que o Deputado Walter Ihoshi (membro da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio) relata. Ao apresentar projeto substitutivo (PLP nº 366, de 2013), propõe a realização de audiências públicas promovidas pelas comissões que compunha e a participação de diversos setores da sociedade (...), para que se discuta acerca da simplificação da aplicação das normas tributárias municipais, ao objetivar reduzir o custo burocrático para as empresas e o custo de fiscalização para os representantes dos Tesouros Municipais. Além do exposto, buscava-se a promoção e atualizações à lista de serviços passíveis da incidência do ISS, no intuito de evitar a dupla tributação ou a insegurança jurídica ao fornecedor de serviços. Nesse sentido, lavrou-se o voto do Deputado Relator, no sentido de prevenir e reprimir a guerra fiscal em âmbito municipal.³⁵ Ainda, salientou o Parlamentar:

“O incentivo oferecido, nem sempre de forma leal, ignora a atividade econômica exercida pelos prestadores desse serviço espalhados em quase todos os municípios do País, atividade essa que seria o critério mais justo para a distribuição da arrecadação do ISS. Mesmo que estabelecida em lei a alíquota mínima de 2%, há incentivos aplicados diretamente à base de cálculo, contornando a restrição legal.”³⁶

³³ COSTA, Renato Saeger Magalhães. **Novo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da lei Federal 8.429/92**: Críticas e análises iniciais. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252635,41046-Novo+ato+de+improbidade+administrativa+previsto+no+art+10A+da+lei>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

³⁴ Neste ponto, remete-se aos apontamentos realizados na seção anterior em que se demonstrou o entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre os atos ímprobos descritos nos arts.9º, 10º e 11º da LIA.

³⁵ Discussão no Senado Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1382691&filename=PPP+2+CDEICS+%3D%3E+PLP+366/2013>. Acesso em: 15 jul. 2017.

³⁶ O Deputado Relator do Projeto Substitutivo ainda ressalta a o fato de que apenas cinco cidades se apropriam de mais de 80% das operações de leasing tributáveis realizadas no Brasil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1382691&filename=PPP+2+CDEICS+%3D%3E+PLP+366/2013>. Acesso em: 17 jul. 2017.



Assim, constata-se que a nova norma tem por fim regulamentar a aplicação provisória dos mecanismos que buscavam mitigar a guerra fiscal, por conta do art. 88 do ADC-T,³⁷ e, ainda, punir os agentes públicos que intencionalmente tentem burlar os critérios estabelecidos. Entretanto, inúmeros debates têm despertado a atenção da doutrina. Ocorre que ao legislar sobre a fixação da alíquota mínima para o ISS em 2%, a ser aplicado, pode-se entender como uma mitigação do princípio constitucional da autonomia tributária plena municipal, no que diz respeito à instituição do ISS.³⁸ No entanto, como salienta a doutrina, no presente caso deve-se prevalecer, entre o aparente conflito dos princípios federativos e da autonomia municipal, a hipótese do princípio federativo, afastando, por ora, eventual alegação de inconstitucionalidade do novo tipo.³⁹

Apesar da aparente constitucionalidade da norma, tem-se ressaltado a extensão das inovações introduzidas pela LC 157/2016, eis que a conduta descrita ultrapassa a discussão sobre a fixação da alíquota mínima de ISS, na medida em que veda, de forma abstrata a concessão de incentivos fiscais em relação ao ISS.⁴⁰ Acontece que referida hipótese pode limitar a autonomia e discricionariedade dos gestores ao promoverem as chamadas atividades administrativas de fomento⁴¹, desde que observados os critérios previstos na lei de Responsabilidade Fiscal.⁴²

³⁷ CUNHA, Arlindo Felipe de. **Fim da guerra fiscal entre os municípios**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI251413,71043-Fim+da+guerra+fiscal+entre+os+municipios>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

³⁸ GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Lei Complementar 157/2016 limita a autonomia de municípios**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-16/betina-gruppenmacher-lc-1572016-limita-autonomia-municipios>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

³⁹ GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Lei Complementar 157/2016 limita a autonomia de municípios**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-16/betina-gruppenmacher-lc-1572016-limita-autonomia-municipios>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴⁰ GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Lei Complementar 157/2016 limita a autonomia de municípios**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-16/betina-gruppenmacher-lc-1572016-limita-autonomia-municipios>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁴¹ Salienta o André Luiz Freire: "No direito administrativo, a função promocional do direito se revela de forma marcante na atividade administrativa de fomento (ou promocional). Nesta atividade, a Administração procura promover a prática de comportamentos privados, sempre com o propósito de realizar fins públicos a uma entidade privada, por exemplo, para que esta realize condutas de interesse social - como das sanções positivas (é o que ocorre quando sujeito privado obtém uma isenção de imposto por ter incentivado a cultura)." FREIRE, André Luiz. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Atividade Administrativa de Fomento. In: **Lei de Responsabilidade Fiscal**: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar n. 101/00. In: CASTRO, Rodrigo Pironi Aguirre de (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.

⁴² Nesse sentido, ressalta Betina Treiger Gruppenmacher: "O legislador complementar, ao vedar, terminantemente, a possibilidade de concessão de incentivos e benefícios fiscais, excedeu a prerrogativa que lhe atribuiu o constituinte derivado, por meio da EC 3/93, que estabeleceu que lei complementar poderia regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais seriam concedidos e revogados, ou seja, a Constituição Federal não proíbe de forma definitiva a concessão de incentivos e benefícios fiscais, apenas estabelece a possibilidade de que a lei complementar os regule, pois pela dicção do artigo 156, § 3º, inciso III, há autorização para redução da carga tributária, desde que seja objeto de disciplina pela lei complementar." GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Lei Complementar 157/2016 limita a autonomia de municípios**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-16/betina-gruppenmacher-lc-1572016-limita-autonomia-municipios>>. Acesso em: 12 jul. 2017.



Ocorre que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), assentada no planejamento, transparência, controle e responsabilização, deixar de vedar taxativamente as renúncias fiscais, procurando garantir maior eficiência⁴³ a disciplina das finanças públicas, e garantir o exercício legítimo da cidadania na gestão dos orçamentos públicos.⁴⁴ Desse modo, buscou o legislador prestigiar a ação planejada do gestor público, ao privilegiar a discricionariedade na elaboração de políticas públicas, desde que observados os princípios norteadores da LRF.

Ao observar este cenário, nota-se que a atividade administrativa de fomento, consubstancia-se na atuação que objetive a tutela ou promoção de atividades, estabelecimentos e riquezas dos particulares que satisfaçam as necessidades públicas⁴⁵ ou consideradas de utilidade pública, sem o uso da coação.⁴⁶ Isto posto, tem-se que referida hipótese de atuação está atrelada a uma escolha política, em que o Poder Legislativo deve ditar as normas para a promoção das atividades privadas.⁴⁷

Nota-se que os efeitos dos novos artigos da LIA podem ir além de suas consequências no âmbito jurídico, na medida em que se tornam capazes também de influenciar a atividade política do administrador público.⁴⁸ Desse modo, com o advento da LC 157/2016, o gestor público poder vir a correr o risco de ser considerado ato de improbidade administrativa, por exemplo, o envio de proposta de lei à Câmara Municipal que viole o art. 8º-A da LC 116/2003.⁴⁹

Segundo Rodrigo Kanayama, a amplitude que alcança a tipificação do art. 10-A deve ser limitada à atuação administrativa do gestor público. Portanto, o eventual

⁴³ "(...) englobam a eficiência, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade." GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 100.

⁴⁴ FERRAZ, Luciano. Lei de responsabilidade fiscal e terceirização da mão-de-obra no serviço público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 4, p. 2, jul. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

⁴⁵ Sobre o tema, interessante o apontamento de Daniel Wunder Hachem: "Não basta a afirmação simples de que a Administração deve cumprir a lei para atender ao interesse público. (...) para satisfazer o interesse público em sentido amplo, é necessário que a administração aplique a norma jurídica de acordo com a finalidade por ela prevista, pois quem desatende ao fim desatende à própria lei. Logo, a concretização da finalidade que a norma jurídica pretende atingir é uma condição de legalidade da ação administrativa, uma vez que o manejo das competências legais pelo administrador com vistas a um fim diverso daquele que as justifica significa afronta ao interesse público." HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de Interesse Público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

⁴⁶ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2.ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 19.

⁴⁷ FREIRE, André Luiz. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Atividade Administrativa de Fomento. In: **Lei de Responsabilidade Fiscal: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar n. 101/00**. Coord. Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

⁴⁸ KANAYAMA, Rodrigo. **Lei de improbidade administrativa e as alterações da Lei Complementar n. 157/2016: uma pequena análise**. Disponível em: <<http://esdp.net.br/lei-de-improbidade-administrativa-e-as-alteracoes-da-lei-complementar-1572016-uma-pequena-analise/>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

⁴⁹ KANAYAMA, Rodrigo. **Lei de improbidade administrativa e as alterações da Lei Complementar n. 157/2016: uma pequena análise**. Disponível em: <<http://esdp.net.br/lei-de-improbidade-administrativa-e-as-alteracoes-da-lei-complementar-1572016-uma-pequena-analise/>>. Acesso em: 17 fev. 2017.



envio de projetos de lei ou a omissão em enviar referido projeto para corrigir o código tributário municipal (para se adequar à LC 166/03), no seu entendimento, não pode ser considerado ato de improbidade administrativa, sob pena de se tornar improbo um ato exclusivamente político.⁵⁰

4. A DESCONTINUIDADE DA LÓGICA NORMATIVA DA LIA E O NOVO ART. 12, INC. IV. ASPECTOS POLÊMICOS E UMA RELEITURA DO NOVO TIPO LEGAL A PARTIR DA ANÁLISE DE CASOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como já explanado, as sanções provenientes da condenação pela ofensa ao art. 10-A da LIA estão dispostos no art. 12, inc. IV. Assim como nos outros incisos, o gestor público condenado está sujeito à perda de função pública, suspensão de direitos políticos e multa civil. Entretanto, é facilmente perceptível que o dispositivo não segue a mesma lógica dos demais incisos do art. 12 da LIA. A nova imposição, por exemplo, deixa de prever o ressarcimento integral do dano ao erário.

Ocorre que a hipótese descrita no art. 10-A – qual seja, a concessão, aplicação ou manutenção de benefícios financeiros e tributários – causa evidente ofensa ao patrimônio público. Ainda que se defenda o caráter compensatório do ressarcimento, e não punitivo⁵¹, na Lei n. 8.429/92, há que se estranhar a omissão do poder legiferante.⁵²

A ausência da proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritária, comum aos outros incisos do art. 12, também chama a atenção. Sendo aplicável também às pessoas (naturais ou jurídicas) que de alguma forma facilitem a prática ou se beneficiem por conta dos atos de improbidade administrativa, a omissão do inciso IV, gera ônus punitivo somente ao gestor público que desrespeitar os preceitos do art. 8º-A, *caput* e § 1º da LC 116/2003.⁵³ Neste contexto, ainda que se presuma que a jurisprudência se adapte às referidas omissões legislativas, tendo em conta o exposto no art. 3 da LIA, nos parece certo dizer que o art. 12, inc. IV, encontra-se incompleto.

⁵⁰ KANAYAMA, Rodrigo, **Lei de improbidade administrativa e as alterações da Lei Complementar n. 157/2016**: uma pequena análise. Disponível em: <<http://esdp.net.br/lei-de-improbidade-administrativa-e-as-alteracoes-da-lei-complementar-1572016-uma-pequena-analise/>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

⁵¹ COSTA, Renato Saeger Magalhães. A imprescindibilidade da má-fé para a configuração dos atos de improbidade administrativa. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Brasil, v. 1, n. 2. p. 490-505, 2014. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/77906/83932>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

⁵² GRUPENMACHER, Betina Treiger. **Lei Complementar 157/2016 limita a autonomia de municípios**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-16/betina-gruppenmacher-1572016-limita-autonomia-municipios>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

⁵³ COSTA, Renato Saeger Magalhães. **Novo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da lei Federal 8.429/92**: Críticas e análises iniciais. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252635,41046-Novo+ato+de+improbidade+administrativa+previsto+no+art+10A+da+lei>>. Acesso em: 07 fev. 2017.



Assim, em que pese a norma objeto de discussão no presente artigo ainda se encontrar no período da *vacatio legis*, apenas com o intento de ilustrar a atual conjuntura de aplicação de situações similares a prevista no novo tipo e a Lei de Improbidade Administrativa atualmente em vigor, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a respeito dos casos que versavam sobre a concessão de benefício fiscal no âmbito da Administração Pública Municipal. Ao todo, foram analisados 27 (vinte e sete) acórdãos julgados entre 27 de abril de 2004 e 08 de fevereiro de 2017.

Para realizar esta pesquisa, buscou-se no sistema eletrônico de pesquisa de jurisprudência do STJ, através das palavras-chave: tributário, improbidade e renúncia fiscal. Depois de mais de 6.432 resultados oferecidos com essas variáveis, atingiu-se os 27 acórdãos, versando apenas um único acórdão que tratava sobre o mérito da pesquisa. Isto posto, procurou-se analisar o julgado em comento, sob a perspectiva da Lei Complementar n. 157/2016. Frisa-se, novamente, que o intento da presente pesquisa se refere a ilustrar a hipotética aplicação da nova norma, face ao referido caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, realizou-se as seguintes indagações: (i) qual o fato gerador para a concessão do benefício tributário? (ii) quais foram os fundamentos utilizados para referida aplicação (observou-se o princípio da isonomia para serviços da mesma natureza)?

A primeira constatação relevante a ser apontada se refere a existência de um termo de ajuste de recolhimento de ISSQN, proposto pelo Município de Pracuúba/AP, em que reduziu a base de cálculo da fatura em 50% (cinquenta por cento) de seu valor total, para fins das obras na BR-156, sem que houvesse autorização legislativa para tanto. No Recurso Especial analisado, percebeu-se que referido termo de ajuste de recolhimento constituiu-se como fato gerador para concessão do benefício, sem qualquer observância ao princípio da isonomia, na medida em que a extensão da concessão do benefício limitou-se a empresa requerida na ação objeto de estudo.

Com relação aos fundamentos utilizados para condenação do gestor político e posteriormente da empresa, com reforma parcial da decisão de 2ª instância pelo Superior Tribunal de Justiça, observou-se que: a) O gestor público foi condenado na perda de seus direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos e; b) a empresa beneficiada a o ressarcimento ao erário dos valores referentes ao ISSQN que deixou de recolher em razão da redução ilegal da base de cálculo do imposto. Ainda, ambos os réus foram condenados ao pagamento de multa civil no valor de 5% (cinco por cento) do dano causado e na proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Ao analisar a decisão condenatória do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, observou-se que devido à comprovação da redução de alíquota tributária, sem autorização de lei local, praticada pelo Prefeito em sede de termo de ajuste celebrado com empresa prestadora de serviço, referido Tribunal considerou a existência de prejuízo experimentado pelo Erário municipal. No entanto, destacou a ausência de dolo na



conduta dos réus, mas, diante do considerado ato culposo, condenou os requeridos com suporte no art. 10, inc. XI, c/c art. 12, inc. II, ambos da Lei n. 8.429/1992.

Com a interposição de Recurso Especial pela empresa beneficiada pelo ato, houve a parcial reforma da decisão proferida pelo TJAP. Argumentou a Ministra Relatora que apesar da previsão legal de que ninguém pode alegar o desconhecimento da lei para se beneficiar, exige cautela, eis que ao se exigir que uma empresa privada tenha pleno conhecimento de requisitos legais, contidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, para a concessão de benefícios fiscais, punindo-a por improbidade administrativa, a título de culpa, é demasiadamente excessivo, afastando assim, as sanções de multa e proibição de contratar com a Administração Pública. Entretanto, ressaltou a necessidade, mesmo que não reconhecida eventual conduta culposa, do necessário e integral ressarcimento ao erário dos valores tributários que o município deixou de recolher em razão da redução ilegal da base de cálculo do imposto, conforme determinado na instância ordinária.

Com efeito, ao observar este cenário, evidenciou-se a relevância da temática do presente artigo, eis que através da observância de decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que de caráter ilustrativo, é possível constatar um dos vários objetos de discussão, na medida que condenou-se ao ressarcimento ao erário, mesmo que inexistisse conduta culposa, possibilidade esta não aclarada pela Lei Complementar 157/2016.⁵⁴ Além da dificuldade na aferição de elemento subjetivo na conduta dos partícipes.

5. CONCLUSÃO

De início, apesar de ainda não ter entrado em vigor, os debates em relação ao novo ato de improbidade administrativa têm instigado o ambiente acadêmico e político, face as inúmeras lacunas interpretativas apresentadas com o novo dispositivo. Entretanto, parece já ser possível apontar quais os parâmetros em que a jurisprudência deve se apoiar para solucionar as hipóteses que se apresentarão.

Com o advento da Lei de Improbidade há mais de vinte anos, pontuou-se que, em relação a determinados atos ímprobos, a jurisprudência tem conduzido seus apontamentos de forma praticamente unânime, como é o caso do Enunciado n. 10 das 4ª e 5ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Nesse sentido, presume-se que condutas como a prevista no novo art.10-A da LIA, devam ser penalizadas somente

⁵⁴ Ainda, de modo a fomentar a discussão sobre o tema, observa-se a manifestação do Ministério Público Federal perante o Superior Tribunal de Justiça, em parecer apresentado diante do caso sob análise: "Os valores a título de ISS não recolhidos deixaram de ser aplicados em políticas públicas, seja na área de educação, saúde, infraestrutura, etc. A obrigação de ressarcimento ao erário apenas devolve à Administração o que já lhe pertencia por direito, não havendo nenhum argumento plausível a justificar a sua exclusão." Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=30933021&num_registro=201101398801&data=20130926&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 16 jul. 2017.



quando constatada eventual cometimento de ato doloso, após a publicação de Lei, norma ou ato administrativo condizente com a infração prevista.

Contudo, com relação a hipotética condenação de ressarcimento ao erário, apesar da inexistência de previsão legal quanto ao novo tipo, tem-se que referida causa somente será elucidada de acordo com a análise de cada caso concreto. De todo modo, é importante que se mantenha, nesse sentido, a regra geral da LIA, qual seja, a de que o ato ímprobo deve ser maculado pela má-fé do agente.

Assim, constata-se que cumprir com o disposto no novo artigo 10-A da Lei de Improbidade Administrativa, vai mais além do que simplesmente combater a guerra fiscal em âmbito municipal, interferindo também na discricionariedade e autonomia tributária dos entes da federação ao exercerem as atividades administrativas de fomento. Certo é que a busca pela eficiência e probidade na Gestão Pública não é uma tarefa fácil, e o tema precisa ter seu ambiente de debate ampliado mediante cada vez mais intensas reflexões por parte dos três Poderes, academia e sociedade. Desse modo, o presente artigo tem por intenção, instigar as futuras pesquisas sobre o tema, para que quaisquer críticas e questões sobre os novos dispositivos da LIA possam ser debatidos e sua aplicação aperfeiçoada.

6. REFERÊNCIAS

AYMERICH CANO, Carlos. Un problema pendiente: la ineficacia de los contratos afectados por actos de corrupción. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 31-41, jul./dic. 2015. DOI: www.dx.doi.org/10.14409/rr.v2i2.5162.

BERTONCINI, Mateus; KLOSS, Ricardo. **A Ética Empresarial e o Combate a Corrupção Transnacional**. Disponível: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3969/2312>>. Acesso em: 16 fev. 2015.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015.

BITTENCOURT, Denise Friedrich; MOREIRA, Márcia Silveira. O silêncio da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul frente aos princípios consagrados no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. In: **Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: matéria de corrupção e improbidade administrativa**: estudo de casos. Coords: Rogério Gesta Leal e Caroline Muller Bitencourt. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1508169/PR – Paraná. Relator: Ministro Herman Benjamin. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67695521&num_registro=201403239785&data=20161219&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 07 fev. 2017.



BREI, Zani Andrade. A corrupção: causas, consequências e soluções para o problema. **Revista Brasileira de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 3, p. 103-115, 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8128/6943>>. Acesso em: 25 Jun.2014.

BUTELER, Alfonso. Corrupción, globalización y Derecho Administrativo. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 1, n. 1, p. 39-62, ene./jun. 2014.

BUTELER, Alfonso. El control de la corrupción en el Derecho Comparado: los casos de Argentina, Brasil y España. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 23-43, jul./set. 2013.

BUTELER, Alfonso. La transparencia como política pública contra la corrupción: aportes sobre la regulación de derecho de acceso a la información pública. **A&C — Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 61-106, out./dez. 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Presidencialismo de Coalização e Administração Pública. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 35-39, 2012.

COSTA, Renato Saeger Magalhães. **A imprescindibilidade da má-fé para a configuração dos atos de improbidade administrativa**. Revista Digital de Direito Administrativo. Brasil, v. 1, n. 2. p. 490-505, 2014. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/77906/83932>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

COSTA, Renato Saeger Magalhães. **Novo ato de improbidade administrativa previsto no art. 10-A da lei Federal 8.429/92**: Críticas e análises iniciais. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252635,41046-Novo+ato+de+improbidade+administrativa+previsto+no+art+10A+da+lei>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**. São Paulo: Atlas, 2000.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun., 2016.

FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i66.370.

FREIRE, André Luiz. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Atividade Administrativa de Fomento. In: **Lei de Responsabilidade Fiscal**: ensaios em comemoração aos 10 anos da Lei Complementar n. 101/00. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2010.



GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson; CASTELLA Gabriel Morettini e. La nueva ley anticorrupción brasileña: aspectos controvertidos y los mecanismos de responsabilización de las personas jurídicas. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 71-88, ene./jun. 2015.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de Interesse Público em Direito Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HUNGARO, Luis Alberto; VALIATI, Thiago Priess. Do antídoto ao veneno: restrições à aplicação desmedida da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos. In: **Problemas emergentes da Administração Pública**. Anais do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo/Coords: Valmir Pontes Filho, Emerson Gabardo. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

KANAYAMA, Rodrigo. **Lei de improbidade administrativa e as alterações da Lei Complementar 157/2016: uma pequena análise**. Disponível em: <<http://esdp.net.br/lei-de-improbidade-administrativa-e-as-alteracoes-da-lei-complementar-1572016-uma-pequena-analise/>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

KUFA, Amilton Augusto; KUFA, Karina. **Lei cria novo tipo de improbidade administrativa relacionado ao ISSN**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-04/lei-cria-tipo-improbidade-administrativa-relacionado-issn>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 87-107, jan./mar. 2014.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. A juridicidade da Lei Anticorrupção: reflexões e interpretações prospectivas. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, p. 9-20, fev. 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Instrumentos de la lucha contra la corrupción en Colombia: de la ultima ratio a la ausencia de razón. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 67-91, jan./ mar. 2016.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudências atualizadas. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015.



RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance: uma perspectiva desde la Ley Brasileña n.º 12.846/2013. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 2, n. 1, p. 257-281, ene./jun. 2015.

RIOS, Rodrigo Sanchez. A Guisa de Prefácio: A Corrupção, Sua Repercussão e o Seu Enfoque Multidisciplinar. In: LAUFER, Daniel. **Corrupção**: uma perspectiva entre as diversas áreas do direito. Curitiba: Juruá, 2013.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Caracterización constitucional de la ética pública (Especial referencia al marco constitucional español). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 67-80, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40248>.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan./abr. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i1.17646.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. The principles of the global law of public procurement. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 13-37, jul./set. 2016. DOI: 10.21056/aec.v16i65.260.

SAID, José Luis. Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 15-27, jan./mar. 2013.

SANTANO, Ana Claudia; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Uma análise econômica da nova lei anticorrupção. In: **Problemas emergentes da Administração Pública**. Anais do XXVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo/ Coords: Valmir Pontes Filho, Emerson Gabardo. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SCHRAMM, Fernanda. **Mudanças na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei Complementar 157/2016 – Espécie de “Improbidade Legislativa” Restrita ao Imposto sobre Serviço (ISS)**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernanda-schramm/mudancas-na-lei-de-improbidade-administrativa-pela-lei-complementar-n-1572016-especie-de-improbidade-legislativa-restrita-ao-imposto-sobre-servicos-iss>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

TOURINHO, Rita. **A Prescrição e a Lei da Improbidade Administrativa**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-12-OUTUBRO-2007-RITA%20TOURINHO.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2016.