

Improbidade Culposa – Um Contra-Senso.

Marcos Roberto Franco

Advogado, Procurador do Município de São Paulo, Chefe da Assessoria Técnica e Jurídica da Secretaria Municipal de Negócios Jurídicos de São Paulo.

Sumário: 1. Introdução – Conceituação – 2. Culpa x Improbidade – 3. Do Entendimento Doutrinário – 4. Do Entendimento Jurisprudencial – 5. Da Desproporcionalidade da Sanção Prevista – 6. Conclusão – 7. Referências Bibliográficas.

Resumo: O trabalho ora apresentado é fruto da experiência profissional adquirida em período em que atuei como Procurador Chefe da Unidade do Departamento Judicial, da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, responsável, entre outras atividades, em propor e/ou atuar nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, o que me levou a estudar com olhar mais atento as várias nuances e implicações práticas e acadêmicas da Lei 8.429/92, especialmente a situação contraditória criada pela previsão do artigo 10 da mencionada Lei, quando previu a possibilidade de apenamento do agente por ato de improbidade administrativa mesmo tendo agido de forma culposa.

Palavras-chave: Improbidade – culposa – inconstitucionalidade -

1 – Introdução - Conceituação

Sem prejuízo da evidente possibilidade da condenação do agente público na obrigação de reparar o dano causado ao erário, por meio de ação cível apropriada, e da responsabilização funcional de servidores envolvidos em atos de improbidade administrativa, merece relevo a discus-

são acerca da possibilidade jurídica do apenamento de sujeito que incorre, de modo culposo, nas prescrições da Lei 8.429/92.

A questão é de elevado interesse jurídico e exige minuciosa ponderação, sendo oportuno destacar desde já que a Doutrina mais recente e abalizada e a Jurisprudência, levando em conta o espírito da Lei e a exata noção do que realmente seja a "improbidade administrativa", têm firmado entendimento no sentido de que há incongruência entre os conceitos de conduta ímproba e ação culposa.

Não se pode, porém, enfrentar o tema, sem ter em mente a correta conceituação do que seja "improbidade administrativa".

Na obra intitulada "Probidade Administrativa", o professor Marcelo Figueiredo, que leciona Direito Constitucional na PUC/SP, ministra o seguinte ensinamento:

"Improbidade: Do latim improbitate. Desonestidade. No âmbito do Direito o termo vem associado à conduta do administrador amplamente considerado. Há sensível dificuldade doutrinária em fixar-se os limites do conceito de "improbidade". Assim, genericamente, comete maus-tratos à probidade o agente público ou o particular que infringe a moralidade administrativa." (ob. cit., 5ª edição, pg. 41 – ed. Malheiros)

O professor Alexandre de Moraes, que atualmente compõe o Conselho Superior da Magistratura ensina que:

"Atos de Improbidade Administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e definitivamente tipificada em lei federal, ferem diretamente ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário público." (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Ed. Atlas. 2002, pg. 2.610)

Para Ives Gandra, citado por Mauro Roberto Gomes de Mattos na obra "O Limite da Improbidade Administrativa"¹

"É irresponsável aquele que macula, tísna, fere, agride a moralidade pública, sendo ímprobo administrador, favorecendo terceiros,

¹ Ob. Cit. 2ª edição, pg. 05. Editora América Jurídica.

*praticando concussão ou sendo ímprobo administrador, ou sendo instrumento de corrupção.*²

Por sua vez, Marino Pazzaglini Filho, no livro "Lei de Improbidade Administrativa Comentada", de forma contundente declara:

*"A improbidade administrativa, sinônimo jurídico de corrupção e malversação administrativa, exprime o exercício da função pública com desconsideração aos princípios constitucionais expressos e implícitos que regem a administração Pública."*³ g.n.

Da obra "Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público"⁴ podemos extrair que :

"Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designatório técnico para a chamada corrupção administrativa, que sob diversas formas promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo tráfico de influência nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento do interessados da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos". (ob. cit. pgs.5 e 6; 2ª edição, ed. América Jurídica)

Os conceitos supratranscritos nos conduzem com muita segurança a noção de que a improbidade administrativa, do ponto de vista técnico-jurídico, é conduta afeta ao desonesto, ao corrupto, ao nefasto, ao sujeito que intenta contra o erário, que se apropria ilicitamente do que é público ou permite que outros possam auferir vantagem indevida em prejuízo da Administração.

A improbidade administrativa, segundo se depreende, é inerente à pessoa que se conduz desprovido de princípios éticos, com desvio de caráter, com ânimo torpe em relação aos bens que lhe são confiados.

Especificamente no caso da Lei 8.429/92, o legislador pretendeu enquadrar a conduta daquele que, desprovido de altivez moral, se sujeita

² In: Aspectos Procedimentais do Instituto jurídico do impeachment e conformação com a figura da improbidade administrativa – RT 663/205.

³ Ob. Cit. pg. 16, Editora Atlas, 1ª edição.

⁴ Ob. Cit. Autor: Waldo Pazzio Jr., Editora Atlas – 3ª edição – pg. 36.

às condutas descritas pela norma, utilizando-se da relação que mantém com o Estado em prejuízo deste.

Esta, portanto, é a mens legis da denominada “Lei de Improbidade Administrativa”, qual seja, tipificar e punir a conduta daquele que, utilizando-se do vínculo com o Poder Público, agindo desonestamente e sem limites éticos ou morais se enriquece ilicitamente, causa prejuízo ao erário ou atenta contra os princípios da Administração Pública.

2 – Culpa x Improbidade

Norteados por tal conceituação, não podemos fugir da reflexão que nos interessa no caso. Se a improbidade administrativa é conduta evada e maculada pela desonestidade e pela imoralidade, seria possível uma conduta típica improba por ato culposos, ou seja, sem intenção?

Em outras palavras, seria concebível uma desonestidade sem intenção?

Tal discussão seria desprovida de maiores ilações não fosse o fato de que o artigo 10 da norma em comento prevê de forma expressa que: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa...”

Muito embora legislação posta, causa perplexidade referida previsão legal.

Data vênia, como se demonstrará, não se coaduna tal normatização com o conceito de improbidade doutrinariamente concebido. Não me parece ter sido o espírito do legislador a proteção simplista do erário frente aos prejuízos eventualmente experimentados, pois, para condutas causadoras de lesões patrimoniais, provocadas por agentes públicos (ou não), sempre existiu a via reparatória cível, agora prevista no artigo 186 do Código Civil, ficando o agente público desidioso sujeito, ainda, às sanções na órbita Administrativa (procedimento disciplinar).

A interpretação sistemática da Lei 8.429/92 e a análise contextual da norma nos remetem insofismavelmente ao caráter de combate à corrupção que se pretendia implementar com a decantada “Lei de Improbidade”.

O móvel do legislador, incontestavelmente, foi o de punir mais severamente os casos de dilapidação da coisa pública, provocada pela horda de sujeitos inescrupulosos que insistentemente tomam de assalto o Estado.

Neste contexto, a figura da "improbidade culposa", prevista no artigo 10 da norma em comento, surge como um anacronismo, como um corpo estranho, levando a crer que o legislador disse mais do que queria dizer.

Tal incongruência legislativa não tem passado ao largo da análise Doutrinária e Jurisprudencial.

3 – Do Entendimento Doutrinário

No livro "Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais"⁵, coordenado pelos professores Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, o ex-Procurador Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga, ao abordar o tema explicita:

"Pode-se, pois, conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário.

É essa qualificadora da imoralidade administrativa que aproxima a improbidade administrativa do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente.

É de José Afonso da Silva a afirmação de que "todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa, mas nem sempre a lesão ao patrimônio público pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causador da lesão, marcada pela desonestidade. (g.n.)

Assim, a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no seu estrito sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, ter a pecha de improbidade, dada a ausência de comportamento

⁵ "Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais" : 2ª edição. Editora. Malheiros, pgs. 107/111.

desonesto – atributo, esse, que distingue a espécie (improbidade) do gênero (moralidade).”

Com base nesta linha de pensamento o ilustre jurista sustenta de forma taxativa:

“Todavia, a Lei 8.429/92, prevê, em seu artigo 10, como sendo ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação culposa “que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbarateamento {sic} ou dilapidação dos bens ou haveres de entidades públicas”

Estando excluída do conceito constitucional de improbidade administrativa a forma meramente culposa de conduta dos agentes públicos, a conclusão inarredável é a de que a expressão “culposa”, inserida no caput do artigo 10 da lei em foco, é inconstitucional.” (pg. 108)

“Desonestidade implica conduta dolosa, não se coadunando, pois com o conceito de improbidade a conduta meramente culposa.”

O professor Marcelo Figueiredo, na obra já mencionada acima, corrobora e reforça o entendimento supra transcrito:

“De fato, ao deitarmos alguma reflexão sobre o dispositivo comentado, certas apreensões nos vêm à mente. A primeira relativa à elasticidade do conceito legal de ato de improbidade administrativa. É certo que a Constituição (art. 37, § 4º) determina 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. Contudo, a lei integradora da vontade constitucional foi além do razoável ao dispor que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa (...)”. Ao que parece, o legislador infraconstitucional levou longe demais o permissivo da Lei Maior, ausentes a proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. Assim, se não inconstitucional, o dispositivo deve ser interpretado conforme a constituição.

Em síntese, 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 da lei, perderá a função pública, terá seus bens indisponíveis, etc., etc., etc. parece que a conclusão do raciocínio aponta para o absurdo, indicando o erro 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 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.” (p. 102 e 103 – g.n.)

No mesmo sentido, na obra “O Limite da Improbidade Administrativa, já mencionada, o professor Mauro Roberto Gomes de Mattos, abre um título com a denominação “DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ATO DE IMPROBIDADE – CONDOTA CULPOSA” para se posicionar da seguinte forma:

“Como muito bem diz José Afonso da Silva, o “Improbo administrador é o devasso da Administração Pública”

Assim, como considerar devasso aquele agente público que inconscientemente, sem ser desonesto, comete equívocos?

Assim sendo, somente a conduta dolosa (consciente) é que deverá ser considerada, em tese, como possível improbidade administrativa, sob pena de vulgarização da própria norma, como ferimento ao princípio da razoabilidade, como será demonstrado a posteriori” (ob. cit. (5) p. 253)

4 – Do Entendimento Jurisprudencial

Nossos Tribunais já têm se posicionado e não destoam da Doutrina ora transcrita.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso, em julgado de 20.08.2002 assim decidiu:

“(...) Para que seja tipificada a improbidade administrativa, faz-se necessário que tenha havido a caracterização inequívoca de dolo, ou seja, de que houve vontade deliberada do agente em fraudar

a lei...” (TJ/MT, Rel. Des. Benedito Pereira do Nascimento, AI nº 8368/2002, 2ª CC)

No mesmo sentido:

“(...) Como não houve indícios de dolo ou má-fé, nem foi causado prejuízo financeiro aos cofres públicos, afastada está a hipótese de improbidade administrativa. Sentença confirmada.” (TJ/MG, Rel. Des. Jarbas Ladeira, Ap. Cível nº 1.0000.00.332094-2/000, 6ª CC, DJ de 03.10.2003)

É da lavra do Ministro Garcia Vieira do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 213.994-0/MG o brilhante enunciado:

“A Lei alcança o administrador desonesto, não o inábil” (DJ de 27.09.1.999 – No mesmo sentido STJ/ROMS nº 8858/RJ, Rel. Min. Milton Luis Pereira, DJ de 19.04.99 – citados por Mauro Roberto G. de Mattos, ob cit, p. 255)

O mesmo autor mencionado por último destaca:

“Partindo-se da premissa de que o elemento subjetivo da desonestidade, que deságua na improbidade administrativa, é o dolo, não há como estender tal princípio para a culpa, eis que o divórcio entre uma e outra situação é insuperável. Não pode o legislador querer desnaturar a figura da boa-fé ou da falta de intenção de lesar o ente público, para considerá-la, em igualdade de condições, com aquelas situações caracterizadoras da devassidão do agente público desonesto que traz no seu espírito intenções impuras e imorais reveladas pela vontade de fraudar o erário.” (ob. cit. (5) p. 255/256)

Neste trecho o autor cita decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo segundo a qual:

“Inexistindo prova de que o funcionário público agiu de má-fé, presume-se a sua boa-fé, o qual deve ser excluído do pólo passivo da demanda...” (TJ/SP, RT 735/266)

5– Da Desproporcionalidade da Sanção Prevista.

Fundamentado, pois, na Doutrina e na Jurisprudência exposta, não se pode concluir, senão pela impossibilidade de que a ação culposa

possa submeter o sujeito ao elevado rigor das sanções previstas pela Lei 8.429/92.

Não descuido do fato de que são graves para a Administração os efeitos da desídia e da falta de zelo de alguns agentes, porém, não se configurando ao menos o denominado dolo eventual, não há que se falar em desonestidade ou improbidade.

Vale insistir. A reparação do dano e a eventual punição administrativa pela conduta culposa têm respaldo em outras normas, não sendo adequado, como vimos, tratar o inapto com o mesmo tratamento dispensado pela lei ao corrupto e ao desonesto.

Tal conclusão se potencializa ainda mais quando, no caso do servidor, a apuração administrativa conclui que a conduta culposa do sujeito não é justificativa sequer para demissão do mesmo.

Como coadunar a conclusão de um procedimento administrativo que considera demasiada a pena de demissão, no caso de condutas culposas, com as severas penas do artigo 12, inciso II da Lei que prevê "a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos..."

Até do ponto de vista do interesse processual, portanto, mostra-se temerária uma pretensão punitiva baseada na Lei de Improbidade.

Pondere-se que as penas do artigo 12, II não são expostas em caráter alternativo. São impostas cumulativamente. Em outras palavras, o Magistrado não pode escolher aplicar só a multa, ou só a pena de suspensão dos direitos políticos, mas terá que aplicá-las todas, cabendo-lhe apenas dosar a sanção dentro dos parâmetros estatuidos (suspensão dos direitos políticos por cinco e não por oito anos, v.g.)

Vale recorrer novamente à Doutrina para elucidar bem a situação.

O já mencionado jurista e ex-Procurador Geral da República, Aristides Junqueira, no livro "Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas" destaca que:

"A outra sanção de compulsória imposição é a perda da função pública, tendo em vista a flagrante impossibilidade de ser ela exercida por pessoa ímproba, ou seja, por pessoa que age desonestamente, de má-fé.

Com efeito, agente público que tenha cometido ato de improbidade não pode permanecer ocupando cargo ou função pública, sejam os cargos efetivos, comissionados ou eletivos, já que não há lugar para os improbos na Administração Pública.

Essa é a leitura que há de ser feita do art. 37, § 4º da Constituição da República.

Conseqüentemente, quando a Lei 8.429/92, em seu artigo 12, prevê, em todos os seus incisos, a imposição de sanções relativas à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos, tal imposição há de ser imperativa e cumulativa.

Ainda como conseqüência, o parágrafo único do mencionado art.12, cujo destinatário é o juiz, não está a permitir que, na "fixação das penas" nele referida, possa optar, discricionariamente, pela aplicação de uma ou outra sanção, excluindo, por exemplo, a perda da função ou a suspensão dos direitos políticos. A única discricionariedade ali permitida ao magistrado é quantitativa, e não qualitativa." (ob. cit. (5) pg. 109 g.n.)

Com efeito, não se pode sustentar Administrativamente que a pena de demissão seja demasiada e, ao mesmo tempo, pleitear perante o Judiciário, a imposição das penas do artigo 12, II da Lei de Improbidade, muito mais graves que a simples demissão do servidor.

Portanto, para os casos em que a conduta imputada é culposa, não se sustenta o tratamento dispensado pela Lei 8.429/92.

6 - Conclusão

Diante deste quadro, conclui-se que, submeter o agente negligente, imprudente ou imperito, às mesmas sanções destinadas ao sujeito desonesto e inescrupuloso, constitui-se grave equívoco que desnatura e vulgariza a mens legis.

Resta, portanto, notória a inconstitucionalidade do artigo 10 da Lei 8.429/02, no ponto em que prevê a punição de agente a título de culpa, uma vez que este tipo de enquadramento fere frontalmente os princípios da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da presunção de boa-fé e o espírito da própria Lei em comento, merecendo o devido reparo esta

importante norma que, sob outros aspectos, trouxe insofismáveis avanços na busca da proteção do erário.

7 - Referências Bibliográficas:

- BUENO, Cássio Scarpinella. PORTO FILHO, Pedro Paulo Rezende. Improbidade Administrativa (Questões Polêmicas e Atuais), 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- FAZZIO JR., Waldo. Improbidade Administrativa – Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1998.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2.004.
- GOMES, Mauro Roberto. O Limite da Improbidade Administrativa, 2ª ed., São Paulo: América Jurídica, 2.005.
- MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, São Paulo: Atlas, 2002.
- PAZAZAGLINI FILHO, Mariano. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, São Paulo: Atlas, 2002.