

7

A AUTONOMIA DA RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ELEMENTO SUBJETIVO

Ricardo Rodrigues de Lima¹

RESUMO

A Constituição Federal dá destaque ao tema e já adianta algumas das consequências a que estão sujeitos aqueles que praticam o ato de improbidade administrativa, o que foi regulamentado pela Lei n. 8.429/92, que disciplina as condutas de quem se enriquece indevidamente em prejuízo do interesse público, de quem causa dano ao erário ou daquele que viola os princípios da Administração Pública. Trata-se de um critério de responsabilidade que não se confunde com as instâncias tradicionais da responsabilidade civil, penal e administrativa e que exige uma análise criteriosa a respeito do elemento subjetivo, evitando-se, com isso, que aquilo que era reservado aos atos desonestos e corruptos se estenda de forma desmedida às outras eventuais ilegalidades.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Autonomia constitucional. Responsabilidade. Penalidades. Elemento subjetivo.

¹ Juiz de Direito no Estado de Minas Gerais. Professor de Direito Administrativo nas Faculdades Integradas Vianna Júnior, em Juiz de Fora.

ABSTRACT

The Federal Constitution gives emphasis to the theme and previews some of the consequences that those who practise the act of administrative improbity face up to, which was regulated by the Law n. 8.429/92, that manages the conducts of those who get rich unduly, damaging public interest, and those whom violate the principles of Public Administration. It's about a standard of responsibility that do not merges with the tadtional instances of civil, penal and administrative responsibility and demands a judicious analysis of the subjective element, avoiding, therefore, the inordinately extention of what was reserved to dishonest and corrupt acts to olher eventual illegalities.

Keywords: Administrative improbity. Constitutional autonomy. Responsibility. Penalties. Subjective element.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fundamentos constitucionais da improbidade administrativa. 3. Reflexo da autonomia na compreensão dos tipos infracionais e punição em outras instâncias. 4. Dosimetria das sanções sob a ótica da autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa. 5. Elemento subjetivo culpa (em sentido estrito) previsto no art. 10 da Lei n. 8.429/92. 6. Referências jurisprudenciais a respeito do elemento subjetivo. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Muito já se discutiu a respeito do enquadramento da responsabilidade por ato de improbidade administrativa nas clássicas instâncias da responsabilidade civil, criminal e administrativa, sendo importante tal definição para que se possa interpretar de forma devida as infrações, as penalidades e o processo judicial.

Há quem diga que se trata de uma quarta espécie constitucionalmente autônoma e que não se confunde com a tripartição tradicional, o que aqui será examinado.

No item 2, serão estudados os fundamentos constitucionais da improbidade administrativa para demonstrar que existe, sim, autonomia em relação a outras esferas de responsabilidade.

O reflexo da autonomia na compreensão dos tipos infracionais e punição em outras instâncias será o assunto debatido no item 3,

seguido do item 4 que cuidará da dosimetria das sanções sob a ótica da autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa.

Outra questão relevante é a análise do elemento subjetivo em matéria de improbidade administrativa, pois, enquanto alguns estudiosos e órgãos do Poder Judiciário exigem a presença do dolo, outros se contentam com a culpa em sentido estrito, o que será tratado no item 5.

Por fim, serão apontadas no item 6 algumas referências jurisprudenciais a respeito do elemento subjetivo.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A primeira referência expressa à improbidade administrativa no texto constitucional está no art. 15, V, que estabelece:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I – (...)

II – (...)

III – (...)

IV – (...)

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

O art. 37, § 4º da CF diz, por sua vez, que

os atos de improbidade administrativa 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.

Além do citado destaque constitucional do tema, o art. 1º consagra o princípio republicano e diz que o Estado brasileiro é democrático de direito, o que exige a observância de três deveres fundamentais que são a transparência, a prestação de contas e a responsabilidade, sendo o último o dever que todo aquele que exerce uma função pública tem em relação à confiança que lhe foi atribuída pelo titular do poder que é o povo (art. 1º, parágrafo único, CF).

Tal confiança traduz o compromisso ético que se exige na gestão da coisa pública e cuja inobservância foi chamada no texto constitucional de improbidade administrativa.

Por isso, é possível, sim, reconhecer autonomia à responsabilidade por ato de improbidade administrativa, o que a torna diferente em suas características se comparada à responsabilidade civil, penal e administrativa.

A responsabilidade por ato de improbidade está prevista no art. 37, § 4º da CF e a Lei n. 8.429/92 cuidou de indicar os casos específicos e as penalidades que não se esgotam na reparação civil, enquanto a responsabilidade civil do agente se encontra prevista no art. 37, § 6º da CF e possui fundamento infraconstitucional nos arts. 43, 186 e 927 do CC.

Conforme já disse o Ministro Eros Grau, do STF, “o elemento central da ação de improbidade não é reparatório” (ADI n. 2.797-DF).

A respeito do tema, José Roberto Pimenta Oliveira leciona:

A instituição jurídica criada ao redor do artigo 37, § 4º teve objetivo constitucional de envergadura superior. Em sua estrutura, o elemento central é a punição dirigida contra o agente ímprobo, que se quer afastado do exercício da função pública e suspenso temporariamente do seu *status* cívico. (OLIVEIRA, 2009, p. 480).

Também não é o caso de entendê-la como responsabilidade criminal, uma vez que na improbidade administrativa não há uma tipificação fechada de condutas da forma como acontece na definição de crimes (pena específica), além de ter dito o art. 37, § 4º da CF que a punição por atos de improbidade ocorre sem prejuízo da ação penal cabível.

Não sendo uma hipótese de responsabilidade criminal, a ação relativa à improbidade administrativa não autoriza a impetração de *habeas corpus* para trancá-la, uma vez que não há possibilidade de ofensa ao direito de locomoção dos acusados (STJ, HC n. 22.342-RJ, rel. Min. Félix Fischer, Corte Especial, por maioria, j. 18.09.2002, *DJ* 23.06.2003).

Quanto à responsabilidade administrativa, não há confusão por uma razão muito simples, qual seja o fato de que na responsabilidade

por ato de improbidade administrativa quem julga o caso e aplica as sanções é o Poder Judiciário e não a própria Administração.

Aliás, vale a pena mencionar, a título de ilustração, que José Roberto Pimenta Oliveira aponta no nosso sistema jurídico nove instâncias de responsabilização dos agentes públicos, sendo a responsabilidade penal, civil, administrativa e por ato de improbidade administrativa apenas algumas delas.

Diz o citado autor:

O cometimento de ilegalidades por agentes públicos pode ser colhido em diversos sistemas de responsabilização. Pelas razões elencadas na Parte I, catalogam-se os seguintes sistemas gerais e autônomos: **1.** a responsabilidade por ilícito civil (art. 37, § 6º, *in fine*); **2.** a responsabilidade por ilícito penal comum (art. 22, I); **3.** a responsabilidade por ilícito político-eleitoral (arts. 14 e 22, I); **4.** a responsabilidade por irregularidade de contas (art. 71, II e VIII); **5.** a responsabilidade por ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º).

Além destes, como sistemas especiais e autônomos de responsabilidade foram identificados outros: **6.** a responsabilidade político-constitucional, consubstanciada na previsão de crimes de responsabilidade (cf. arts. 29-A, §§ 2º e 3º, 50, 52, I, II, 85, 96, III, 102, I, “c”, 105, I, “a” e 108, I, “a”); **7.** a responsabilidade político-legislativa, consistente na decretação da perda do mandato parlamentar (arts. 27, § 1º, 32, § 3º, e 55 CF); **8.** a responsabilidade administrativa (arts. 37, IX, 41, § 1º, II e 173, § 1º, II). O último sistema reconhecível, à luz das normas constitucionais, a título de esfera geral de responsabilidade dos agentes públicos, não autônoma, derivada da **9.** responsabilidade pela prática de discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). (OLIVEIRA, 2009, p. 413).

Em que pesem os fortes argumentos em favor da autonomia, não se pode desconsiderar algumas importantes vozes na doutrina que tratam do assunto de forma diferente, sendo pertinente a respeito a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que diz:

A natureza das medidas previstas no dispositivo constitucional está a indicar que a improbidade administrativa, embora possa ter consequências na esfera criminal, com a concomitante instauração de processo criminal (se for o caso) e na esfera

administrativa (com a perda da função pública e a instauração de processo administrativo concomitante), caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário. (DI PIETRO, 2013, p. 893).

Outro autor que discorre sobre a matéria é José dos Santos Carvalho Filho que nos ensina:

As sanções da lei de improbidade são de natureza extrapenal e, portanto, têm caráter de sanção civil. Esse é um ponto sobre o qual concordam praticamente todos os especialistas. Assim, o legislador deveria ter evitado o título “Das Penas” atribuído ao Capítulo III da lei, o que poderia dar a falsa impressão de tratar-se de penalidades inerentes à prática de crimes. Não obstante, adiante-se que, em situações específicas, a serem mencionadas adiante, algumas sanções têm sofrido restrição em sua aplicação por terem inegável conteúdo penal. O fato, porém, não lhes retira a natureza civil de que se revestem.

Para alguns estudiosos, nem todas as sanções relacionadas no art. 12 teriam essa natureza, caracterizando-se, ao contrário, como medidas ou providências. Discordamos desse entendimento. A uma, porque a lei a elas se refere como sanções e, a duas, porque representam medidas realmente punitivas aos autores de atos de improbidade. Não se trata de meras providências de administração, mas de consequências aplicáveis por força de atos ilícitos. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 1.075).

Como se vê, o tema não é tão tranquilo e exige uma correta compreensão para que se possa extrair da legislação que rege a matéria as possíveis e reais consequências que têm por objetivo proteger de forma eficiente o interesse público.

3. REFLEXO DA AUTONOMIA NA COMPREENSÃO DOS TIPOS INFRACIONAIS E PUNIÇÃO EM OUTRAS INSTÂNCIAS

A mencionada autonomia da responsabilidade por ato de improbidade administrativa gera importantes consequências na compreensão das infrações relacionadas em lei e, em especial, permite

a aceitação de tipos abertos de modo a não deixar de fora do alcance da norma nenhuma conduta que permita o enriquecimento ilícito em desfavor do interesse público, a lesão ao erário ou a violação dos princípios da administração pública (arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade).

A tipicidade exigida em matéria de improbidade administrativa não se confunde, por exemplo, com a tipicidade penal, uma vez que aqui se permite a adoção de rol exemplificativo a partir de uma fórmula geral, sendo o que se observa na Lei n. 8.429/92.

Com os olhos voltados para a autonomia, José Roberto Pimenta Oliveira se refere a uma principiologia própria nos seguintes termos:

[...] a imposição estatal de sanções por improbidade administrativa estão sujeitas aos seguintes princípios basilares estruturantes: (i) princípio da legalidade formal; (ii) princípio da legalidade material ou tipicidade; (iii) princípio da irretroatividade; (iv) princípio da retroatividade da lei mais benigna; (v) princípio da proporcionalidade; (vi) princípio da prescritibilidade e (vii) princípio da culpabilidade.

Sob o ponto de vista formal (ou processual punitivo), exige-se observância dos seguintes princípios: (i) princípio do devido processo legal; (ii) princípio do contraditório e da ampla defesa; (iii) princípio da presunção de inocência; (iv) princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas; (v) princípio do juiz natural; (vi) princípio da duração razoável do processo; (vii) princípio da vedação a *reformatio in pejus*, e (viii) princípio da vedação ao *bis in idem*" (OLIVEIRA, 2009, p. 202).

Vale aqui destacar o princípio da vedação ao *bis in idem*, que poderia sugerir, a princípio, a não possibilidade de cumulação da sanção por improbidade administrativa quando o sujeito já tiver sido punido em outra instância com a mesma espécie de sanção. Contudo, o que o princípio veda é a dupla penalização dentro do mesmo sistema sancionatório, o que não é o caso da improbidade administrativa na medida em que se reconhece a sua autonomia em relação a outras esferas de responsabilidade.

Continuando o seu raciocínio a respeito da cumulação, diz o mesmo autor:

Se a ordem constitucional instituir, relativamente às mesmas condutas ilícitas, diversidade de sistemas sancionatórios,

não é possível sustentar ofensa ao *non bis in idem*. O motivo é compreensível: o princípio tem a compostura exata dada pela ordenação fundamental do *jus puniendi* estatal. Havendo *multiplicidade de regime jurídicos* a governar parcelas específicas e inconfundíveis do *jus puniendi* – e, pois, *pluralidade de competências punitivas exercitáveis*, não se coloca então a razão jurídica que preside a existência da garantia constitucional: impedir o uso da *mesma* competência para reprimir e prevenir certo ilícito.

No âmbito da repressão aos atos de improbidade, o princípio do *non bis in idem* cumpre relevante papel. Autoriza, desde logo, o intérprete a reconhecer a independência das sanções por improbidade, em face de outros sistemas de responsabilização incidentes sobre a mesma situação fática qualificada como ato ímprobo. A cumulatividade das sanções por ato ímprobo com as demais previstas é decorrência direta do Texto Constitucional. (OLIVEIRA, 2009, p. 230-231).

Por isso, ao se admitir que a improbidade não é um mero apêndice de outras instâncias de responsabilidade, torna-se possível reconhecer o cabimento da soma de outras punições que são impostas em benefício do interesse coletivo.

Em que pese a autonomia aqui realçada, a absolvição criminal impede a responsabilização nas outras esferas quando se tratar de negativa de autoria ou de ausência de materialidade.

Seria ilógico em qualquer sistema de responsabilidade que, após a Justiça Criminal considerar que o fato não existiu ou que, embora existente, o autor não foi o acusado, que houvesse a responsabilização em outros níveis.

O mesmo não se dá quando, por exemplo, a absolvição no âmbito penal ocorre por insuficiência de provas ou por atipicidade da conduta, uma vez que as provas existentes ou o comportamento em si podem muito bem se mostrar suficientes para a caracterização de um ilícito administrativo, de um ato de improbidade ou de qualquer outro critério de responsabilização diferente do criminal.

4. DOSIMETRIA DAS SANÇÕES SOB A ÓTICA DA AUTONOMIA DA RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 12 da Lei n. 8.429/92 estabelece as sanções a que estão sujeitos aqueles que praticam atos de improbidade e deixa ao aplicador

do direito a possibilidade de dosar as penalidades de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Para tanto, deve o juiz fazer uso dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, observando sempre a gravidade da conduta e, obviamente, as consequências do ato praticado.

A respeito do tema, o TJMG já decidiu:

Apelações cíveis. Ação civil pública. Sentença. Vício *citra petita* inócurre. Improbidade administrativa. Ex-Prefeita Municipal. Desvio de verbas da saúde. Reposição ulterior. Irregularidade sem prejuízo ao erário. Dosimetria das sanções. Proporcionalidade e razoabilidade observadas. Primeiro recurso não provido. Segundo recurso prejudicado.

1. O vício *citra petita* ocorre quando uma ou mais questões deixam de ser examinadas na sentença. Não padece do suposto vício a sentença que deixa de apreciar matéria que não faz parte da pretensão inicial.

2. Configura a prática de improbidade administrativa o ato do administrador público que desvia verba federal repassada para a saúde pública, apesar de ulterior reposição.

3. Presente a prática de ato de improbidade administrativa, é correta a aplicação das sanções previstas no art. 11 da Lei nº 8.429, de 1992.

4. Pelo princípio da proporcionalidade, somente devem ser cumuladas as sanções previstas nos artigos 11 e 12 da Lei de Improbidade Administrativa quando a gravidade do ato o justificar.

5. Apelações cíveis conhecidas, não provida a primeira e prejudicada a segunda, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial e rejeitada uma preliminar. (Apelação Cível 1.0153.07.068679-2/001 0686792-53.2007.8.13.0153 - Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes - Data de Julgamento: 22.01.2013 -Data da publicação da súmula: 01.02.2013).

No mesmo sentido é o pensamento do STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. APLICABILIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. REQUISITOS. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULA 7/STJ.

1. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) aplica-se a prefeito, máxime porque a Lei de Crimes de Responsabilidade (1.070/50) somente abrange as autoridades elencadas em seu art. 2º, quais sejam: “o Presidente da República, os Ministros de Estado, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República”. Precedente: AgRg no AREsp 6.693/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 15.09.2011, *DJe* 27.09.2011.

2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, tendo o Tribunal a quo concluído que a lide poderia ser julgada antecipadamente por estarem presentes as hipóteses do art. 330, I e

II, do CPC, é inviável, em sede de recurso especial, rever tal entendimento. Precedente: REsp 1.162.598/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 2.8.2011, *DJe* 8.8.2011.

3. A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992 exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. Precedente: AgRg no REsp 1.242.939/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.5.2011, *DJe* 30.5.2011.

4. Considerando-se os fatos apontados, entende-se que a aplicação das sanções ocorreu de forma fundamentada e razoável, incidindo, ao caso, a Súmula 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 149487 / MS - AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0026421-5 - Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS - Órgão Julgador - T2 - SEGUNDA TURMA - Data do Julgamento 26.06.2012 - Data da Publicação/Fonte *DJe* 29.06.2012).

Não se pode esquecer, no entanto, do já referido princípio da vedação ao *bis in idem* no âmbito interno da improbidade administrativa e que exige a análise criteriosa dos tipos infracionais e das condutas reprimidas de modo a garantir a observância dos seguintes conceitos principiológicos: a) especialidade (o tipo especial prevalece sobre o geral); b) subsidiariedade (prevalência do tipo mais denso em relação

ao menos denso); c) alternatividade (o tipo mais grave prevalece sobre o tipo menos grave); d) consunção (no caso de ilícitos sucessivos, a conduta mais grave absorve a menos grave).

5. ELEMENTO SUBJETIVO *CULPA* PREVISTO NO ART. 10 DA LEI N. 8.429/92

Não existe qualquer referência a respeito do elemento subjetivo nos arts. 9º e 11 da lei, o que leva a doutrina e os tribunais a entenderem que ali se exige a má-fé, ou seja, o dolo. Contudo, diz o *caput* do art. 10 que as ações ou omissões, dolosas ou culposas, que geram prejuízo aos cofres públicos, caracterizam o ato de improbidade administrativa, o que faz surgir a discussão sobre o fato de ter sido ou não inobservado o conceito constitucional de improbidade administrativa.

Tal referência à culpa *latu sensu* se assemelha à responsabilidade civil prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil e, quanto ao agente público, no art. 37, § 6º da Constituição Federal e art. 43 do Código Civil.

George Sarmiento já disse que o “despreparo para o cargo, o desleixo com a coisa pública, a conivência com os desmandos de superiores hierárquicos ou a desídia na gestão dos recursos estatais fazem com que o funcionário, no exercício de suas atribuições, provoque prejuízos ao erário” (SARMENTO, 2002, p. 92).

Poder-se-ia acrescentar que o dever de responsabilidade, próprio do Estado Republicano, conforme já dito, não poderia deixar de fora as condutas descuidadas (culpa) que acabam por gerar prejuízos ao erário e que frustram a confiança que foi depositada no agente, não devendo se vincular ao Poder Público aquele que não se sentir preparado para o exercício de determinado cargo, emprego ou função públicas.

Há que se exigir, no entanto, que a hipótese traduza no mínimo uma inobservância gritante e inescusável do dever de cuidado objetivo do agente, o que pode ser denominado de culpa grave ou culpa consciente, não sendo bastante a simples culpa que leva à prática da mera ilegalidade.

O TJMG, ao julgar o tema, definiu a culpa na lei de improbidade da seguinte forma:

Ora, o ato de improbidade administrativa pela própria articulação das expressões refere-se a condutas não apenas ilegais, pois ao ato ilegal é adicionado um plus que, no caso concreto, pode perfazer ou não um ato de improbidade. Daí que parte da doutrina bate-se pela perquirição do elemento subjetivo capaz de identificar não qualquer culpa praticada pelo agente público, mas necessariamente, um campo de culpa consciente, grave, denotando indícios de conduta dolosa. Não se trata de culpa leve, característica do agente inábil, aquela que conduz o administrador no erro interpretativo em busca do significado mais correto da aplicação da lei. (Apelação Cível n. 1.0267.05.930497-7/001(1) - Relator Desembargador Brandão Teixeira – *Dje* de 11.11.2005).

No mesmo sentido, é o magistério do Juiz Federal Felipe Veit Leal que disse:

Ocorre que a improbidade, como já discorrido, remete à desonestidade. Só pode ser considerado ímprobo aquele que age com um mínimo de má-fé, pois a lei não visa a punir o gestor desastrado que, por alguma infelicidade, equivocou-se em determinada decisão.

Não basta que haja a ilegalidade em sentido lato. É necessária a ilegalidade qualificada, qual seja, aquela querida pelo agente público ou particular, sob pena de qualquer ato, muitas vezes irrelevante, sem qualquer intenção do agente, decorrente de um despreparo, vir a ensejar improbidade, aumentando, excessivamente e sem razão, o número de demandas no Judiciário. Afora isso, indiscutivelmente as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa são severas, como realmente deveriam ser. Refletem o pensamento de que são cabíveis para punir atos relevantes e graves, abarcando agentes públicos e particulares voltados à corrupção. Seria de total desproporcionalidade, por exemplo, suspender os direitos políticos de uma pessoa em razão de uma inobservância atinente a uma formalidade administrativa.

É claro que situações tais implicam sanções administrativas, tais como uma advertência ou mesmo suspensão do cargo, mas impor o rigor das normas esposadas na Lei 8.429/92 sem que haja culpa grave ou, sobretudo, dolo, seria banalizar os institutos da lei, punindo desproporcionalmente fatos de pouca importância. (LEAL, 2012).

Para aqueles que advogam a tese de que basta a culpa para a caracterização do ato de improbidade, a solução pertinente à

proporcionalidade que deve existir, se comparada aos atos dolosos, está na dosimetria das penalidades.

Não se mostra absurdo pensar, por outro lado, que improbidade depende da intenção deliberada de se praticar o ilícito, o que talvez seja o mais correto, uma vez que a expressão, nas palavras de Silveira Bueno, significa *desonradez, canalhice, falta de honra, desonestidade* (BUENO, 2007, p. 424), não se confundindo, portanto, com a ilegalidade que é a violação objetiva da lei e sem que se cogite de qualquer elemento subjetivo.

Tal pensamento não viola os princípios que regem a responsabilidade civil quando se entende que a responsabilidade resultante da improbidade administrativa possui autonomia constitucional.

Nota-se, inclusive, que a improbidade (art. 15, V e art. 37, § 4º da CF) se encontra em posição geográfica diferente da referência à legalidade (art. 37, *caput* da CF) no texto constitucional, o que permite a conclusão de que não traduzem a mesma coisa, não tendo a Constituição Federal dito em momento algum que a simples ilegalidade gera ao causador os efeitos graves impostos pelo mencionado art. 37, § 4º da CF.

José Afonso da Silva, ao falar sobre a probidade administrativa, chega à seguinte conclusão:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, § 4º). A probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem [...]. (SILVA, 2005, p. 669).

Fábio Medina Osório faz uma importante anotação a respeito da mera ilegalidade, sendo suas as seguintes palavras:

Não é, evidentemente, toda e qualquer ilegalidade comportamental que pode configurar improbidade. Ao contrário, em geral, a mera ilegalidade não adentra esse terreno mais estreito. Nem mesmo toda imoralidade administrativa traduz improbidade, o que significa dizer que a patologia aqui tratada requer uma gradação dos deveres públicos, da normativa incidente à espécie e das respostas sancionatórias cabíveis. Assim, repito, somente o processo interpretativo poderá definir, concretamente, um ato ímprobo, o que não impede o reconhecimento de pautas abstratas e objetivas para os operadores jurídicos. (OSÓRIO, 2007).

Assim, ficaria a improbidade reservada para o desonesto, o corrupto, o desleal, adjetivos que não se mostram condizentes com a situação do descuidado, do inábil, do agente que, em razão de uma deficiente formação, acabou por violar a lei.

Ilegalidade e improbidade são conceitos que não se confundem, não podendo ser chamado de desonesto ou de corrupto aquele que, de forma descuidada e, muitas vezes, por conta da sua má formação técnica, praticou uma simples ilegalidade.

É preciso lembrar que muitos agentes públicos, em especial aqueles que ocupam cargos eletivos e que foram escolhidos de forma democrática, não possuem conhecimento técnico suficiente para decidir a respeito de determinados assuntos.

Não se pretende aqui dizer que a responsabilidade não existe quando se age com culpa, mas, sim, afirmar que a acusação de improbidade deve ser reservada àqueles casos extremos em que a lesão foi produzida de forma consciente e com a nítida vontade de produzi-la ou quando se assume conscientemente o risco do resultado.

Do contrário, correr-se-ia o sério risco de não mais se encontrar ninguém honesto disposto a assumir os pesados ônus de um cargo político que exige decisões rápidas das mais variadas espécies e sobre assuntos complexos que não necessariamente são de conhecimento do administrador.

Responsabilizar o agente em razão de prejuízos por ele causados é uma coisa e outra muito diferente é compreendê-lo nos termos da lei de improbidade e de modo a aplicar-lhe as pesadas sanções nela previstas.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

[...] A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações

que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas em lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o aspecto da proporcionalidade entre os meios e os fins.

[...] No caso da lei de improbidade administrativa, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. (DI PIETRO, 2013, p. 905-906).

Alexandre de Moraes, por sua vez, nos ensina:

A lei de improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção [...] O ato de improbidade administrativa exige para sua consumação um desvio de conduta do agente público, que no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no art. 11 da presente lei. (MORAES, 2006, p. 317).

Outro não é o pensamento de Marcelo Figueiredo que diz:

[...] imaginemos dada omissão culposa (involuntária, portanto) do agente público causadora de pequena lesão ao erário. Para a lei, há ato de improbidade administrativa, e ‘tollitur quaestio’. Será crível afirmar-se que tal agente terá seus direitos políticos cassados por força de lei, perderá a função pública, terá seus bens indisponíveis etc. etc. etc. Parece que a conclusão do raciocínio aponta para o absurdo, indício de erro no percurso exegético. Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional. A preocupação não é meramente acadêmica ou fruto de devaneio intelectual. Ao contrário, o agente que violar o art. 10 sofrerá as consequências do art. 12, I – aliás, enérgicas, como veremos mais adiante. Tal linha de raciocínio, segundo cremos, deve presidir a interpretação de toda a lei, que falha ora por erros de redação, má técnica, ora pelo conteúdo. Propõe-se a aplicação dos princípios do devido

processo legal em sentido substancial, da proporcionalidade, da proibição de excesso e da racionalidade, como meio de se evitar situações arbitrárias. (FIGUEIREDO, 2009, p. 97).

Dentro de tal ótica ter-se-ia que considerar que a referência à culpa no *caput* do art. 10 da Lei de Improbidade merece uma leitura constitucional para adequá-la aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Proporcionalidade significa equilíbrio entre meios e fins, sendo um princípio que, segundo Hélio Simões Vidal, “é utilizado para aferir o valor justiça dos atos do Poder Público” (VIDAL, 2011, p. 34).

Como diz Edmir Netto de Araújo, uma decisão não será razoável “quando, por exemplo, o sacrifício de um direito ou interesse do administrado não seja proporcional, ou aceitável, em relação ao fim de interesse público que se pretende atingir” (ARAÚJO, 2010, p. 81).

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados)” (MELLO, 2009, p. 109).

Interpretar a lei segundo a Constituição, conforme José Adércio Sampaio, exige a observância dos seguintes princípios: “a) unidade da Constituição; b) ponderação dos interesses em conflito; c) razoabilidade; d) interpretação conforme a Constituição” (SAMPAIO, 2002, p. 785).

Ao falar sobre a necessidade da leitura da lei nos moldes em que foi cogitada pela Constituição, o hoje Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, diz que se trata de “um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal” (BARROSO, 2008, p. 189).

Lenio Luiz Streck diz que a ideia constitui “um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela” (STRECK, 2007, p. 256 e 257).

Portanto, torna-se perfeitamente possível pensar que, ao se referir à culpa no art. 10, a Lei n. 8.429/92 ultrapassou aquilo que pretendia a Constituição Federal quando cogitou do ato de improbidade no art. 37, § 4º e estabeleceu algumas de suas graves penalidades.

Falando da proporcionalidade em matéria legal, Carlos Ari Sunfeld nos ensina:

O princípio da proporcionalidade em sentido restrito (= princípio da 'justa medida') significa que uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser inconstitucional, quando adote 'cargas coativas excessivas', ou desproporcionais em relação aos resultados obtidos. (SUNDFELD, 2003, p. 70).

Poder-se-ia imaginar que o pensamento restritivo que se baseia na exigência de dolo deixaria sem a devida punição aquelas situações em que o agente agiu com desleixo em assuntos que demandam maior cuidado e que, por isso, exigiam a assessoria de profissionais habilitados nas diversas áreas de modo a permitir uma decisão administrativa correta.

Ocorre que a responsabilização na Administração Pública não se esgota na improbidade administrativa, uma vez que se pode punir a conduta do agente ou de terceiros beneficiários ou participantes do ato em outras instâncias.

6. REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS A RESPEITO DO ELEMENTO SUBJETIVO

Com a preocupação de não interpretar como sinônimas expressões que possuem conceitos e valores distintos, nossos tribunais já decidiram:

A acumulação de cargos públicos, um municipal e um estadual, apesar de se caracterizar como ato ilegal, não pode ser reconhecida como ímproba, à inexistência de má-fé do servidor público. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente que (...) a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Conseqüentemente, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduz, necessariamente, a falta de boa-fé, a

desonestidade (...) (Resp 480.387-SP) (TJPR, Ap. Civ. 169.169-0, rel. Luiz Cezar de Oliveira, j. 5.10.2005).

O ato de improbidade, a ensejar a aplicação da Lei n. 8.429/92, não pode ser identificado tão somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um *plus*, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé. (STJ, Resp 269.683-SC, rela. Min. Laurita Vaz, j. 6.8.2006, m.v.).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA. DOLO. MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE.

1. A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire o *status* de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, ou quando há proveito patrimonial obtido com a conduta ímproba.

2. Os equívocos que não comprometem a moralidade ou que não atinjam o erário, não se enquadram no raio de abrangência do art. 11, da Lei 8.429/92, caso contrário restaria para o administrador público o risco constante de que qualquer ato que viesse a ser considerado nulo, seria ímprobo, e não é esta a finalidade da lei, cujo objetivo é combater o desperdício dos recursos públicos e a corrupção.

4. O Supremo Tribunal Federal faculta à administração a possibilidade de rever seus atos a qualquer tempo, sem que isso implique improbidade do administrador público, nos termos da Súmula 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

5. Apelação não provida e remessa oficial prejudicada. (TRF1 - APELAÇÃO CIVEL: AC 9941 MG 2003.38.03.009941-1 - Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO - Julgamento: 31.05.2005 - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Publicação: 01.07.2005 *DJ* p.14) – Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em: 06 maio 2011. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EX-PREFEITO - PROCURAÇÃO OUTORGADA AO VICE-PREFEITO - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR - NÃO CONFIGURAÇÃO DE

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O ato que, embora ilegal, não foi praticado pelo Chefe do Executivo Municipal com desonestidade, imoralidade ou em detrimento do erário público, mas, sim, em virtude de inabilidade do administrador, não gera punição com base na Lei nº 8429/92, principalmente se inexistentes danos à Administração. (Apelação Cível nº 1.0205.04.911289-4/001 – 8ª C. Cível – Rel. Des. Silas Vieira – 01.09.2005) Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 17 maio 2013.

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. A Lei 8.429/92 da Ação de improbidade administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção **ADMINISTRATIVA**, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade **ADMINISTRATIVA**. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.(REsp nº 480387/SP – Rel. Ministro Luiz Fux – 24.05.2004) Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 17 maio 2013.

7. CONCLUSÃO

Enxergar a autonomia constitucional da responsabilidade por ato de improbidade significa dar ao tema a importância que merece e que

tem servido de base para a condenação de tantos desonestos e corruptos que prejuízos causaram e causam ao interesse público e aos cofres do Estado.

Não se trata de reconhecer novas sanções que poderiam ser inseridas nas instâncias tradicionais de responsabilidade e, sim, de possibilitar a soma de outras punições que são impostas em benefício do interesse coletivo.

É preciso, no entanto, dar ao tema a correta dimensão, evitando-se que aquilo que deveria ser reservado aos casos sérios e extremos seja banalizado ao ponto de se reconhecer improbidade em todas as situações de ilegalidade, o que, com certeza, não foi a intenção da lei e, muito menos, é o que deseja a Constituição Federal.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa, prescrição e outros prazos extintivos*. São Paulo: Atlas, 2012.

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

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. Doutrina, Legislação e Jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

LEAL, Felipe Veit. O elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa e a sua comprovação. *Revista de Doutrina do TRF da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 50, out. 2012. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Felipe_Leal.html> Acesso em: 23 maio 2013.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais ilegais e desvio de poder em face da Lei Federal 8.429/92. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador*, n. 8, dez. 2006; jan./fev. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2013.

SAMPAIO, José Adércio. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIDAL, Hêlvio Simões. *Curso avançado de processo penal*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2013.

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Felipe_Leal.html>. Acesso em: 23 maio 2013.

<<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 17 maio 2013.

<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/>. Acesso em: 22 maio 2013.

<<http://www.trf1.jus.br/default.htm>>. Acesso em: 17 maio 2013.

