

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1 Introdução

A proteção à probidade administrativa é uma velha preocupação não só dos operadores do Direito, mas também de toda a população. Constantes são as denúncias e informações, através dos meios de comunicação de atos, que geram prejuízo ao erário, enriquecimento dos agentes diretamente envolvidos e ofensas aos princípios que regem a Administração Pública.

Também com grande frequência, percebe-se a revolta e o descrédito da população, que busca soluções e punições dos responsáveis pelo mau uso dos bens e recursos públicos.

A Constituição da República de 1988 trouxe inovações sobre o controle da Administração Pública, notadamente no que diz respeito à probidade da atuação dos agentes públicos. A preocupação fica clara na colocação do princípio da moralidade administrativa, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, ao lado da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Além disso, foi feita previsão específica sobre o tema no art. 37, § 4º, da Constituição da República, estabelecendo-se algumas sanções e relegando a regulamentação de parte da matéria à legislação infraconstitucional. Com efeito, em 3 de junho de 1992, entrou em vigor a Lei 8.429, que, em consonância com a previsão constitucional, veio a especificar a disciplina jurídica dos atos de improbidade administrativa.

Através da citada Lei, foi feita a definição de diversos ilícitos, com a cominação de sanções, a indicação dos sujeitos ativo e passivo, o estabelecimento do procedimento, da responsabilidade patrimonial, entre outras questões.

Por outro lado, existe uma aparente dificuldade em se identificar em qual área do Direito deve ser enquadrado o ato de improbidade administrativa.

Pelo presente trabalho, busca-se analisar quais os fundamentos constitucionais do reconhecimento da autonomia da improbidade administrativa, com o conseqüente reflexo na compreensão dos tipos infracionais, averiguando-se de que modo pode ser sustentada a constitucionalidade do elemento subjetivo culpa (em sentido estrito) previsto no art. 10 da Lei 8.429/92.

Por fim, será feita avaliação sobre qual a consequência prática da autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa na dosimetria das sanções administrativas, ao se considerar a possibilidade de o agente público igualmente responder em outras instâncias.

2 Desenvolvimento

Improbidade administrativa é o ato ilegal ou contrário aos princípios da Administração, qualificado pela desonestidade e cometido por um agente público no exercício de suas funções. O ato de improbidade acarreta enriquecimento ilícito do agente público, o prejuízo ao erário ou a ofensa aos princípios da Administração.

Por outro lado, responsabilidade é o “dever de arcar com as consequências do próprio comportamento ou com as ações de outrem” (<http://pt.wikipedia.org/wiki/Responsabilidade>).

A doutrina e a jurisprudência admitem que são três as esferas de responsabilidade jurídica contempladas pelo ordenamento jurídico em geral, quais sejam: civil, criminal e administrativa.

Responsabilidade penal é o dever jurídico de responder pela prática de uma conduta delituosa. Ao cometer uma infração penal, um agente considerado imputável responderá a um processo judicial e poderá ser submetido a uma pena. É necessário um juízo de tipicidade das condutas para que se possa levar à aplicação de penas.

Já a responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano injusto que uma pessoa causa a outrem, resultante do descumprimento de um dever jurídico, contratual ou não. Nessa esfera de responsabilidade, a reparação do dano é feita por meio da indenização, que é quase sempre pecuniária.

Finalmente, quando o servidor pratica algum ilícito administrativo, a ele é atribuída a responsabilidade administrativa. As condutas podem ser omissivas ou comissivas, devendo os fatos estar previstos na legislação estatutária.

Na responsabilidade administrativa, estão incluídas também as situações envolvendo os vínculos entre o cidadão e o Estado, ora em relação de sujeição geral, ora em relação de sujeição especial. Na primeira hipótese, enquadram-se quaisquer cidadãos que estejam indistinta e potencialmente submetidos à situação jurídica disciplinada em lei. No segundo caso, estão apenas aqueles que se submetem às normas estatutárias, de forma seja espontânea, seja forçada.

Percebe-se uma dificuldade em se identificar a área do Direito a que deveria ser ajustada a responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa. É incorreto dizer que seria uma hipótese especial de responsabilidade civil, área relacionada ao direito privado, uma vez que se trata de disciplina estabelecida para responsabilizar os agentes públicos no exercício de suas atividades. Embora a responsabilidade pela prática de atos de improbidade acarrete o ressarcimento do dano, a disciplina básica dos atos de improbidade administrativa relaciona-se mais com o direito público. Ademais, a atuação do agente não é feita em nome próprio, mas em cumprimento de uma missão pública, já que ele é investido em competências previstas em lei e visando à satisfação do interesse público.

Do mesmo modo, torna-se inapropriada a aplicação do Direito Penal, na medida em que os atos de improbidade administrativa não dão ensejo à aplicação de penas privativas ou restritivas de liberdade, não se submetendo ao juízo criminal. Além disso, não se aplicam aos atos de improbidade administrativa o princípio da tipicidade, segundo o qual é necessária a descrição precisa de todos os elementos constitutivos da infração penal.

Por fim, também não é o caso de aplicação do Direito Administrativo sancionador, já que as faltas disciplinares são punidas com base no poder disciplinar da Administração Pública, que é correlato ao poder hierárquico. Em sentido contrário, as hipóteses de improbidade administrativa, em razão de suas especificidades, necessitam da intervenção judicial. Seu fundamento não é o poder hierárquico e a supremacia especial da Administração Pública, mas a supremacia geral do Estado e do *jus puniendi* que lhe é próprio.

A responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa, em razão de suas particularidades, está além das esferas tradicionais de responsabilidade (civil, penal e administrativa), sendo autônoma em relação a elas. Com efeito, após uma análise sistemática dos artigos 1º, 15/V, 37 e 37/§4º, todos da Constituição da República, chega-se à conclusão de que a responsabilidade por improbidade administrativa encontra sua própria autonomia e fundamento na Constituição da República.

Explica-se: O princípio republicano, previsto no artigo 1º da Constituição da República, é uma forma de governo com a característica da *res publica*, ou seja, a coisa do povo e para o povo. É uma forma de governo cujo poder emana do povo, em vez de outra origem, como a hereditariedade ou o direito divino, sendo empregado como designação do regime que se opõe à monarquia.

¹ Juiz de Direito. Pós-graduado em Direito Público pelo CAD – Centro de Atualização em Direito.

José Afonso da Silva (2002, p. 102/103) afirma que:

O termo República tem sido empregado no sentido de forma de governo contraposto à monarquia. No entanto, no dispositivo em exame, ele significa mais que isso.

[...]

Aqui ele se refere, sim, a uma determinada *forma de governo*, mas é, especialmente, designativo de uma coletividade política com características da *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública, ou seja: coisa do *povo* e para o *povo*, que se opõe a toda forma de tirania, posto que, onde está o tirano, não só é viciosa a organização, com também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República.

Assim, tem-se que o agir deve ser feito em nome da sociedade, e não por interesse pessoal, decorrendo daí pelo menos três deveres que influenciam o exercício de qualquer função pública, quais sejam: a transparência, a prestação de contas e a responsabilidade.

Sobre o primeiro importa dizer que, se há recursos públicos (capital, empréstimo de bens, cessão de servidores públicos), então é preciso esclarecer de que modo são utilizados. É através da transparência que resta garantida aos cidadãos a capacidade de controlar tanto as instituições do Estado quanto a atuação dos agentes públicos, contribuindo para o aprimoramento das estruturas de fiscalização, denúncia e responsabilização.

O segundo significa que deve ser dito o que foi feito, de qual modo o foi e para qual fim. A finalidade da prestação de contas é demonstrar que os objetivos propostos foram cumpridos e que o procedimento seguido está em conformidade com as normas estabelecidas. A prestação de contas deve permitir ainda que os erros detectados sejam corrigidos de modo a orientar a gestão, tornando-a mais eficiente.

Ressalte-se, ademais, que o art. 70, parágrafo único, da Constituição da República indica claramente o dever de prestar contas, senão vejamos:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Já o último dos deveres significa que o agente deve responder pela eventual violação da confiança que foi depositada e não correspondida. Trata-se do dever de arcar com o próprio comportamento ou com as ações de outrem. É a consequência jurídica decorrente do desrespeito ao ordenamento jurídico.

Por isso, o regime jurídico administrativo estabelecido no art. 37 da Constituição Federal deve ser interpretado de acordo com o princípio republicano, notadamente em observância ao dever de responsabilidade. Por outro lado, o art. 15, V, da Constituição da República estabelece que os casos de improbidade administrativa estão entre as hipóteses de limitação dos direitos políticos.

Trata-se, na verdade, da principal penalidade, já que os direitos políticos, como direitos públicos subjetivos, permitem “o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania” (MORAES, Alexandre de. 2007, p. 211).

As normas relativas aos direitos políticos estão interligadas com o princípio democrático, na medida em que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente.

A privação do exercício dos direitos políticos somente poderá ocorrer nas hipóteses expressamente previstas no texto constitucional, devendo ser feita uma interpretação restritiva das suas hipóteses de incidência, haja vista, conforme ressaltado, tratar-se de forma de expressão da soberania popular.

Percebe-se daí a relevância dada à conduta ímproba, que mereceu uma atenção especial do legislador constituinte, restando confirmada, mais uma vez, a intenção de tratamento específico e diferente das demais hipóteses de responsabilidade.

Além disso, o art. 37, *caput*, da Constituição da República inseriu o princípio da moralidade entre aqueles aplicáveis à Administração Pública. Ressalvadas opiniões em contrário, entende-se que as expressões *probidade* e *moralidade* se equivalem, sendo que a Constituição menciona a moralidade como princípio, e a improbidade, como lesão ao mesmo princípio. Nesse sentido são os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 883):

A doutrina, em geral, procura distinções quanto ao sentido de *probidade* e de *moralidade*, já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que o de moralidade, porque aquela não abarcaria apenas elementos morais. Outros ainda sustentam que, em última instância, as expressões se equivalem, tendo a Constituição, em seu texto, mencionado a moralidade como princípio (art. 37, *caput*) e a improbidade como lesão ao mesmo princípio (art. 37, § 4º). Em nosso entender, melhor é esta última posição. De um lado, é indiscutível a associação de sentido das expressões, confirmadas por praticamente todos os dicionaristas; de outro, parece-nos desnecessário buscar diferenças semânticas em cenário no qual foram elas utilizadas para o mesmo fim – a preservação do princípio da moralidade administrativa.

Como se não bastasse, o art. 37, § 4º, da mesma norma é no sentido de que os atos de improbidade administrativa importarão na 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.

Percebe-se deste dispositivo que o texto constitucional pretendeu demonstrar de forma expressa que outras sanções, que não apenas aquela prevista no art. 15, V, deveriam ser aplicadas, relegando para a legislação infraconstitucional a regulamentação de algumas delas, numa nítida demonstração de que os atos de improbidade devem ser severamente punidos.

Por essas razões, tanto pela expressão “improbidade administrativa” em dois artigos do texto constitucional, como também por ser a responsabilidade de um dos deveres decorrentes do princípio republicano, deve a improbidade administrativa ser considerada como possuidora de autonomia constitucional enquanto instância de responsabilidade.

Essa autonomia em tudo se reflete na forma de tratamento do tema ao se aplicar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992). Com efeito, a tipificação dos atos de improbidade administrativa não ocorre da mesma forma como nos do Direito Penal, uma vez que não é exigida a tipicidade estrita. Na dosimetria da pena, deve ser observado se o agente praticou o ato investido de função pública. Além disso, durante o processo judicial, a identificação do ilícito administrativo deve ser aferido objetivamente.

Por sua vez, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como ímproba, é imprescindível a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992).

Ressalvadas opiniões em contrário (PRADO, Francisco Octavio de Almeida. 2001, p. 98), é possível que o elemento subjetivo seja a culpa, tal como ocorre no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992).

Não se pode aceitar o argumento de que a noção de improbidade envolve a desonestidade, o que pressuporia uma consciente e voluntária violação dos preceitos legais e morais. Isso porque, dada a autonomia constitucional da improbidade administrativa, já devidamente explicitada, bem como do regramento infraconstitucional expresso, entende-se como possível que a culpa seja o elemento subjetivo.

Observe-se que o texto constitucional não fez qualquer menção nesse sentido, deixando que a norma infraconstitucional tratasse do assunto, o que é perfeitamente possível, tal como ocorre em diversas outras hipóteses.

Outrossim, a culpa é perfeitamente compatível com a natureza dos atos de improbidade administrativa, já que o despreparo para o cargo, o desleixo com a coisa pública, ou a desídia na gestão dos recursos estatais, fazem com que o agente público, no exercício de suas funções, provoque prejuízos ao erário.

Nesse sentido é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho (2006, P. 891).

O **elemento subjetivo** é o **dolo** ou a **culpa**, como consta do *caput* do dispositivo. Neste ponto o legislador adotou critério diverso em relação ao enriquecimento ilícito. É verdade que há autores que excluem a culpa, chegando mesmo a considerar inconstitucional tal referência no mandamento legal. Não lhes assiste razão, entretanto. O legislador teve realmente o desiderato de punir condutas culposas de agentes que causem danos ao erário. Alias, para não deixar dúvida, referiu-se ao dolo e à culpa também no art. 5º, que da mesma forma dispõe sobre prejuízos ao erário. Em nosso entender, não colhe o argumento de que a conduta culposa não tem gravidade suficiente para propiciar a aplicação de penalidade. Com toda a certeza, há comportamentos culposos que, pela repercussão que acarretam, têm maior densidade que algumas condutas dolosas. Além disso, o princípio da proporcionalidade permite a perfeita adequação da sanção à maior ou menor gravidade do ato de improbidade. Tanto quanto na improbidade que importa em enriquecimento ilícito, não há ensejo para a tentativa.

Outra questão que surge se refere à possibilidade de o agente público igualmente responder em outras instâncias.

O fato de a improbidade administrativa possuir autonomia constitucional não importa em dizer que seja completamente independente das demais esferas de responsabilidade, na medida em que existe uma relativa influência entre elas. A condenação criminal, por exemplo, não pode ser negada em outro juízo, repercutindo na ação de improbidade. No entanto, a absolvição na esfera criminal só favorece o réu de improbidade se o juiz declarar a inexistência do fato ou a exclusão da autoria, não bastando que ela seja feita em razão da atipicidade da conduta ou em razão da extinção da punibilidade.

Frise-se, por oportuno, que, nos termos do art. 935 do Código Civil, a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no juízo criminal.

O art. 21, II, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992) é no sentido de que a aplicação das sanções previstas nesta lei independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Deve ser observado, na dosimetria da pena, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que as sanções previstas em cada um dos incisos do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992) podem ser aplicadas de forma cumulativa ou não. Com efeito, o princípio do *non bis in idem* significa que nenhuma pessoa pode ser condenada duas vezes ou mais pela prática de um mesmo fato. Isso não implica dizer que seja proibido atribuir mais de uma sanção a uma mesma conduta. Cumpre ressaltar que o princípio de vedação ao *bis in idem* não possui previsão constitucional expressa, embora, de modo implícito, seja reconhecido como decorrência dos princípios da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal.

Frise-se, por oportuno, que o próprio texto constitucional faz a previsão expressa de várias sanções, quais sejam: a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário (art. 37, § 4º), numa nítida demonstração da possibilidade de cumulação de várias sanções ao mesmo fato.

Já o art. 12, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992), em consonância com o art. 37, § 4º, da Constituição da República, e regulamentando a matéria, é categórico em estabelecer que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, fica o responsável pelo ato de improbidade sujeito às diversas cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

Assim, a cumulação de sanções administrativas com sanções penais e civis, ou de qualquer delas entre si, desde que haja proporcionalidade entre o ato praticado, não ofende o princípio do *non bis in idem*.

3 Conclusão

A Constituição da República de 1988 trouxe inovações no controle da Administração Pública, notadamente no que diz respeito à probidade da atuação dos agentes públicos.

Através do presente trabalho, e após uma análise dos artigos 1º, 15/V, 37, e 37/§ 4º, da Constituição da República, chegou-se à conclusão de que a responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa está além das esferas tradicionais de responsabilidade (civil, penal e administrativa), sendo autônoma em relação a elas, encontrando sua autonomia e fundamento na própria Constituição.

Constatou-se que essa autonomia se reflete na forma de tratamento do tema ao se aplicar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992).

Também se chegou à conclusão de que, dada a autonomia constitucional da improbidade administrativa, bem como o regramento infraconstitucional expresso, é possível que o elemento subjetivo seja a culpa, tal como ocorre no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992).

Por fim, inferiu-se sobre a possibilidade de cumulação de sanções pela prática de improbidade administrativa com sanções penais, administrativas e civis, ou de qualquer delas entre si, desde que haja proporcionalidade entre o ato praticado, não havendo ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

4 Bibliografia

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 23 set. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm >

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

pt.wikipedia.org/wiki/Improbidade_administrativa pt.wikipedia.org/wiki/Responsabilidade

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.