

A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEU REFLEXO NAS INFRAÇÕES E SANÇÕES DA LEI 8.429/92, E AINDA NO RESPECTIVO PROCESSO JUDICIAL

Pedro Fernandes Alonso Alves Pereira¹

RESUMO: Este artigo trata da autonomia constitucional da responsabilidade por improbidade administrativa e seus reflexos nas infrações e sanções da Lei nº. 8.429/92 e no processo judicial.

Palavras chaves: Improbidade – autonomia constitucional – sanções administrativas

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tema autonomia constitucional da responsabilidade por improbidade administrativa e seus reflexos nas infrações e sanções da Lei nº. 8.429/92 e no processo judicial.

A improbidade administrativa consiste na violação à probidade administrativa que abrange os princípios da administração pública, como a moralidade administrativa e os deveres éticos de probidade, como a boa-fé, a lealdade, entre outros. O artigo 37, §4º, Constituição, estabeleceu para os atos de improbidade, sem prejuízo da ação penal cabível, severas sanções, tais como a suspensão dos direitos políticos a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário. A forma e gradação dessas sanções, por expressa disposição constitucional, ficou a cargo do Legislador.

A Lei nº. 8.429/1992 adveio como concretização do mandamento inserido no artigo 37, § 4º, da Constituição. A partir da Lei de Improbidade Administrativa, considera-se improbidade administrativa a conduta inadequada – por desonestidade, descaso, corrupção ou outro comportamento impróprio – ao exercício da função pública, merecedora das sanções previstas no referido texto legal.

¹ Juiz de Direito do Estado do Pernambuco

A definição de tais condutas é dada pelos artigos 9º, 10 e 11 da referida lei: o artigo 9º define os atos de enriquecimento ilícito; o artigo 10, os atos que acarretam lesão ao erário; e o artigo 11, os atos que violam os princípios da administração pública.

Nos tópicos a seguir serão tratados: os fundamentos e a autonomia da improbidade administrativa enquanto esfera própria de responsabilidade constitucional; os reflexos da autonomia na compreensão dos tipos infracionais da Lei n. 8.429/1992 e a constitucionalidade da modalidade culposa de improbidade prevista no artigo 10 da LIA; a consequência prática dessa autonomia na dosimetria das sanções administrativas ao se considerar a possibilidade de o agente público igualmente responder em outras instâncias; e, finalmente, a natureza jurídica dos atos de “notificação” e de “citação”, e o reflexo prático a respeito da ordem de citação uma vez constituída a relação jurídico-processual com a notificação.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS AO RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O legislador, ao tipificar os atos de improbidade administrativa, se valeu da técnica do conceito jurídico indeterminado, permitindo amoldar o enquadramento de situações de fato em face da constante mudança de métodos de infrações aos princípios da administração pública, dando "flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, de tal modo a coibir manobras formalistas conducentes à impunidade"; adotou-se, ainda, outra técnica que prescreve de forma mais específica os tipos legais, a exemplo de "receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado" (art. 9º, X); "conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie" (art. 10, VII); e "frustrar a licitude de concurso público" (art. 11, V).

Embora algumas das condutas consideradas como atos de improbidade administrativa tenham correspondência com tipos penais, como crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública (artigos 312 a 326 do Código Penal), de responsabilidade dos prefeitos (artigo 1º do Decreto-lei 201/67) etc., os atos de improbidade administrativa não são considerados ilícitos criminais, tampouco

ilícitos civil ou administrativo, tendo inquestionável autonomia, que encontra fundamento na Constituição da República (artigos 15, V e 37, § 4º).

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido em nosso ordenamento jurídico a existência de três esferas de responsabilidades, quais sejam: civil, criminal e administrativa. Ocorre que, no âmbito dessas esferas de responsabilidades, os operadores do direito sentem dificuldades em identificar em qual área do Direito deve-se enquadrar o **agente público** que pratica atos de improbidade administrativa, não encontrado parâmetros confortáveis nessas três instâncias clássicas de responsabilidade jurídica. Inadequado falar-se em responsabilidade civil, na medida em que a pessoa a eventualmente ser responsabilizada não age em nome próprio, não se encontra numa relação entre particulares, mas atua em cumprimento de uma missão pública porque é investido em competências previstas em lei à satisfação do interesse público. Do mesmo modo, seria inapropriado se indistintamente fosse aplicado o Direito Penal a situações que não encontram compatibilidade com a descrição de crimes, mormente nos casos de violação de princípios, que, como se sabe, ostentam conceito indeterminado, técnica que é incompatível com a tipificação dos ilícitos penais, que devem observar o princípio da legalidade estrita ou reserva legal. Também existe dificuldade de simplesmente afirmar que a responsabilidade por improbidade administrativa é mera categoria jurídica do Direito Administrativo Sancionador porque infração e sanção administrativa são apuradas e aplicadas no exercício de função administrativa, e não, tal como ocorre com a improbidade administrativa, em processo judicial.

Em função disso, a doutrina abalizada de José Roberto Pimenta Oliveira ensina que “a improbidade administrativa, enquanto esfera de responsabilidade jurídica, apresenta inequívoca **autonomia constitucional**, o que em tudo se reflete na forma de tratamento do tema ao se aplicar a Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a Lei nº. 8.429/92”.

Essa autonomia encontra fundamento no próprio texto da Constituição da República, precisamente nos **artigos 1º, 15, inciso V e 37, § 4º**. No primeiro artigo a autonomia da responsabilidade por improbidade administrativa evidencia-se da leitura tópica e sistemática da Constituição. O artigo 1º anuncia o princípio republicano enquanto fundamento do sistema constitucional. Dele se extrai que o agir em exercício de

função pública é uma atuação em nome da sociedade – e não por interesse pessoal, o que por consequência significa dizer que há ao menos três deveres que se imbricam ao exercício de qualquer missão pública, seja na condição de agente ou mesmo de particular em parceria com o Estado, três deveres que naturalmente decorrem do princípio republicano: transparência, prestação de contas e responsabilidade. Além disso, verifica-se a autonomia constitucional da responsabilidade por improbidade no artigo 15, que dispõe sobre a cassação de direitos políticos cuja perda ou suspensão pode dar-se, nos termos do inciso V, por prática de ato de improbidade administrativa; e, a mais importante, por ser realmente a norma da qual se erige esta esfera de responsabilização, encontra-se no artigo 37, § 4º, ao dispor que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

São estes, portanto, os fundamentos constitucionais que respaldam o reconhecimento da autonomia da improbidade administrativa.

2.2 O REFLEXO DA AUTONOMIA NA COMPREENSÃO DOS TIPOS INFRACIONAIS (ARTS. 9, 10 E 11 DA LEI Nº. 8.429/92) E COMO SE PODE SUSTENTAR A CONSTITUCIONALIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO CULPA (EM SENTIDO ESTRITO) PREVISTO NO ART. 10 DA LEI Nº. 8.429/92

O reflexo da autonomia constitucional da improbidade administrativa, na compreensão dos tipos infracionais, é a sistematização de conceitos, institutos, categorias, de um regime jurídico próprio de estipulação das infrações (tipos infracionais) e respectivas sanções (penas). A Lei n. 8.429/1992, em linhas gerais, positivou três espécies de improbidade administrativa: (i) decorrente de ato ilícito, (ii) de lesão ao erário e (iii) de atos ou omissões que atentem contra os princípios da administração. Cabe ressaltar que o rol de atos de improbidade enunciado pelo diploma é exemplificativo, sendo o elenco previsto nos artigos 9º, 10 e 11 e detalhado nos incisos seguintes a partir da enumeração das hipóteses mais freqüentes. Exige-se dolo para os atos dos artigos 9º e 11 e dolo ou culpa para os do artigo 10.

A constitucionalidade da modalidade culposa de improbidade, prevista no artigo 10 da LIA, é sustentada desde que concebida como **culpa grave**. Sob esse prisma, o legislador democraticamente eleito tem legitimidade para dispor sobre a modalidade

dolosa ou culposa, mas sua margem de atuação encontra limites no princípio da proibição do excesso do qual se impõe considerar a improbidade por culpa apenas de grave ou gravíssima na qual o agente público não tenha atuado de boa-fé.

O doutrinador Fábio Medina Osório, nesse sentido, explica que não é qualquer lesão ao erário, mas sim uma “lesão grave” que acarreta a improbidade, mesmo se desprovida de dolo. A gravidade é aferida por uma série de conceitos como “a eficiência funcional mínima”, “**desvalor da conduta**”, “**desvalor do resultado**”, “**violação grosseira ao dever de cuidado objetivo**”, “lesão ao bem jurídico tutelado” e “agressão grave à cultura político-administrativa vigente”. Esclarece, ainda, o citado doutrinador que a improbidade não é o erro profissional dentro de uma margem razoável, porque a Lei de improbidade procura punir agentes públicos inábeis, mas sim os desonestos. Justamente por isso, o reconhecimento da improbidade culposa, segundo o autor, demanda um juízo valorativo por meio de uma apreciação racional, razoável, proporcional e justa do fato ilícito (OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.248-322).

2.3 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 (POR EXEMPLO, EM PROCESSOS CRIME E/OU ADMINISTRATIVO)

A Constituição prevê as seguintes hipóteses de sanções pela prática de atos de improbidade: a) perda da função pública; b) suspensão dos direitos políticos; c) ressarcimento ao erário; e, d) indisponibilidade de bens. A LIA consolida o regime jurídico repressivo em defesa da probidade administrativa e adiciona às sanções constitucionais, as seguintes: a) perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente; b) multa civil; c) proibição de contratar com o Poder Público; e, d) proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

O § 4º do artigo 37 da CR/88, em sua parte final, explicita que os atos de improbidade são passíveis de punição, sem prejuízo da ação penal cabível, enquanto o artigo 12 da Lei nº. 8429/1992 esclarece que as cominações nele previstas são aplicáveis independentemente das sanções penais, civis e administrativas, as quais também podem incidir sobre os agentes ímprobos.

Isso significa dizer que a autonomia da responsabilidade por improbidade gera consequências práticas: a tipificação dos atos de improbidade administrativa não ocorre nos moldes do Direito Penal, em que se exige a estrita legalidade e a taxatividade dos tipos; na **dosimetria da pena** a sua individualização, direito fundamental previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição, deve ainda reputar que o sujeito agiu, ao cometer a improbidade administrativa, investido em função pública, ou seja, enquanto alguém a quem foram confiados deveres e poderes para bem cumprir com os interesses da coletividade, e não os seus particulares; na condução do processo judicial que apura a eventual ocorrência de atos de improbidade administrativa, não obstante a indispensável aferição dos elementos subjetivos (dolo e culpa – esta última quando admitida pelo tipo infracional, o que ocorre com o art. 10 da Lei 8.429/92), a identificação do ilícito administrativo em si, em particular do desvio de finalidade, afere-se objetivamente, pois o descompasso da prática do ato é conclusão que se encontra por sua desconformidade não com o móvel íntimo do sujeito, mas com o que o ordenamento jurídico dispõe enquanto comportamento exigido.

Além da diversidade de sanções jurídicas, elas possuem natureza heterogênea, isto é, política, administrativa, ressarcitória, entre outras. Existe uma relativa independência entre as instâncias jurídicas (penal, administrativa, civil e de improbidade), como no exemplo citado no curso sobre a cobrança de multa pelo TCU e à sanção decorrente da ação de improbidade.

Consequentemente, conclui-se que o ato de improbidade é ilícito pluriobjetivo, porque desafia valores ou bens tutelados na legislação penal, civil, política e administrativa.

Nesse sentido, a conclusão de nº. 26 do Curso Teórico e Prático Para o Aperfeiçoamento da Atividade Judicante-Módulo Fazenda Pública” realizado pela ENFAM, confira-se:

“A improbidade administrativa consiste na prática de atos infracionais referentes ao enriquecimento ilícito, lesivos ao erário, nas modalidades dolosa e culposa (artigos 9º e 10 da Lei nº. 8.429/1992, ou ainda na ofensa dolosa aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº. 8.429/1992), e configura-se como categoria autônoma de responsabilidade jurídica, ao lado das responsabilidades civil, criminal e administrativa.” (http://www.enfam.jus.br/wpcontent/uploads/2013/02/Conclusoes_teorica_e_pratica_PI.pdf)

2.4 A NATUREZA JURÍDICA DOS ATOS DE “NOTIFICAÇÃO” E DE “CITAÇÃO”, EM ANÁLISE PARTICULAR DA AUTONOMIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ARTIGO 17, §§ 7º E 9º, DA LEI 8.429/92, E O REFLEXO PRÁTICO DA ORDEM DE CITAÇÃO UMA VEZ CONSTITUÍDA A RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL COM A NOTIFICAÇÃO

Conforme determina o artigo 17, § 7º, da Lei nº 8.429/1992, estando em termos a petição inicial da ação de improbidade, os demandados serão notificados previamente para que apresentem defesa prévia no prazo de quinze dias. Sem dúvida, o legislador baseou-se no procedimento penal previsto para os crimes funcionais, onde também se prevê uma notificação dos demandados para oferecimento de defesa prévia ao recebimento da denúncia (arts. 513 a 515 do Código de Processo Penal). E tal fase preliminar à citação decorre do fato de que não pareceu ao legislador razoável que os demandados fossem citados se não se constatasse a presença de elementos probatórios mínimos que justificassem a instrução do processo em um caso que envolve interesses individuais e metaindividuais tão relevantes como os que estão em jogo no processo da “ação de improbidade” (CÂMARA, Alexandre Freitas. A Fase Preliminar do Procedimento da “Ação de Improbidade Administrativa”. Publicado no site http://academia.edu/375133/A_fase_preliminar_do_procedimento_da_acao_de_improbidade_administrativa_. Acesso em 13.07.2013).

Assim, determina a lei que seja feita uma notificação prévia dos demandados (excluída, apenas, a pessoa jurídica interessada, já que a demanda é proposta para defesa de um interesse que coincide com o dela) para que apresentem defesa antes de se decidir pelo recebimento ou não da petição inicial. Como disse respeitadíssimo estudioso do direito processual coletivo, “o que a ação de improbidade tem de realmente inovador no campo do processo civil é a fase procedimental relacionada com a admissibilidade da demanda, prevista nos §§ 6º a 12 do art. 17 da Lei 8.429/92. A preocupação do legislador, quanto ao ponto, foi adequar o processo civil à finalidade, que não lhe é peculiar, de ser instrumento para imposição de penalidades ontologicamente semelhantes às das infrações penais. À identidade material das penas veio juntar-se a identidade formal dos mecanismos de sua aplicação”(ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo. São Paulo: RT, 2006, pp. 128-129).

Em outra respeitada fonte doutrinária pode-se ler o seguinte:

“O Código atual eliminou a distinção entre intimação e notificação e só conhece, de ordinário, como ato de comunicação processual a citação e a intimação”.

“A denominação notificação ficou reservada para o procedimento especial integrante das medidas cautelares, como medida conservativa de direitos, regulada no art. 873” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 48ª ed., 2008, p. 296).

Então de notificação só se fala quando se trata do procedimento especial a que se refere o artigo 873 do CPC, o qual, não obstante regulado entre os procedimentos cautelares, é, na verdade, um procedimento de jurisdição voluntária.

Diante disso, entendem Alexandre Freitas Câmara e Humberto Theodoro Jr. que a “notificação” a que se refere a Lei nº 8.429/1992 é, na verdade, uma intimação. Esta, como sabido, define-se (CPC, artigo 234) como o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa. Pois é exatamente isto o que se tem no caso em tela. Os demandados tomam ciência do ajuizamento da demanda, e de seu teor, para que apresentem defesa prévia. Tal ato de comunicação, pois, é uma intimação.

Por outro lado, segundo Cassio Scarpinella Bueno, **a notificação e a citação tratados nos parágrafos 7º e 9º, do artigo 17 da LIA, devem ser entendidos como citação e intimação, respectivamente.** Assevera o autor que “[...] o contraditório já está completo quando o réu é notificado para manifestar sobre a petição inicial. Pondera que neste instante a relação processual já se apresenta triangularizada[...].” Em consequência, afirma que, após a admissão da petição inicial, “seja o réu apenas intimado para apresentar sua defesa, considerando que ele já faz parte da relação jurídica processual e, pois, que dela ele já tem ciência”. Segundo esse entendimento, a lei teria dado nome equivocado aos atos.

O reflexo prático desse entendimento é que, uma vez notificado o demandado para apresentação de defesa prévia, apresentada a manifestação preliminar com a formação da relação processual, desnecessária se torna a expedição de novo mandado citatório em caso de recebimento da inicial. Nesse sentido, a conclusão nº. 20 do Curso Teórico e Prático Para Aperfeiçoamento da Atividade Judicante—Módulo “Fazenda Pública”, realizado pela ENFAM:

“Na ação civil por improbidade administrativa, notificado o réu e apresentadas as manifestações preliminares, com a relação processual triangularizada e a realização concreta do contraditório constitucionalmente assegurado, recebida a petição inicial pelo cumprimento dos requisitos previstos na lei, descabe a expedição de mandado de citação, sendo suficiente a intimação na pessoa do advogado constituído, para fins de contestação. Recomenda-se que a advertência de que não será realizada nova citação conste do mandado da notificação inicial”. (http://www.enfam.jus.br/wpcontent/uploads/2013/02/Conclusoes_teorica_e_pratica_PI.pdf).

Além disso, tem-se entendido que, embora obrigatória, a ausência de notificação do demandado para apresentação de defesa prévia somente acarreta nulidade processual se comprovado o prejuízo. Essa a conclusão n.º 13 do referido curso, vejamos:

“Em atenção ao princípio do devido processo legal, a notificação do réu para apresentar defesa prévia na ação civil pública por improbidade é obrigatória, nos termos do art. 17, § 7º, da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Contudo, a ausência da notificação prévia em questão somente acarreta nulidade processual se houver comprovação de efetivo prejuízo.” (http://www.enfam.jus.br/wpcontent/uploads/2013/02/Conclusoes_teorica_e_pratica_PI.pdf).

3. CONCLUSÃO

A autonomia constitucional da responsabilização pela prática de atos de improbidade encontra fundamento no próprio texto da Constituição da República, precisamente nos artigos 1º, 15, inciso V e 37, § 4º e se evidencia diante da dificuldade dos operadores do Direito em identificar em qual área deve-se enquadrar o agente público que pratica atos de improbidade administrativa, não encontrado parâmetros confortáveis nessas três instâncias clássicas de responsabilidade jurídica (civil, criminal e administrativa).

O reflexo da autonomia constitucional da improbidade administrativa, na compreensão dos tipos inflacionais, é a sistematização de conceitos, institutos, categorias, de um regime jurídico próprio de estipulação das infrações (tipos infracionais) e respectivas sanções (penas).

A Lei n. 8.429/1992 positivou três espécies de improbidade administrativa: (I) decorrente de ato ilícito, (II) de lesão ao erário e (III) de atos ou omissões que atentem contra os princípios da administração, exigindo-se o dolo para os atos dos artigos 9º e 11 e dolo ou culpa para os do artigo 10. É constitucional a modalidade

culposa de improbidade, desde que concebida como culpa grave, aferida no caso concreto por meio de uma série de conceitos, como “desvalor da conduta”, “desvalor do resultado”, “violação grosseira ao dever de cuidado objetivo”, “lesão ao bem jurídico tutelado” e “agressão grave à cultura político-administrativa vigente”.

A improbidade tem autonomia e independência, posicionando como categoria autônoma de responsabilidade, ou seja, passando a divisão clássica das responsabilidades jurídico-constitucionais, a incluir a responsabilidade por improbidade administrativa.

Finalmente, quanto à natureza jurídica da “notificação” e da “citação”, conforme previsto no artigo 17 §§ 7º e 9º da LIA, e segundo a doutrina de Cássio Scarpinella Bueno, a “notificação” tem efeito de citação, não havendo necessidade de novo ato citatório, e a “citação” a que se refere a lei, tem efeito de intimação, desde que observado o teor da conclusão nº. 20 do Curso Teórico e Prático Para Aperfeiçoamento da Atividade Judicante-Módulo “Fazenda Pública”, realizado pela ENFAM.

BIBLIOGRAFIA:

BUENO, Cassio Scarpinella, artigo: Juízo de Admissibilidade da Petição Inicial, Sentença e Julgamento parcial na Ação de Improbidade Administrativa. Sítio: www.enfam.jus.br.

CÂMARA, Alexandre Freitas. A Fase Preliminar do Procedimento da “Ação de Improbidade Administrativa”. Publicado no site http://academia.edu/375133/A_fase_preliminar_do_procedimento_da_acao_de_improbidade_administrativa_. Acesso em 13.07.2013.

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

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 48ª ed., 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo. São Paulo: RT, 2006.