

### 4.3. Algumas notas sobre a improbidade administrativa

A análise desenvolvida no presente capítulo não se completaria sem que se atinasse para a relação que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa tem atualmente no direito brasileiro com o conceito jurídico de *improbidade*. Ainda que pesquisar a improbidade administrativa no direito brasileiro seja, por si só, um tópico extenso o suficiente, para que o presente trabalho se desviasse por completo de seu objeto sem que, provavelmente, viesse a lograr qualquer conclusão, seria uma grave omissão não mencionar a improbidade e deixar de perscrutar a intensa correlação que o seu tratamento jurídico estabelece no direito brasileiro com o tema central do presente estudo.

O que é improbidade? A Constituição faz algumas referências em seu texto à responsabilidade das autoridades públicas por improbidade administrativa. A principal dessas referências encontra-se no § 4º, do art. 37, que estabelece: “*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*”<sup>472</sup>. Muito embora a Constituição se refira à figura da improbidade, não há preocupação em conceituá-la, senão como um mecanismo voltado a buscar a responsabilização das autoridades administrativas. Além disso, o texto constitucional reserva o rótulo da improbidade para condutas gravíssimas do administrador, uma vez que as sanções em tese preconizadas pelo citado § 4º são bastante pesadas: suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade de bens; e ressarcimento ao erário.

Porém, a Lei nº 8.429/1992, que regulamentou a referida norma constitucional, ampliou de modo excessivo o conceito jurídico de improbidade, de modo a confundir a improbidade com toda e qualquer ilegalidade cometida no exercício da função administrativa. É sabido que a Lei nº 8.429/1992 estabelece quatro tipos de improbidade administrativa: (1) aquela derivada de atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); (2) aquela derivada de atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); (3) aquela derivada de atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício

---

<sup>472</sup> Além disso, em seu texto atual, a Constituição refere-se à improbidade no art. 15, V (como causa da perda ou suspensão dos direitos políticos) e no art. 97, §10, III; art. 101, § 3º e art. 104, II, todos do ADCT.

financeiro ou tributário (art. 10-A); e (4) aquela derivada de atos que simplesmente atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Os excessos do texto legislativo frente à diretriz constitucional são evidentes. Como dizem MARQUES NETO e PALMA: “*Longe de ser um projeto preconcebido e de impactos mensurados a reconfiguração da dinâmica do controle da Administração Pública após a Constituição de 1988 se deu um tanto ao sabor do acaso. (...) Trata-se de um processo aleatório, voluntarioso e desmensurado*”<sup>473</sup>. O resultado disso é que atualmente quase todo o controle jurisdicional da Administração no Brasil é feito com base nos mecanismos judiciais e mediante a aplicação das sanções da Lei nº 8.429/1992, o que não deixa de ser uma deformidade do sistema brasileiro, pois a correção da atuação da Administração em prol da legalidade perde espaço para a punição dos agentes que praticaram ilegalidades.

É importante que se entenda que, enquanto na maior parte dos países o sistema de controle jurisdicional da Administração encontra-se focado na correção dos atos ilegais praticados pelas autoridades públicas, no Brasil esse eixo se deslocou diante da ampliação legal do conceito de improbidade e da disseminação das ações de responsabilização por improbidade, como fruto da atuação do Ministério Público, para as consequências da ilegalidade e para o plano da responsabilização das autoridades e de particulares que tenham eventualmente se beneficiado das práticas ímprobas daquelas. Nesse sistema, contraditoriamente, a ilegalidade (na perspectiva de sua identificação e da punição de seus autores) é mais importante do que a legalidade. É raro que o julgador determine o que o administrador deva fazer para conformar sua atuação ao direito, mas é extremamente comum que a ilegalidade se consume plenamente, que os seus efeitos venham a prejudicar toda a sociedade e que, somente muitos anos depois, venha a se punir o administrador que a conduziu.

O *punitivismo* inerente ao sistema de controle instituído pela Lei nº 8.429/1992, em que pese agradar aparentemente à opinião pública, não colabora com a melhoria da ação estatal simplesmente porque a correção da atuação da Administração não é sua razão principal de existir. Nesse contexto, sob o impulso muitas vezes incontido e irracional das massas e da mídia política e investigativa, a jurisdição faz um uso cada

---

<sup>473</sup> Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. (*Os Sete...*). Op. Cit., p. 23.

vez mais intenso dos princípios gerais do direito administrativo (a lei em seu art. 11 menciona os “*princípios da administração pública*” e cita expressamente os “*deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*”). Ao contrário, no entanto, do uso comumente feito desses princípios em outros ordenamentos, aqui eles não são utilizados como instrumento de conformação jurídica das condutas da Administração em defesa do administrado, mas como fundamento jurídico para a punição de supostos infratores da probidade, fato que majora desmedidamente a discricionariedade sancionatória de magistrados a ponto de inserir o exercício da jurisdição nas perigosas fronteiras da perseguição política, da singela emissão de opiniões políticas subjetivas do julgador ou do mais puro arbítrio.

Esse estado de coisas tem provocado a atenção dos tribunais superiores brasileiros, mas não a ponto de corrigirem plenamente os excessos que geralmente são praticados.

Muitos julgados do STJ, por exemplo, entendem que o dolo do agente é fundamental para a configuração da improbidade, desembaraçando, de modo correto, os conceitos de ilegalidade e improbidade; outros se concentram, ainda, na aplicação do *princípio da proporcionalidade* para rever sanções fixadas judicialmente de modo arbitrário ou com evidente excesso.

Vale citar como exemplo o acórdão proferido sob relatoria do Min. Teori ZAVASCKI, para o qual:

*“a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente; [é] indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10”*<sup>474</sup>.

---

<sup>474</sup> Cf. AIA nº 30/AM, Min. Rel. Teori Albino ZAVASCKI, DJe 28/09/2011. Vão no mesmo sentido os seguintes julgados: AgRg no AREsp nº 409732/DF, Min. Rel. Og FERNANDES, DJe 16/12/2013; AgRg no REsp nº 1295240/PI, Min. Rel. Benedito GONÇALVES, DJe 10/09/2013; AgRg no REsp nº 1382436/RN, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe 30/08/2013; REsp nº 1261994/PE, Min. Rel. Benedito GONÇALVES, DJe 13/4/12; AgRg no REsp nº 1287027/GO, Min. Rel. Arnaldo Esteves LIMA, DJe 21/09/2012; AgRg no REsp nº 488007/RN, Rel. Min. Mauro Campbell MARQUES, DJe 14/05/2014.

Sobre a desproporcionalidade na aplicação da Lei nº 8.429/1992 pelos tribunais locais, registre-se o seguinte acórdão relatado pelo Min. Castro MEIRA:

*“O art. 12, parágrafo único, da Lei n.º 8.429/92, fundado no princípio da proporcionalidade, determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na ‘extensão do dano causado’ bem como no ‘proveito patrimonial obtido pelo agente’. No caso dos autos, o dano causado aos cofres municipais é de pequena monta, já que se trata de ação civil pública por ato de improbidade decorrente da acumulação indevida de cargo e emprego públicos. E, também, o acórdão recorrido reconheceu não haver ‘indícios de que o agente tenha obtido proveito patrimonial’”<sup>475</sup>.*

Como já se constatou em outras passagens deste trabalho, o ambiente de insegurança jurídica formado pelo aumento desmesurado do arbítrio judicial na apreciação das decisões administrativas não convém a ninguém, nem às autoridades administrativas, nem ao administrado que, como fruto dessa conjuntura, tende a sofrer, cada vez mais, as consequências de uma Administração temerosa e paralisada. No tabuleiro desse jogo, o conceito de improbidade é uma peça-chave, que desempenha conjuntamente um papel altamente nocivo, se considerados os moldes excessivamente amplos com que esse conceito foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992.

Mas o movimento da jurisprudência, também aqui, é errático. Ao mesmo tempo em que alguns julgados constroem ferramentas para uma aplicação mais equilibrada da Lei nº 8.429/1992, outros forjam mecanismos que tendem a torna-la ainda mais severa, como acontece com inúmeros precedentes que possibilitam a punição do agente diante da configuração do chamado “*dolo genérico*”. Observe-se:

*“6. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Portanto, o ato de improbidade*

---

<sup>475</sup> Cf. REsp nº 794155/SP, Min. Rel. Castro MEIRA, DJ 04/09/2006. No mesmo sentido, sobre a necessidade de dosagem proporcional das penas fixadas pela Lei nº 8.429/1992, Cf: REsp nº 291747/SP, Min. Rel. Humberto Gomes de BARROS, DJ 18/03/2002; REsp nº 213994/MG, Min. Rel. Garcia VIEIRA, DJ 27/09/1999; REsp nº 300184/SP, Min. Rel. FRANCIULLI NETO, DJ 03/11/2003 e REsp nº 664856/PR, Min. Rel. Luiz FUX, DJ 02/05/2006.

*administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 7. A conduta praticada pelos recorrentes afrontou os princípios que regem a probidade administrativa, violando, notadamente, os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992. Está caracterizado, portanto, o dolo genérico para o enquadramento da conduta no art. 11 da Lei 8.429/1992”<sup>476</sup>.*

Se o trabalho da jurisprudência é tortuoso, não há, por outro lado, registro de qualquer esforço mais significativo do Legislativo ou do Executivo no intuito de corrigir os excessos da Lei nº 8.429/1992. O Legislativo, ao avesso do que se poderia esperar, tem tornado a lei mais severa e ampliado as suas hipóteses de incidência, de modo a tonar ainda mais intensos os efetivos distorcidos do seu texto original. Um exemplo disso encontra-se na Lei nº 12.120/2009, que alterou a Lei nº 8.429/1992 para possibilitar a aplicação cumulativa de sanções, sem qualquer referência à vasta jurisprudência formada sobre a proporcionalidade na aplicação das penas contra a improbidade. A Lei nº 11.107/2005, a Lei nº 13.019/2014 e a Lei Complementar nº 157/2016, por seu turno, ampliaram as hipóteses de incidência da improbidade<sup>477</sup>. Ou seja, a agenda política brasileira encampada nos últimos anos pelo Legislativo tem tornado o conceito jurídico de improbidade cada vez mais largo, agravando os excessos do texto original da Lei 8.429/1992 e, como consequência disso, tem dotado o Judiciário de um poder cada vez mais ancho de intervenção no cotidiano da Administração por meio da punição ou da ameaça de punição das autoridades administrativas.

Apesar de todo esse quadro, é necessário que se esclareça que não há coincidência ou correspondência absoluta entre os conceitos de ilegalidade da decisão e de improbidade do agente. Muito embora a ilegalidade esteja na raiz do conceito de improbidade, nem todo o comportamento ilegal é um comportamento ímprobo. A ilegalidade compreende, como já se pode notar até aqui, um gênero amplo de condutas que desarranjam as estruturas básicas de formação de uma decisão administrativa (competência, forma, processo, objeto, motivo e finalidade), dentre as quais a

---

<sup>476</sup> Cf. REsp nº 1790617/SP, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe 25/04/2019.

<sup>477</sup> Registre-se, ainda, outras tentativas de modificação do texto legal, no sentido de ampliar suas hipóteses de incidência: o PLS nº 71/2017, de autoria da senadora Kátia Abreu; o PLS nº 451/2016, de autoria do senador Renan Calheiros e, por fim, o PLS nº 108/2016, de autoria do senador Randolfe Rodrigues, este com o intuito de acelerar o julgamento dos processos civis de responsabilização por improbidade administrativa.

improbidade é uma espécie, a espécie dolosa, em que a autoridade administrativa deturpa propositalmente a decisão administrativa.

Uma nota especial deve ser feita para o enfático voto do Min. MAIA no AgRg no REsp nº 1306817/AC, exatamente no sentido do que aqui se pondera. Para ele:

*“É bem provável, sem dúvida, que a confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade provenha do caput do art. 11 dessa Lei, porquanto ali está apontada como ímproba a conduta (qualquer conduta) ofendente dos princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o famoso princípio da legalidade (art. 37 da Constituição), como se sabe há muito tempo (...) Portanto, a ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, não são - situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave”<sup>478</sup>.*

A conclusão que vale tirar dessa breve análise é que o conceito legal de improbidade:

- (1) primeiramente, não condiz com o conceito de ilegalidade, sendo mais restrito que este, uma vez que reservado aos casos de condutas dolosas dos agentes públicos;
- (2) dificulta em alguma medida o controle da legalidade, uma vez que é voltado antes de tudo para a responsabilização e punição dos agentes, e não para a correção da ilegalidade;
- (3) encontra-se regulamentado de maneira equivocada e excessiva pela Lei 8.429/1992, que o desviou dos objetivos constitucionais em prestígio de uma agenda política que deseja demonstrar à massa do eleitorado e à opinião pública que há um *irrestrito combate à corrupção*;
- (4) tem obtido do Judiciário relativa contenção e racionalidade, apesar das muitas incoerências da jurisprudência.

---

<sup>478</sup> Cf. AgRg no REsp nº 1306817/AC, Min. Rel. Napoleão Nunes MAIA FILHO, Dje 19/05/2014.