

# A APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E SEUS EFEITOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

*Denise Bittencourt Friedrich<sup>1</sup>*

## **Introdução**

Escândalos políticos envolvendo agentes públicos em casos de corrupção têm ocupado a mídia com certa frequência. Isso deflagra a fragilidade do sistema legal instituído no Brasil para combater e controlar as más práticas contra os cofres públicos e outros bens jurídicos que não podem ser apreciados em termos econômicos, porém, haja vista sua importância, demandam proteção. Refere-se aqui especialmente a valores democráticos, notadamente a confiança que a sociedade deposita nas instituições públicas, valor este tão ricos ao regime jurídico instaurado na Constituição brasileira de 1988.

É inegável que a imprensa livre e a transparência na gestão pública são pilares do Estado Democrático de Direito (inclusive com uma relação de causa e consequência entre ambas), porém, para uma sociedade com pouca experiência democrática, como é o caso da sociedade brasileira, a constante veiculação de notícias sobre corrupção, muitas vezes manipulada por questões políticas, pode ter um impacto negativo na relação de confiança que ela guarda com as instituições democráticas. Por óbvio, não se está a defender que deve ser censurada a mídia para não veicular o mau uso do dinheiro público, o desrespeito do agente público com o interesse público que refletem em casos de corrupção, deve-se sim buscar aprimorar as formas de controle, tanto social como por meio de instituições (como Tribunais de Conta, controles internos e o controle exercido pelo Poder Judiciário), para criar um ambiente de confiança entre a sociedade civil e o Estado, e assim, romper com o paradigma liberal que via no Estado uma constante ameaça aos indivíduos, e por isso buscava limitar sua atuação.

O Estado Social e democrático que o constituinte de 1988 idealizou precisa ter a sociedade civil como aliada a ele para unir esforços e concretizar o modelo

<sup>1</sup> Professora de Direito Administrativo da Universidade de Santa Cruz do Sul –UNISC– e professora de Colaborado do Programa de Pós Graduação em Direito –mestrado e doutorado– desta mesma universidade.

inaugurado pela Constituição vigente, pois sozinho, nem sociedade civil, tampouco Estado, realizarão os objetivos fundamentais de uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim, defende-se que os mecanismos legais, como é a Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal 8.429/92) são ferramentas que contribuem para fomentar a confiança dos cidadãos nas instituições democráticas e nos agentes públicos, e acredita-se que isso irá fortalecer o controle social. Este, é um importante mecanismo de combate e controle da moralidade administrativa, mas para que se efetive, é indispensável que haja índices de confiança elevados, os quais só se constroem em democracias plenas.

O presente artigo primeiro irá fazer um esboço geral sobre a confiança e seu papel estabilizador das expectativas, para depois tecer alguns comentários sobre a Lei de Improbidade Administrativa com o objetivo de demonstrar como que ela atua em favor da confiança, momento em que serão apresentadas decisões jurisprudências que, acredita-se, imprimir interpretação que inadequadamente, restringem o potencial da lei em análise como ferramenta de controle e combate da corrupção.

## **O papel da confiança nas democracias atuais**

As ações e escolhas humanas são guiadas pela confiança que depositam no resultado esperado. Exemplificativamente, o que leva uma pessoa a dirigir com cuidado, em velocidade adequada, sem ingerir bebidas alcoólicas é a confiança de que agindo assim chegará viva e no tempo planejado ao destino previamente escolhido. Agora, se isso vai ocorrer ou não, foge de seu alcance, mas, mesmo assim, age desta forma porque confia no sucesso de seus planos (chegar vivo ao destino escolhido). Não fosse isso, por exemplo, sabendo que iria sofrer um acidente fatal, não tomaria as precauções e o caos no trânsito seria insuportável.

O mesmo em relação às decisões políticas. Quando o cidadão faz sua escolha e vota ou envolve-se, de alguma forma, com as decisões políticas, com o objetivo de influenciá-las, confiante de que as promessas de campanha serão implementadas ou sua participação será levada em conta na implementação de uma política pública. Porém, não há segurança nenhuma de que será assim. Mas, à medida que a experiência demonstrar o respeito a sua participação e a vinculação às decisões deliberativas, aumenta a propensão e o interesse nos processos de tomada de decisão política. O contrário também ocorre, se a

experiência lhe mostrar que as promessas não foram cumpridas, menos confiança terá e o sentimento de insegurança se acentuará. Em tais casos, o que o levará às urnas é a coercibilidade que incide sobre a hipótese de não obedecer a um dever jurídico. Em tais contextos, o voto passa a ser visto como obrigação, mais do que um direito inerente à condição de cidadão. O mesmo acontece em relação às demais formas de participação, que, por não haver coerção, não contarão com o envolvimento da sociedade civil.

Neste sentido, a confiança aumenta a tolerância a incertezas e, com isso, reduz a complexidade do futuro. Transplantando-se isso para a política, o aumento da confiança nas instituições democráticas apresenta-se como uma ferramenta para aumentar a participação social e incrementar o controle social da corrupção, pois, na medida em que o cidadão perceber que suas escolhas políticas estão sendo respeitadas, irá engajar-se mais nas possibilidades de participar que lhe são oferecidas pelo ordenamento jurídico vigente.

A propensão á confiança aumenta na medida em que os sistemas geram um ambiente de segurança interior e de confiança em si mesmo, através da antecipação das possíveis desilusões, este processo é denominado de estabilização das expectativas. Para a teoria dos sistemas, a confiança não pode ser vista como a narração de quais fatos são mais confiáveis, pois “los fundamentos internos de la confianza que estamos buscando no pueden estar en la capacidad cognitiva”,<sup>2</sup> tendo em vista o prejuízo desta postura, devido á complexidade dos sistemas e das relações que travam com o entorno.

A regulamentação de condutas reprováveis aos agentes públicos, como ocorre na Lei de Improbidade Administrativa, é um instrumento de antecipação de condutas, mas agrega a essa circunstância medidas sancionatórias e reparatórias que tem a finalidade de recompor a confiança nas instituições.

Os cidadãos (por mais que alguns afirmem o contrário) confiam nas instituições democráticas assim como nas pessoas incumbidas de administrar e zelar pela coisa pública, podendo variar o grau deste sentimento. Quanto melhor forem os instrumentos de controle (que é uma forma de desconfiar), mais confiarão. Além disso, se os controles forem democráticos, transparentes e abertos à participação social, de forma a permitir pequenas doses de fiscalização e participação, mais incluídos estarão no processo político e mais confiança haverá. Por conseguinte, quanto mais confiarem, mais participarão e mais con-

<sup>2</sup> Luhmann, N. (2005). *Confianza*. Tradução de Amanda Flores. México: Universidad Iberoamericana, p. 136.

trole exercerão, num movimento circular, no qual participação gera confiança e esta gera mais participação. Sob esta perspectiva, ter-se-á uma Administração Pública menos corrupta, em razão de o controle social ser um eficiente mecanismo de combate e controle da corrupção.

As medidas de combate à corrupção devem se ocupar da confiança. Como destaca Bautista,<sup>3</sup> os escândalos envolvendo instituições e agentes públicos abalam a imagem que a sociedade tem das instituições e dos agentes públicos, criando um ambiente de desconfiança e descrença na própria democracia. A confiança nas instituições democráticas e em quem as representa é vital para qualquer sociedade com pretensões de ser democrática, haja vista que a representatividade impõe formas de representação indireta, porque sempre será necessário que haja agentes políticos e administrativos desempenhando atividade pública. O autor aponta um declínio na credibilidade dos governos dos países democráticos na década de 90. Essa situação decorre do fato apontado por ele que o próprio Estado pode fomentar as práticas corruptivas, por meio de leis mal-elaboradas, e pela não observância das normas por parte das instituições públicas.

Os instrumentos de combate à corrupção (dentre os quais destaca-se a Lei de Improbidade Administrativa) têm que dar especial atenção à confiança e criar mecanismos de vinculação dos agentes públicos com vista a inibir o descumprimento das escolhas democráticas, pois a quebra da confiança assume proporções muito desfavoráveis para a democracia.

Através de mecanismos legais bem desenhados e bem interpretados, estabilizam-se as expectativas entre os sistemas e reduz-se a complexidade. Para explicar melhor, os sistemas psíquicos, políticos, administrativos relacionam-se, do que decorre o processamento de informações que serão trazidas para o interior de cada sistema para construir um código próprio. Se estes códigos forem desconhecidos para os demais sistemas, pode ocorrer de cada um ter uma linguagem incompreensível e impeditiva da comunicação entre os sistemas e do respectivo controle integrado previsto no artigo 74 da Constituição Federal Brasileira. Desta situação deriva instabilidade, que, por conseguinte, abala a confiança nas formas de controle. Em decorrência, o controle social será insuficiente, e quanto menos envolvimento social no controle das instituições democráticas, mais desconfiança e mais liberdade à reprodução da corrupção.

<sup>3</sup> Bautista, O. D. (2007). *La ética en la gestión pública*. Fundamentos. Estado de la cuestión y proceso para la implementación de un sistema ético integral en los gobiernos. Madrid, Universidad Complutense.

Acredita-se que seja este o quadro atual no Brasil, pois há falhas importantes da política de controle instituída no Brasil, como, por exemplo, a pouca comunicação entre controle interno e externo, ao sistema de nomeação dos ministros dos tribunais de contas, etc. E, diante da realidade descrita, os procedimentos instaurados não reduzem complexidade, inviabilizando a estabilização dos sistemas, e, por conseguinte, impedem a construção da confiança. Nesta linha de raciocínio Luhmann<sup>4</sup>

*Por lo tanto, la confianza siempre recae en una alternativa crítica, en la que el daño resultante de una ruptura de la confianza puede ser más grande que el beneficio que se gana de la prueba de confianza asegurada. De aquí que el que confía toma conocimiento de la posibilidad del daño excesivo provocado por la selectividad de las acciones de otros y adopta una posición hacia esa posibilidad.*

A perda de confiança sempre deixará resquícios, sendo impossível a reparação integral dos laços da sociedade com as instituições e os agente públicos. Por isso, quem atua na elaboração dos sistemas de controle, deve ter presente a necessidade de buscar mecanismos eficazes para evitar a quebra de confiança. Tais mecanismos, dentre outras medidas, devem impor sanções que desmotive o agente público a descumprir seus deveres funcionais, além do que, é preciso ter um sistema judicial que perceba, e pondere em suas decisões, o impacto da quebra da confiança.

Embora com outro enfoque, Almiro do Couto e Silva<sup>5</sup> descreve que o direito brasileiro tratou do princípio da proteção da confiança<sup>6</sup> como um dos pilares que sustentam o Estado de Direito, razão que permite a defesa de um sistema jurídico e estatal vinculado a referido princípio. Segundo este autor, “a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é a legalidade”.<sup>7</sup> Com isso, legalidade e

<sup>4</sup> Luhmann, N. (2005). *Confianza*. Tradução de Amanda Flores. México, Universidad Iberoamericana, pp. 40-41.

<sup>5</sup> Couto e Silva, Almiro. (2013). “O princípio da segurança jurídica (Proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei de processo administrativo da Unia (Lei 9784/99)”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, Nº 2, abril/maio/junho, 2005. p. 11. Disponível em: [<http://www.direitodoestado.com.br>]. Acessado em: 18 jan.

<sup>6</sup> Diferencia boa-fé, proteção a confiança e segurança jurídica: são três ideais que pertencem a mesma constelação de valores. A boa-fé data do direito romano que assentouse no direito

proteção da confiança atuam lado a lado, em um mesmo grau hierárquico, o que implica dizer que não basta ser legal o ato administrativo, deve também ser promotor da estabilidade das expectativas que os cidadãos depositam no Estado, sob pena de gerar instabilidades e inseguranças insustentáveis num Estado de Direito. Mesmo que o autor trabalhe este princípio sob a ótica da possibilidade de a administração pública anular seus atos ilegais, importa para a abordagem aqui apresentada o valor de princípio que a confiança assume na atualidade.

Diante disso, o princípio de proteção da confiança, como pilar do Estado de Direito, deve ser levado em conta pelo aplicador e interprete da lei.

A confiança é um valor que assume papel relevante nas sociedades atuais, como forma de substituir o ideal da segurança jurídica, haja vista que o positivismo jurídico não conseguiu atender a este desiderato, a confiança atenua os sentimentos avassaladores de incertezas. Ainda que o ideal de certeza não tenha mais a importância de outros tempos, confiar que as coisas possam acontecer de determinada maneira, gera um ambiente de estabilidade favorável às decisões, necessária para a tranquilidade psíquica dos indivíduos. Então, não parece indevido afirmar que a confiança substitui a segurança jurídica, na medida em que esta não logrou o êxito desejado.

Por conseguinte, os sistemas democráticos têm que fazer o possível para manter a confiança que os cidadãos guardam com as instituições, sob pena de os cidadãos absterem-se de suas atribuições cívicas, gerando *déficits* de legitimidade das decisões políticas. Sob esta perspectiva, a ponte entre a validade e a facticidade das escolhas políticas depende de um procedimento deliberativo adequado, que no mínimo impõe o engajamento dos cidadãos tanto na tomada de decisão como no controle da gestão pública, para concretizar a almejada gestão compartilhada. Para tanto, os cidadãos precisam confiar na vinculação e obrigatoriedade

privado, que pode ser objetiva ou subjetiva, especialmente no direito das obrigações. A segurança jurídica divide-se em objetiva e subjetiva. A objetiva refere-se às possibilidades de retroação dos atos legislativos do Estado, que esbarram no direito adquirido, ato jurídico perfeito, e a coisa julgada. A dimensão subjetiva refere-se à proteção da confiança das pessoas nos atos e condutas do Estado. Decorre também da presunção de veracidade de que gozam os atos administrativos. Segundo ele (2005), a segurança jurídica é vista nos textos jurídicos brasileiros predominantemente pelo seu lado subjetivo, ou seja, como proteção da confiança.

<sup>7</sup> De outra forma trabalha Ávila (2011) para quem o princípio da segurança jurídica, de responsabilidade dos três poderes, reforça a confiança. Duas são as causas indicadas por ele que justificam o quadro de insegurança normativa descrito: causas de natureza social e causas de natureza jurídica. “As primeiras referem-se as características da sociedade atual, chamada de

de suas decisões, sob pena de vivenciarem situações de violência estrutural, na qual a participação apenas forja a legitimidade das decisões sem que realmente tenha havido a possibilidade de ouvir e ser ouvido em condições iguais.

Dentro do quadro de insegurança descrito por Ávila,<sup>8</sup> tem-se *déficits* de confiança atribuído ao quadro político de corrupção e pela maneira como o Direito tem se portado. Ele atribui à ciência jurídica a responsabilidade de resgatar a função primordial do Direito: assegurar expectativas, através “da criação de uma previsibilidade que reduza e torne suportável o alto grau de insegurança, ínsito às sociedades diferenciadas”.<sup>9</sup> Como direito e política possuem uma estreita relação, a falta de confiança nas instituições democráticas é resultado da insuficiência de ambos.

Portanto, nas sociedades complexas nas quais é difícil definir e visualizar a moral e a ética que incidem sobre a atividade estatal, um redutor da sensação de insegurança é o uso do Direito para estabilizar expectativas e criar um quadro ordenado de medidas que atuam no caso de frustração. Exemplificativamente: os desvios funcionais dos agentes públicos deve ser tratada por leis que visam inibi-los, e, ocorrendo a incidência em praticas reprimidas pela lei, as sanções devem ser aplicadas. Com isso, o sistema estabiliza-se, e torna-se mais confiável, devido à percepção que a sociedade civil terá de que há um sistema de reestruturação da normalidade no desempenhar da atividade administrativa e política sempre que houver o desvio de conduta do agente.

A confiança em entidades metafísicas sobrenaturais perdeu espaço nas sociedades ocidentais. Tampouco se admite que o futuro dependa da vontade de um ser superior a quem cabe decidir os caminhos seguidos pela humanidade. Assim, a humanidade fica sem saber onde buscar um mínimo de segurança jurídica, social, econômica, política, o que é inconveniente. Para atenuar a incidência deste sentimento, além de leis, também é imperioso que seja criado canais de

sociedade de risco, que detém uma avalanche de informações. [...] Na busca por segurança –eis o paradoxo–, o homem terminou por sentir-se mais inseguro.” (2005, p. 40). Outro fator social diz respeito à diversidade de interesses, (mulheres, negros, índios, idosos, crianças, consumidores, etc.), que gera um “politeísmo de valores” (2005, p 41), tendo em vista a diversidade de valores existente no meio social. Quanto às causas de natureza jurídica, aponta o grande número de espécies legais, impossíveis de serem conhecidas, assim, para gerar segurança jurídica tudo se quer descrever, porém, pela impossibilidade de conhecer todas as normas positivadas, a insegurança no direito aumenta.

<sup>8</sup> Ávila, H. (2011). *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo, Malheiros.

<sup>9</sup> Ávila, H. (2011) *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo, Malheiros, p. 72.

comunicação entre o Estado (representado pelos três poderes) e a sociedade civil (representada individualmente pelos indivíduos ou por meio de entidades representativas) para que esta possa participar ativamente da deliberação e ser coautora das decisões políticas, numa relação horizontal, provavelmente aumenta os níveis de confiança depositados nas instituições democráticas, especialmente porque não será surpreendido por tomada de decisões impostas pelos representantes, muitas vezes desvinculada do interesse coletivo. Além de gerar a confiança nas instituições democráticas, alcançar-se-á um grau de legitimidade de tais decisões que fomentará mais participação e controle social.

Referente a este último aspecto, percebe-se que há hoje no Brasil instrumentos de controle social da gestão pública. Ainda que de forma tímida, a Constituição Federal contempla instrumentos como a Ação Popular, mandado de injunção, mandado de segurança. Estes instrumentos representam forma de controle da administração pública e também da atividade legiferante, de forma que nenhum poder está imune do controle popular. Além dos citados, outros instrumentos como os conselhos de saúde,<sup>10</sup> a imposição da gestão democrática das cidades,<sup>11</sup> a gestão democrática do ensino<sup>12</sup> também são formas da sociedade civil participar e controlar a gestão de seus interesses, e controlar práticas corruptivas.

Para encerrar este ponto, cabe destacar que se concorda com Filgueiras<sup>13</sup> para quem “A construção dessa confiança só pode ocorrer em contextos efetivamente democráticos, tendo em vista os termos da liberdade positiva e a maneira como os cidadãos participam no âmbito da esfera pública.”

*Contextos efetivamente democráticos* são aqueles nos quais haja a institucionalização de procedimentos que permitam a todos os interessados externarem seus pontos de vista (inclusive Habermas usa a expressão *ponto de vista moral*), e todos sejam levados em conta na elaboração de uma decisão democrática.

<sup>10</sup> Regulado pela Lei Federal Nº 8.142/90 que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

<sup>11</sup> Regulado pela Lei Federal Nº 10.257/01 denominada Estatuto da Cidade, que no inciso II do artigo 2º dispõe que “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano”. Este dispositivo foi um dos motivos da implantação dos orçamentos participativos municipais.

<sup>12</sup> Imposta como princípio do ensino, disposto no artigo 206, inciso VI da Constituição Federal, regulado pela Lei Federal Nº 11.494/2007.

<sup>13</sup> Filgueiras, F. (2007). República, confiança e sociedade. In: Dados-Revista de Ciências Sociais, vol. 50, Nº 4, pp. 863-897.



A seguir passar-se-á à apresentação de alguns pontos importantes da Lei de Improbidade Administrativa.

### **A quebra do princípio da confiança a partir da interpretação da Lei de Improbidade Administrativa pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**

Improbidade vem do latim *improbitate* que significa desonestidade, e no âmbito do Direito Administrativo está associado à conduta do agente público. Sob esta perspectiva a Constituição Federal inaugurou o uso desta expressão para regular, no parágrafo 4º do artigo 37, as sanções cabíveis para os agentes públicos que incidirem nas práticas classificadas como ímprobas. Tais práticas foram reguladas na chamada Lei de Improbidade Administrativa- LIA (Lei Federal 8.429/92), que disciplinou a matéria obedecendo o referido dispositivo constitucional, e reservou três artigos (artigo 9º, 10 e 11) para descrever *exemplificativamente* as condutas tidas como ímprobas para fins de sancionar o agente público.

Referente ao agente público, é importante frisar que a LIA equiparou-o, no artigo 2º, a “todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.” Não satisfeita com a amplitude deste artigo, no artigo seguinte ampliou o alcance da lei para “aquele que, *mesmo não sendo agente público*, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.” (grifos meu). Disso conclui-se que o rol de os sujeitos que podem ser condenados por atos de improbidade administrativa é bastante expressivo, fato que reflete a preocupação do legislador em reprimir os atos que atentem contra a moralidade na gestão pública, situação que, notadamente, é uma entre tantas outras medidas de combate à corrupção na esfera pública.<sup>14</sup>

Os atos que são contemplados na lei como ímprobos são atos que importam o enriquecimento ilícito (artigo 9º), atos que causam prejuízo ao

<sup>14</sup> Existem medidas, como, por exemplo, a denominada Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13) que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, que pretende combater a corrupção pela imposição de sanções ao corruptor, pessoa jurídica de direito privado.

erário (artigo 10) e atos que atentam contra os princípios da administração pública (Artigo 11). Importante advertir que estes dispositivos representam um rol exemplificativo de condutas consideradas ímprobas, pois antes de iniciar a descrição das diversas condutas transcritas em incisos, o legislador sempre utilizou a expressão *notadamente* para evidenciar que outras situações não descritas na LIA podem ser reprimidas pelo Direito por serem classificadas como de improbidade.

Antes de entrar na descrição dos referidos artigos, quer-se advertir que o artigo 11 não será objeto de estudo aqui, pois a ele foi reservado o espaço de um artigo apartado, que seguirá e este.

Referente aos atos que impõem enriquecimento ilícito, é “quando o agente públicos [...] auferir dolosamente vantagem patrimonial ilícita, destinada para si ou para outrem, em razão do exercício ímprobo do cargo, mandato, função, emprego ou atividade na administração pública”.<sup>15</sup> A partir desta definição ressalta-se o recebimento de vantagem econômica independente do respectivo prejuízo ao erário, ou seja, basta que o agente público (ele próprio, e não terceiro) tenha um aumento patrimonial pelo exercício indevido de suas atribuições junto a administração pública direta ou indireta, já atende a um dos requisitos para a incidência da LIA.

Isto é assim, porque com bem leciona Costa<sup>16</sup> os requisitos para verificar o enriquecimento ilícito variam de acordo com a esfera jurídica no qual está inserida: se é o enriquecimento ilícito de natureza privatista exige-se a enriquecimento de uma pessoa a custa do empobrecimento injustificado de outra. O mesmo não ocorre no âmbito do direito administrativo, haja vista que “Já no locupletamento ilícito de natureza publicista, a parte legitimada para propor a correspectiva ação cível de enriquecimento será sempre a entidade pública [...], ainda que não tenha efetivamente sofrido o empobrecimento”.<sup>17</sup> Por isso destaca ainda o autor,<sup>18</sup> que

*Há quem reserve a denominação enriquecimento sem causa para o delito civil privado, considerando a designação enriquecimento ilícito*

<sup>15</sup> Pazzagline Filho, M. (2001). *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. (5 ed.) São Paulo, Atlas, p. 43.

<sup>16</sup> Costa, J. A. da. (2000). *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. Brasília, Brasília Jurídica.

<sup>17</sup> Costa, J. A. da. (2000). *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, p. 64.

<sup>18</sup> Costa, J. A. da. (2000). *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. Brasília, Brasília Jurídica, p. 65.

*como mais apropriada para identificar a improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, que guarda a natureza de direito público.*

Outro elemento importante que deve estar presente para configurar o caso do artigo 9º refere-se a *animus* do agente público, que deve ser uma ação ou omissão dolosa. Embora o artigo em análise não seja expresso, a doutrina e a jurisprudência<sup>19</sup> tem, majoritariamente, entendido desta forma, razão pela qual não se admite nem a responsabilidade objetiva do agente no desempenhar do seu mister; tampouco admitese a culpa para ser responsabilizado por improbidade administrativa, de forma que é possível afirmar que todas as modalidades escritas como espécies de enriquecimento ilícito só poderão ser verificadas se provado o dolo do agente.

Por óbvio, deve ser evidenciado onexo causal entre o exercício das competências e atribuições que decorrem do cargo, emprego, função, mandato, etc., e o enriquecimento ilícito. Isso é importante pois pode haver o enriquecimento do agente, porém, sem que tenha decorrido diretamente do exercício das atribuições públicas, situação em que ele será sancionado pelas normas de natureza meramente civis (artigo 884 e seguintes do Código Civil) e/ou penais (artigo 155 e seguintes do Código Penal).

Não só o artigo 9º, mas os outros dois artigos que descrevem as condutas ímprobadas, é difícil, para não dizer impossível, a condenação por ações e omissões culposas. Esta é a lição de Prado,<sup>20</sup> para quem, embora o artigo 10 preveja a possibilidade culposa, “muitas hipóteses, por sua própria formulação, deixam evidente a essencialidade do dolo. Isso ocorre, aliás, com a maioria das hipóteses [...]”. Ainda que em alguns casos a culpa possa ensejar a responsabilidade, não é qualquer culpa, há de ser uma culpa grave que chega muito próximo ao dolo. Neste sentido, a posição do STJ:

*Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente”. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas*

<sup>19</sup> Isso pode ser verificado, por exemplo, no Agravo Regimental No Agravo Em Recurso Especial 2014/0032391-8 [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\_registro=201400323918&dt\_publicacao=09/03/2015].

<sup>20</sup> Prado, F. O. de Almeida. (2001). *Improbidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, p. 38.

*descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10. (grifo nosso).<sup>21</sup>*

Em razão disso, a doutrina e a prática dos tribunais praticamente aniquilou a aplicação da LIA em casos culpa ou mesmo diante da responsabilidade objetiva do agente (nos artigos que a lei não prevê culpa ou dolo), restando quase que exclusivamente, a apreciação da intenção (dolo) do agente.

Cabe tecer alguns breves comentários a respeito do artigo 10 da LIA. De imediato destacase que trazem situações independente do auferimento de vantagem econômica ao agente. O ponto central sobre o qual deve recair estes casos é a efetiva lesão ao erário público. Por isso é correto afirmar que não é exigido que o agente público ou terceiro estranho à administração pública se beneficie pela conduta impropria, o que é levado em conta é o prejuízo que os cofres públicos sofrem, e este prejuízo pode ser em proveito do agente ou de um terceiro que não tenha vínculo com o Poder Público. Além disso, a LIA se refere ao prejuízo ao erário público, que tem uma conotação material, economicamente apreciado, que representa uma espécie da categoria mais ampla patrimônio público, este de caráter material e imaterial.<sup>22</sup>

Diverge desta ideia Costa<sup>23</sup> para quem a descrição do artigo 10 da LIA descreve um delito predominantemente de perigo, razão pela qual “os tipos de improbidade administrativa por dano ao erário consumam-se, ainda que não ocorra esse efetivo prejuízo ao patrimônio público, porque o objetivo primaz de tal repressão é a moralidade administrativa”.

Ocorre que, esta posição só seria razoável se não tivesse a lei previsto o artigo 11, no qual a conduta descrita como ilícita refere-se a *atentar contra os princípios administrativos*. Sendo assim, para se verificar a incidência do artigo 10 necessariamente tem que haver prejuízo a erário, pois se este não puder ser verificado, o agente pode ainda ser acusado de improbidade administrativa com base no artigo 11.

Este último dispositivo é chamado de *soldado de reserva*, haja vista que, aqueles atos que não ensejam enriquecimento ilícito ou não causam dano ao erário, mas são atos que atentam aos valores norteadores da atividade adminis-

<sup>21</sup> [[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201302627549&dt\\_publicacao=05/03/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302627549&dt_publicacao=05/03/2015)].

<sup>22</sup> Pazzagline Filho, M. (2011) *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. (5 ed.) São Paulo, Atlas.

trativa, notadamente os previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência) possam, de fato, ser reprimidos pela ordem jurídica vigente. Com essa disposição, manteve o legislador infraconstitucional coerência em relação ao texto constitucional.

O *caput* do artigo 11 determina que “Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”. Notase que o legislador preocupou-se mais em descrever princípios de ordem ético/moral, diferenciando-se neste aspecto, do texto constitucional que apenas refere-se ao princípio da moralidade como desdobramento dos valores éticos.

A tratar do princípio da lealdade às instituições, observase uma preocupação do legislador em reprimir a quebra da confiança outorgada quando o agente público assume o cargo, emprego função pública ou mandato eletivo. Por conta disso, deve agir com honestidade, honrando as funções e competências que recebeu. Da mesma forma que os demais tipos descritos acima, o elemento subjetivo caracterizador do artigo 11 é o dolo, não se admitindo ação culposa.<sup>24</sup>

Diante deste artigo, abre-se a possibilidade que ações, legais ou ilegais, que tenham se orientada por uma conduta desonesta, artilosa, ou pela falta de probidade do agente, pode ser tipificado como improba para fins de incidência da LIA. Porém, não significa dizer que toda a conduta ilegal seja caso de improbidade, pois ainda que descumpra expressa disposição legal, a conduta deve infringir outros valores de cunho ético. (Pazzagline, 2011).

Quer com este último dispositivo, abranger um leque bastante grande de ações, e assim a LIA atua como uma ferramenta de controle da corrupção, especialmente porque, como leciona Luhmann, a confiança é adquirida por meio da previsibilidade da sua quebra, e, para evitála, criamse mecanismos preventivos e curativos. Estes últimos, são espécies de coações que visam inibir as condutas descritas na LIA. Assim, o agente público sabe que se quebrar a confiança que lhe foi depositada, sofrerá sanções, tais como: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos.

<sup>23</sup> Costa, J. A. da. (2000). *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. Brasília: Brasília Jurídica, p. 84.

<sup>24</sup> Costa, J. A. da. (2000). *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. Brasília, Brasília Jurídica.

Quanto as penas previstas na LIA, para os casos de descumprimento dos princípios administrativo, o artigo 12, inciso III prevê o ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil. Ocorre que a pena de suspensão dos direitos políticos, nesta hipótese é mais branda que nas outras duas (enriquecimento ilícito e dano ao erário). Em tais situações a suspensão dos direitos políticos será graduada entre 8 a 10 anos para o enriquecimento ilícito; e de 5 a 8 anos no caso de dano ao erário.

A crítica tecida aqui é no sentido de ser o descumprimento a um princípio uma infração muito mais grave que a uma regra, haja vista que aqueles atuam como verdadeiros vetores para atuação do Estado, por isso as sanções para o caso de descumprimento de um princípio, deveria ser mais severa que para os demais casos, cumprindo melhor o papel de fomento a confiança que é atribuído à referida lei. Infelizmente não foi esta a opção do legislador infraconstitucional.

Uma questão importante diz respeito à leitura que a corte constitucional brasileira, o STF, faz a respeito do elemento subjetivo para configuração da responsabilidade que deriva da prática de atos tipificados como ímprobos. Acima referiu-se que a doutrina e a jurisprudência praticamente aniquilaram a culpa, e mesmo nos casos onde o texto legal não mencionou a exigência de dolo ou culpa, a jurisprudência entende que estes elementos devem configurar. Não obstante essa leitura pelos STF e pelo STJ, poderiam tribunais de menor alçada proferir decisões com vistas a motivar a alteração jurisprudencial, porém não é o que se verifica. O que se tem observado é a repetição das posições acima transcrita, sem que os tribunais de justiça, especialmente o do Rio Grande do Sul, tenham a preocupação de alterar essa interpretação restritiva que se tem feito dos dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa.

Para não se alongar na reprodução de acórdãos do referido Tribunal de Justiça, abaixo transcreve-se parte de uma Apelação Civil nº 70047857743<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Disponível em: ([http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php/3Fnome\\_comarca/3DTribunal/2Bde/2BJusti/25E7a/26versao/3D/26versao\\_fonetica/3D1/26tipo/3D1/26id\\_comarca/3D700/26num\\_processo\\_mask/3D70047857743/26num\\_processo/3D70047857743/26codEmenta/3D6586000 + culpa+improbidade + administrativa + &proxystylesheet = tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&ie = UTF-8&lr=lang\\_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70047857743&comarca = Comarca/20de/20Santo/20Augusto&dtJulg=02/12/2015&relator=Maria/20Claudia/20Cachapuz&aba=juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php/3Fnome_comarca/3DTribunal/2Bde/2BJusti/25E7a/26versao/3D/26versao_fonetica/3D1/26tipo/3D1/26id_comarca/3D700/26num_processo_mask/3D70047857743/26num_processo/3D70047857743/26codEmenta/3D6586000 + culpa+improbidade + administrativa + &proxystylesheet = tjrs_index&client=tjrs_index&ie = UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70047857743&comarca = Comarca/20de/20Santo/20Augusto&dtJulg=02/12/2015&relator=Maria/20Claudia/20Cachapuz&aba=juris)). Acesso em: 15/12/2015.

de 2015, que retrata muito bem a falta de discussão acerca do Lei de Improbidade Administrativa como ferramenta democrática de controle e combate à corrupção administrativa. Segue

*Cumpre esclarecer que a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que “a improbidade não é mera ilegalidade, sendo certo que a Lei N° 8.429/92 dá ênfase ao elemento subjetivo do agente, o qual deve ser demonstrado (dolo ou culpa), sendo rejeitada a tese de “responsabilidade objetiva” por ato ímprobo.*

Ocorre que, como aqui defendese que a prática de atos ímprobos é classificada como a ruptura da confiança, e por conseguinte fragiliza o pacto democrático e republicano, a culpa, ou, para além dela, uma espécie de responsabilidade objetiva, como ocorre no paragrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal, deveria ser transplantada para a interpretação da LIA. Porém essa não tem sido a conduta recepcionada pelos tribunais pátrios, os quais, sequer fazem um juízos do potencial da LIA enquanto ferramenta de enfrentamento da corrupção administrativa.

### **Considerações finais**

Baixos níveis de confiança da sociedade civil nas instituições democráticas e nos agentes públicos, certamente levarão a baixos níveis de participação e engajamento social, criando um ambiente de apatia política e de revanchismo pelo qual o cidadão vê no Estado uma figura opressora, corrupta, que age contra seus interesses. Porém, não é assim que deve ser, pois o estado deve atuar na concretização dos direitos fundamentais aliado aos interesses individuais e coletivos.

Devido a importância que a confiança assume em Estado republicanos e democráticos, deve-se preocupar-se em criar um sistema legal, político e judicial comprometido com a construção de elos de confiança fortes e estáveis, para que o cidadão reconheça nas instituições democráticas verdadeiros aliados a seus direitos fundamentais, e assim, atuem, cidadão e Estado, lado a lado.

## Bibliografia

Ávila, H. (2011) *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo, Malheiros.

Bautista, O. D. *La ética en la gestión pública. Fundamentos. Estado de la cuestión y proceso para la implementación de un sistema ético integral en los gobiernos*, Madrid: Universidad Complutense, 2007.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental em Recurso Especial*. N. 1.397.590-CE, Relatora Ministra Assusete Magalhães. 24 de fevereiro de 2015. Disponível em: [[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201302627549&dt\\_publicacao=05/03/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201302627549&dt_publicacao=05/03/2015)]. Acessado em: 03/03/2015.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial* n. 2014/0032391-8, relator Marga Tessler. 03 de março de 2015. Disponível em: [[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201400323918&dt\\_publicacao=09/03/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400323918&dt_publicacao=09/03/2015)]. Acessado em 18/03/2015.

Costa, J. A. da. (2000). *Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa*. Brasília, Brasília Jurídica.

Couto e Silva, A. (2013). “O princípio da segurança jurídica (Proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei de processo administrativo da Unia (Lei 9784/99)”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, N° 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: [<http://www.direitodoestado.com.br>]. Acessado em: 18 jan.

Economist Intelligence Unit. *Apresenta informações gerais sobre a instituição e pesquisas de sua coordenação*. Disponível em: [[http://www.eiu.com/public/topical\\_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex12](http://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex12)]. Acessado em: 20 mai 2014.

Filgueiras, F. (2007). *República, confiança e sociedade*. In: *Dados. Revista de Ciências Sociais*. Vol. 50, N° 4, pp. 863-897.

Luhmann, N. (2005). *Confianza*. Tradução de Amanda Flores. México, Universidad Iberoamericana.

Pazzagline Filho, M. (2011). *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. (5 edic.) São Paulo, Atlas.

Prado, F. O. de Almeida. (2001). *Improbidade administrativa*. São Paulo, Malheiros.

Transparency International. *Apresenta informações gerais sobre a instituição e a corrupção no mundo*. Disponível em: [<http://www.transparency.org/cpi2013>]. Acessado em: 01 mar 2014.