

A contrariedade à legislação e à Constituição Federais das decisões judiciais que exigem prova de desonestidade, imoralidade ou de má-fé para caracterização de todo e qualquer ato de improbidade.

Felipe Gustavo Gonçalves Caires
Promotor de Justiça em Montes Claros/MG

1. Introdução

Uma das principais obsessões do novo processo civil brasileiro, na linha do direito fundamental à sua razoável duração e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º. LXXVIII, acrescentando pela EC 45/2004), manifesta-se na criação de novas regras processuais que descongestionem os tribunais, notadamente evitando-se ou dificultando-se a interposição de infundáveis recursos.

As súmulas vinculantes (CF, art. 103-A, embora haja distorções no seu uso), as súmulas impeditivas de recursos (CPC, art. 518, §1), a exigência de repercussão geral (CPC, art. 543-A) para conhecimento do recurso extraordinário e a desnecessidade de reexame necessário (CPC, artigo 475, §3) de sentença proferida contra a Fazenda Pública quando fundada em súmula de tribunal superior são exemplos desta realidade. Igualmente, os poderes conferidos ao relator (CPC, art. 557 e 544, §3) para negar seguimento ou dar provimento a recursos que, respectivamente, contrariem súmulas de tribunais superiores ou ataquem decisões contrárias àqueles entendimentos sumulados.

Contudo, apesar de tais instrumentos realmente colaborarem para o descongestionamento dos tribunais, merecendo via de regra aplausos, fato é que os mesmos podem redundar em rápido engessamento da jurisprudência em temas de extremo interesse do Ministério Público, muitas vezes de maneira diametralmente oposta à exegese garantidora do pleno exercício das funções ministeriais, motivo pelo qual estratégias institucionais hão de ser pensadas para evitar-se tal indesejado desfecho.

Em poucas palavras: se o novo processo brasileiro pretende-se rápido, e para isto não hesita em rapidamente fechar as vias recursais - bastando para tanto que prevaleça

em dado tribunal (às vezes nem sequer superior, confira-se art. 557, *caput* do CPC) certa exegese sobre o assunto - o Ministério Público há de ser mais rápido ainda ao empreender todos os seus esforços evitando-se que desta celeridade resulte consolidação de jurisprudências inviabilizadoras da missão institucional.

O objetivo deste trabalho, portanto, é demonstrar fundamentos jurídicos para que, no novo processo brasileiro, evite-se a prevalência de certa jurisprudência altamente danosa à proteção da probidade na administração pública, exortando-se os membros do Ministério Público a empreenderem todos os seus esforços jurídicos, doutrinários e acadêmicos no combate a referida exegese.

2. Fundamentação

2.1 Significado jurídico de improbidade administrativa

Não é novidade para o operador do Direito a constatação de que certos termos possuem significado jurídico bastante distinto do sentido que lhes empresta o vernáculo. Recorde-se, a propósito, que, no mundo jurídico, nu-proprietário não significa proprietário despido, assim como nem sempre praticar novamente um crime é reincidir. Da mesma maneira, requisitar é bastante diferente de solicitar.

No entanto, talvez por desatenção de muitos, mas também por premeditada intenção de alguns poucos adaptarem o conceito jurídico de improbidade administrativa às suas preferências ideológicas ou convicções de política legislativa - papel este último bastante perigoso para ser exercido por um magistrado enquanto julgador, em que pese se reconheça seu direito de exercê-lo *de lege ferenda* enquanto doutrinador ou cidadão, mas apenas enquanto tal - verifica-se que muitos julgados têm pretendido reduzir o conceito jurídico de improbidade à sua acepção vernacular, qual seja, desonestidade ou imoralidade para a qual seria necessário um comportamento verdadeiramente devasso do agente público.

O exemplo mais conhecido desta confusão entre o sentido jurídico e o significado vernacular de improbidade administrativa é o seguinte julgado (já com mais de uma década) do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE DE PREFEITO - CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO.

Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92.

A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil.

Recurso improvido.

(Resp 213994/MG, 1ª. T, j. 17.08.99, DJ 27.09.99, p. 59)

Em descrição telegráfica, eis o histórico do caso: N.C.P, então prefeito de Itutinga/MG, contratou vários servidores, sem realizar prévio concurso público, entre 1989 e 1992, motivo pelo qual foi condenado, em primeira instância, à suspensão de seus direitos políticos por cinco anos e à proibição de contratar com o Poder Público, por três. Apelou ao Tribunal de Justiça mineiro, ocasião em que a sentença foi reformada, isentando-o de **qualquer** sanção, ao argumento de que a Lei de Improbidade apenas poderia ser aplicada ao administrador desonesto, imoral, que agisse de má-fé, jamais ao administrador incompetente, especialmente em um município em que “reina a pobreza, companheira da desinformação”. Inconformado, o Ministério Público mineiro interpôs recurso especial alegando violação dos artigos 11, caput e 12, III da LIA.

Desde então, a afirmação “*A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil*” transformou-se em bordão para fundamentar suposta improcedência de várias ações de improbidade administrativa, fazendo-se, pois, necessário demonstrar que aquele entendimento viola, flagrante e diretamente, as Leis e a Constituição federais, desafiando a interposição de recursos especiais e extraordinários, além de intenso trabalho de convencimento acadêmico, sob pena de omissão do Ministério Público para com o desbaratamento da proteção legal ao bem jurídico probidade administrativa.

2.2 Tipologia dos atos de improbidade

Em brevíssima síntese, cumpre recordar que os atos de improbidade administrativa são previstos, em rol meramente enunciativo, nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei Federal 8429/92 (LIA), sendo classificados, respectivamente, como atos de improbidade que “importam enriquecimento ilícito”, que “causam prejuízo ao erário” e que “atentam contra os princípios da Administração Pública”

Se a desonestidade e a devassidão (ou mesmo a má-fé) do agente público no trato com a coisa pública são realmente elementos presentes nos atos de improbidade que “importam enriquecimento ilícito” (artigo 9º), não se pode concordar que tais chagas hajam de estar presentes para configuração de todo e qualquer ato de improbidade previstos nos artigos 10 e 11 da LIA, conforme abaixo se exporá.

2.3 A desonestidade, imoralidade ou má-fé no Art. 10

Exigir prova de desonestidade ou de imoralidade – ou mesmo de má-fé - para condenar agente público por ato de improbidade administrativa “que cause prejuízo ao erário” (como na hipótese de dispensa indevida de licitação) é exigir algo que lei nenhuma exige para configuração daquela modalidade de improbidade⁹⁹.

Recorde-se ainda que o artigo 10 da LIA é explícito ao permitir que se considerem ímprobos atos culposos. Logicamente, não será qualquer culpa que levará à improbidade. A culpa há de ser grave para configurar improbidade, como ao deixar-se de licitar quando claramente a licitação seja exigível e não seja dispensável (inciso VIII), como ao conceder benefício administrativo ou fiscal de forma temerária (inciso VII) ou ainda ao agir *negligentemente* no que diz respeito à conservação do patrimônio público (inciso X). Como se cumprir a vontade da lei (punindo por improbidade algumas condutas culposas que causem lesão ao erário), portanto, caso se exigisse prova de desonestidade, imoralidade ou devassidão em tais comportamentos culposos? Aderir a este tipo de exegese, então, inviabilizaria a punição da chamada improbidade culposa, quando o legislador foi claro ao estipular que existe (até citando alguns exemplos, em um dos quais usou a expressão *negligentemente*) a improbidade decorrente da culpa.

Ademais, note-se bem, o artigo 10 da LIA exige apenas a presença de dano ao erário (e não de enriquecimento ilícito) advindo de ação ou omissão, dolosa ou *culposa*,

⁹⁹ Aliás, mesmo provando inexistir prejuízo, em hipótese de dispensa indevida de licitação, deveria haver condenação por improbidade decorrente de violação ao princípio da legalidade (artigo 11 da LIA), se dolosa ou eivada de culpa grave a conduta. Ora, o crime do artigo 89 da Lei Federal 8666/63 não exige para sua configuração demonstração de prejuízo advindo da ausência de licitação, servindo apenas tal constatação para diminuir a pena-base dos nele incursos, jamais para isentá-los de qualquer reprimenda. Ora, se é criminoso o ato do agente público que assim procede, como se negar que também seja ímprobo?

do agente público para reputar como ímprobo aquele ato. E para que houvesse dano ao erário nunca foi necessário que, também e inevitavelmente, houvesse má-fé.

Aliás, até mesmo a existência do indispensável prejuízo ao erário é presumida pelo *caput* do mesmo artigo 10 (de modo que aí se tem a famosa presunção *juris tantum*, invertendo-se o ônus da prova quanto à existência do dano ao erário; CPC, art. 334, IV) quanto às hipóteses enunciativas que a ele se seguem, pois aquele *caput* foi bastante claro ao dispor que “*constitui ato de improbidade administrativa **que causa lesão ao erário** qualquer ação ou omissão, dolosa ou **culp**posa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e **notadamente**”*. (grifou-se) Logo, o ônus de provar aquele prejuízo deveria apenas ser imposto ao autor da ação de improbidade que não a fundamentasse em conduta prevista no rol enunciativo daquele mesmo artigo¹⁰⁰.

2.4 A desonestidade, imoralidade ou má-fé no Art. 11

Se pretender exigir prova de desonestidade ou imoralidade para reconhecer-se como ímprobo qualquer ato de agente público “que cause prejuízo ao erário”, conforme se demonstrou, afronta diretamente o texto da LIA, tal exigência, caso levada ao artigo 11, redundaria em verdadeira derrogação judicial daquele dispositivo legal, afrontando diretamente a cláusula pétrea da separação dos Poderes e o princípio democrático, segundo o qual apenas o povo, diretamente ou por seus representantes eleitos, possui poderes para alterar as leis no país.

Isto porque inúmeras violações, até mesmo dolosas, dos princípios vetores da Administração Pública, em que pese acarretarem consequências extremamente graves, não pressupõem desonestidade ou má-fé. Citem-se, por exemplo:

¹⁰⁰ Por isto, entende-se que desrespeitam a presunção relativa de prejuízo trazida pelo *caput* do artigo 10 da LIA decisões que exijam do Ministério Público prova de que a ausência de licitação exigível e não dispensável, por exemplo, causou dano ao erário. Cabe ao réu demonstrar que este prejuízo inexistiu.

- a) a conduta do agente público que viola sigilo funcional por mera tagarelice (dando causa ao insucesso de uma investigação policial);
- b) o comportamento de um Secretário de Saúde que se recuse a cumprir ordem judicial de fornecer medicamentos porque discorda veementemente da mesma (colocando em risco a vida de uma pessoa);
- c) a atitude do prefeito que deixa de prestar contas do uso de verbas públicas (acarretando a conseqüente suspensão de repasses de verbas àquele ente);
- d) a postura do prefeito que se negasse a fazer concurso público e continuasse a contratar temporariamente, por anos a fio, dezenas de servidores (privando a Administração de contar com os melhores servidores bem como privando os administrados de igualdade de oportunidades no acesso aos cargos públicos);
- e) o descumprimento por certo alcaide da obrigação de aplicar o percentual mínimo exigido pela Constituição em saúde e em educação (comprometendo a prestação de referidos serviços públicos em seu município);

Ora, todos estes comportamentos podem muito bem redundar de condutas que não estejam eivadas de desonestidade, imoralidade ou de má-fé. Porém, nem por isto aqueles comportamentos deixam de ter conseqüências extremamente graves tampouco por isto deixam de escarnecer dos princípios da Administração Pública.

Aliás, todos aqueles comportamentos citados são considerados pela legislação brasileira como criminosos¹⁰¹. Alguns deles até ensejam intervenção de um ente federado em outro¹⁰². Basta isto para que repugne a tese de que algo considerado criminoso (por vezes até motivo para intervenção de um ente federado em outro) pelo ordenamento jurídico pátrio seja havido como um irrelevante em termos de improbidade administrativa, apenas porque desacompanhado de prova de desonestidade ou de má-fé.

2.5 Artigos 10 e 11 – Fundamentos da punição a título de culpa

¹⁰¹ A saber e seguindo a ordem dos exemplos: crimes de violação de sigilo funcional (CP, artigo 325), de prevaricação (artigo 319) e previstos no Decreto-lei 201-67 (artigo 1º, VI, VII, XIII e III).

¹⁰² CF, artigos 34, VI, VII, “d” e “e”; 35, II, III e IV.

Naturalmente, a culpa (em sentido estrito) é elemento subjetivo incompatível com qualquer ato de improbidade revestido de desonestidade, imoralidade ou má-fé. Talvez por isto muitos que sustentam a inexistência de improbidade administrativa onde inexister devassidão também censuram toda e qualquer condenação por improbidade a título de culpa, ainda que grave. Recordando-se o precedente de mais uma década do STJ, diriam que “*A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil*”.

Como já se disse, esta exegese, quando aplicada ao artigo 10 da LIA, consiste em verdadeira e inadmissível interpretação *contra legem*, vez que aquele dispositivo legal é claríssimo ao prever (e até ao exemplificar) atos de improbidade culposos.

Cumpra também recordar que a mesma exegese, quando aplicada ao artigo 11 da LIA, impede a punição de condutas gravíssimas e, pior, permite que continuem tendo acesso aos cargos, funções e empregos públicos pessoas que já demonstraram total inaptidão para os mesmos, inaptidão, repare-se bem, que já prejudicou e certamente continuará a prejudicar milhares ou milhões de pessoas.

Espanta, ainda, alguns sustentarem não ser papel do Poder Judiciário ou do Ministério Público, mas sim *apenas* do eleitor, envidar esforços para que agentes públicos comprovadamente desastrosos ocupem os cargos mais importantes da Nação.

Ora, dizer que tal tarefa cabe apenas ao eleitor configura verdadeira inversão de valores (o que prejudica alguns seria mais grave do que aquilo que prejudica muitos) à medida que, mesmo aceitando-se tal ingerência estatal em assuntos estritamente particulares (como na ação de interdição por prodigalidade ou nas ações de declaração de ausência¹⁰³, intentadas pelo Ministério Público e apreciadas pelo Judiciário), reputar-se-ia tal medida exagerada quando se pretendesse defender toda a sociedade.

Cabe, portanto, ao Ministério Público solicitar do Poder Judiciário que, por exemplo, ordenando-se eventual ressarcimento (quando houver prejuízo) e suspendendo pelo menos o direito político de ser eleito (ainda que não haja), impeça agentes públicos violadores dos princípios administrativos mais elementares, mesmo que tenham agido

¹⁰³ CC, art. 22 e CPC, art. 1178

apenas culposamente e *desde que tal culpa seja grave*, de reocuparem por determinado período de tempo cargos públicos, eletivos ou não.

2.6 Princípios constitucionais (proporcionalidade e razoabilidade) e dosimetria da sanção

Boa parte da resistência de alguns em aceitar a aplicação da Lei de Improbidade a casos em que não haja desonestidade ou imoralidade deflui da afirmação de que as sanções da LIA seriam por demais drásticas para tais situações.

O argumento, inspirado nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, verdadeiros nomes jurídicos do bom senso, não se sustenta.

Não se sustenta porque, desde a publicação da Lei Federal 12.120/2009, que alterou o *caput* do artigo 12 da LIA¹⁰⁴, determinando a aplicação isolada ou cumulada das suas sanções, “de acordo com a gravidade do fato”, positivou o que já era entendimento jurisprudencial consolidado antes da inovação legislativa: o reconhecimento da improbidade administrativa não exige que se imponha ao agente ímprobo todas as sanções previstas naquele diploma legal para aquela modalidade de improbidade.

Logo, se o ato de improbidade for de pequena gravidade, já se podia e agora se deve aplicar apenas multa civil. Se for de alta gravidade, aí sim, impor-se-ia suspensão de direitos políticos ou perda da função pública.

Reconhecer-se, portanto, a existência do ato de improbidade mesmo quando ausentes desonestidade ou imoralidade nunca atentou nem atenta contra os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade. O efeito pedagógico e profilático, por exemplo, de uma condenação pelo menos ao pagamento de multa do agente público

¹⁰⁴ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, **que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato**: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

que contrata irregularmente servidores públicos é de valor inestimável para a probidade na Administração.

2.7 O cabimento dos recursos especiais e extraordinários

Assim sendo, há de ser empreendido grande esforço dos membros do Ministério Público, seja nos tribunais (inclusive mediante sustentações orais ou entregas de memoriais perante desembargadores e ministros) ou fora deles (em artigos, palestras, conclaves, entrevistas), para desmistificar a **falsa** relação mutuamente inclusiva de improbidade administrativa com desonestidade ou imoralidade.

A proliferação daquela exegese, nestes idos de um novo processo ávido por celeridade e por isto predisposto a consolidar entendimentos jurisprudenciais para dificultar o manejo de recursos, é por demais perigosa para o Ministério Público.

Na seara estritamente judicial, o prequestionamento da matéria (quando ofensa houver aos textos das leis federais e da Constituição) e a interposição dos recursos extremos, seguida de solicitação à Procuradoria-Geral da República para acompanhamento das irresignações, são essenciais para evitar-se a consolidação de uma jurisprudência inviabilizadora da defesa da probidade administrativa.

Afinal de contas, dizer que não há improbidade em casos em que até crime existe, sustentar que não se deve punir nem mesmo com multa quem contrate irregularmente servidores públicos quando a própria CF dispõe (art. 37, §2) que nestas hipóteses além da nulidade do ato deve haver “punição da autoridade responsável”, ou advogar a inexistência de improbidade em hipótese para a qual a própria CF prevê até intervenção revelam afronta manifesta ao ordenamento jurídico federal e constitucional.

3 - Conclusões

I – Nem sempre é necessário também existir desonestidade ou imoralidade no comportamento do agente público para que se considere o mesmo ato de improbidade causador de prejuízo ao erário ou violador dos princípios da Administração Pública.

II – O reconhecimento desta constatação não macula os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, pois a jurisprudência dominante sempre entendeu e a lei hoje determina que a aplicação das sanções da LIA pode ser isolada ou cumulada, dependendo da gravidade do ato.

III – É teratológica qualquer tese que pretenda negar a improbidade administrativa em comportamentos de agentes públicos que, ainda que não necessariamente desonestos ou imorais, são criminosos e, por vezes, até ensejadores de pedido de intervenção.

IV – A punição da improbidade culposa, desde que fundada em imprudência, negligência ou imperícias graves, além de expressamente prevista no artigo 10 da LIA, é essencial para vivificação do artigo 11, não havendo razão para que se tolere a permanência de administradores públicos manifestamente desastrados ou desidiosos em postos chaves do país, quando desde há muito se reconhece que o *Parquet* pode e deve proteger até mesmo o patrimônio particular (interdição por prodigalidade ou declaração de ausência) de pessoas ou famílias expostas a tais comportamentos na esfera privada.

V- O Ministério Público deve empreender esforços processuais, doutrinários e acadêmicos para impedir que a falsa idéia de implicação mútua de improbidade administrativa com desonestidade ou imoralidade transforme-se em jurisprudência dominante, mormente em cenário no qual o novo processo brasileiro coloca cada vez mais dificuldades para rediscussão de exegeses consolidadas.