

CAPÍTULO VI

O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI 8.429/92

Fábio Medina Osório¹

SUMÁRIO • 1. Introdução; 2. Fundamento constitucional da culpabilidade; 3. Improbidade e culpabilidade: dolo e culpa; 4. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo Sancionador brasileiro, ao contrário do europeu, não tem o mesmo vigor legislativo em termos de garantias, nem o mesmo lastro humanitário que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos permitiu construir ao longo das últimas décadas, construção baseada na cultura dos Direitos Humanos originária na Revolução Francesa.

Sem embargo, nosso Direito Administrativo Sancionador encontra respaldo e plena ressonância na Constituição Federal, que incorpora e agasalha direitos humanos e os transforma em direitos fundamentais: princípios, como legalidade, tipicidade, devido processo legal, culpabilidade e individualização da pena, são entronizados em nossa Carta Magna e outorgam garantias constitucionais aos acusados em geral, inclusive em processos administrativos sancionadores e processos judiciais punitivos submetidos às garantias do Direito Administrativo Sancionador.²

-
1. Doutor em Direito Administrativo pela Universidade Complutense de Madrid. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ex-Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul. Advogado.
 2. Os princípios referidos neste parágrafo e no parágrafo seguinte estão espalhados por todo o texto da CF/88, estando insculpidos, *v. g.*, nos incisos do art. 5º e no *caput* do art. 37. Vejam-se alguns desses dispositivos constitucionais:
Art. 5º, XXXIX – “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”
XLV – “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”

Sustentamos originalmente a teoria conforme a qual a Lei 8.429/92 tipifica atos de improbidade através de princípios e regras de Direito Administrativo, já desde a Carta Constitucional (art. 37, par. 4º). A partir dessa perspectiva, o ilícito de improbidade é definido pelo Direito Administrativo e as respectivas sanções também o são. Daí porque sustentamos que as sanções previstas na Lei 8.429/92 são sanções de Direito Administrativo e, portanto, de Direito Administrativo Sancionador é que se trata esse instrumental, conquanto manejado pelo Poder Judiciário, através de um incomum processo punitivo.³

Sendo sua natureza jurídica de Direito Administrativo Sancionador, como parece que é essa a tendência que se observa no STJ⁴, a Lei 8.429/92 deve ter seu regime jurídico reconhecido e aplicado aos acusados em geral, para que sua eficácia possa ser extraída na plenitude.

Um dos pilares do devido processo legal punitivo é o princípio da culpabilidade, que merece ser observado desde os primórdios da investigação, com todas as cautelas cabíveis, para que o processo seja eficaz. Ao mesmo tempo, esse princípio da culpabilidade ostenta variadas funcionalidades normativas, nem sempre adequadamente exploradas. Não será nosso propósito explorá-las na plenitude no presente ensaio, dada a limitação de espaço, mas tratar de alguns tópicos críticos interessantes.

XLVI – “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...]”

LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

Art. 37. “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

3. Vide, originalmente, o trabalho em que pela vez primeira sustentei essa teoria: *Corrupción y mala gestión de la "res publica": el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño* (Revista de Administración Pública, v. 149, pp. 487/522, 1999.). Na sequência, confirmam-se: *Novos rumos da gestão pública brasileira*. In: Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Luiz Guilherme Costa Wagner Júnior (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 283; *Teoria da Improbidade Administrativa*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007; *Improbidade Administrativa na Constituição de 1988: uma ilegalidade qualificada*. In: 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. Org. MO-RAES, Alexandre de. São Paulo: Atlas, 2009.
4. REsp 885.836/MG, Rel. Ministro TEORIL ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 02/08/2007 p. 398; REsp 879.360/SP, relator Ministro LUIZ FUX, 1ª TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 11/09/2008.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA CULPABILIDADE

O princípio da responsabilidade subjetiva, de natureza constitucional, se estende, em tese, ao Direito Administrativo Sancionatório e é um desdobramento do princípio da culpabilidade. Trata-se de direito fundamental inerente ao devido processo legal punitivo. Tratar da responsabilidade subjetiva, no campo da improbidade administrativa, no manejo da Lei 8.429/92, é um pressuposto importante, porque a Jurisdição Cível não raro ofusca essa visão de muitos operadores do Direito.

A institucionalização de um litígio de natureza aparentemente cível, na ótica de numerosos atores, acarretaria a possibilidade de alguma espécie de responsabilidade civil. No entanto, o ajuizamento de uma demanda calcada na Lei 8429/92 já traz consigo o regime jurídico do Direito Administrativo Sancionador, no seu núcleo duro, e por isso mesmo faz com que haja a incidência de regras e princípios atinentes a direitos fundamentais dos acusados em geral, dentre os quais situa-se o direito à responsabilidade subjetiva, plasmado diretamente no art.37, par.6º, da Constituição Federal.

Com efeito, o mencionado dispositivo constitucional (art.37, par.6º) outorga aos agentes públicos como um todo a garantia da responsabilidade subjetiva frente ao chamado direito de regresso, nas meras ações de responsabilidade do Estado. Ora, estas ações são menos severas que as ações sancionatórias. E, nelas, o Estado só pode atuar contra agentes públicos quando houver dolo ou culpa. Indo além, percebe-se que os agentes públicos estão submetidos a uma relação estatutária, ou seja, de relação de especial sujeição. Têm deveres legais e administrativos perante o Poder Público, assumidos voluntariamente para com o Estado. Por isso, assumem obrigações. Mesmo assim, só podem ser punidos a título de dolo ou culpa. Isso significa que os particulares, no tocante às suas responsabilidades, têm o mesmo regime. Não podem gozar de regime inferior.

Em todo caso, no campo da improbidade administrativa, no terreno da Lei 8.429/92, é certo dizer que vigora também o princípio da responsabilidade subjetiva, tanto quanto vigora esse mesmo princípio no campo da responsabilidade no Direito obrigacional em termos de ressarcimentos, na esfera pública.

Tive a oportunidade de alinhar as seguintes considerações a respeito do fundamento constitucional da culpabilidade em nosso sistema jurídico:

“A indagação evidente, no cenário constitucional que condiciona o Direito Punitivo, a esta altura já amadurecida, é a seguinte: ficaria o princípio da culpabilidade adstrito, na produção de seus efeitos e reflexos, ao campo penal, diante da fundamentação preliminar que ostenta? Parece-me evidente que não. E isso porque tal princípio não tem natureza essencialmente penal, mas sim constitucional. Os dispositivos dos quais deflui a culpabilidade são constitucionais e limitam o Direito Punitivo como um todo. Trata-se, nesse passo, de consagrar

garantias individuais contra o arbítrio, garantias que se corporificam em direitos fundamentais da pessoa humana, os quais somente resultam protegidos se houver a segurança de que as pessoas não sejam atingidas por um poder sancionador autoritário, que despreze subjetividade da conduta e a valoração em torno à exigibilidade de comportamento diverso, o que inclui o exame das clássicas excludentes penais, todas ligadas ao ideário de liberdade e dignidade humanas. (...) A dificuldade é encontrar o ponto de equilíbrio. Necessário resgatar alguma contribuições teóricas do Direito Penal para uma adequada compreensão do ato de improbidade administrativa e do ilícito administrativo em geral. Todavia, é indispensável que o intérprete saiba trabalhar as categorias penais com outras “cores”, ou seja, com as diferenças e cores do Direito Administrativo.

“Não há dúvidas de que, em alguma medida, a exigência de culpabilidade impede que pessoas sejam responsabilizadas com sanções que atingem seus objetivos políticos, suas liberdades públicas, de forma meramente objetiva.

“Nesse sentido, culpabilidade é um princípio amplamente limitador do poder punitivo estatal, aparecendo como exigência de responsabilidade subjetiva.”

“Note-se que, somente após a constatação de um autor culpável, é possível imposição de pena. Nesse sentido, é a culpabilidade fundamento da pena, porque esta se dirige a pessoas capazes de evitar, em tese, os atos ilícitos. Não se dirigem as penas aos fenômenos físicos ou da natureza, mas sim a pessoas dotadas de certa liberdade e autodeterminação capazes de embasar sua responsabilidade. Ser culpável é ser passível de ser responsabilizado, é possuir capacidade de ser punido, castigado por seus atos, com um sentido pedagógico. Culpabilidade fundamenta a pena estatal, embasa as sanções administrativas, aplicadas direta ou indiretamente pelo Estado.

“Culpabilidade também significa medição da pena, embora outros princípios igualmente aqui incidam, como é o caso da proporcionalidade, razoabilidade, motivação, interdição de arbitrariedade.

“De igual modo, prosseguindo no raciocínio paralelo, a individualização das sanções, com suporte no Direito Administrativo Sancionador, exige ato fundamentado das autoridades administrativas, daí derivando direito subjetivo público aos jurisdicionados e administrados. A motivação, aliás, é especial requisito dos atos sancionadores, o que a erige como condição de validade do ato, ligando-se, indiscutivelmente, ao princípio da individualização da sanção, além de sua autonomia enquanto requisito de fundamentação da medida.

“Se cada ser humano é um indivíduo, cada infrator deve receber um tratamento individualizado, particular, com a possibilidade de conhecer as concretas e específicas razões do ato sancionador, podendo impugná-lo ou aceitá-lo.”⁵

5. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 206, p. 430-437, 441, 443, 464-465.

O fundamento da culpabilidade não se dirige apenas às ações dolosas. Também atinge as ações culposas. Vale lembrar que, nos ilícitos culposos, a culpabilidade desempenha funções mais específicas, limitando o arbítrio estatal no sentido de evitar imposição de censurabilidade aos agentes que não tenham obrado com exigibilidade de conduta diversa, ou ao amparo de erro inescusável, ou fora da órbita da culpa em sentido estrito. Não raro, confunde-se a culpabilidade com o agir doloso, mas em realidade o fundamento da responsabilidade subjetiva abarca igualmente os ilícitos culposos, em que se faz presente um conjunto de exigências atinentes a deveres objetivos de cuidado (deveres subjetivos de responsabilidade).

Quanto à aplicação da sanção, a pena criminal somente pode atingir o próprio sentenciado (art. 5º, XLV, CF), exigência que me parece incidente no campo do Direito Administrativo Sancionador. A pena administrativa somente pode atingir a pessoa sancionada, o agente efetivamente punido, não podendo ultrapassar de sua pessoa. É certo que esta pessoa pode ser física ou jurídica, não importa.⁶

A propósito, impende colacionar o posicionamento do Superior Tribunal Justiça:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE DESPACHANTE. PENALIDADE. CASSAÇÃO DE SEU CREDENCIAMENTO JUNTO AO DETRAN. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO E DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO NULA DE PLENO DIREITO. I – Os motivos que determinaram a vontade do agente público, consubstanciados nos fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato, eis que a ele se vinculam visceralmente. É o que reza a prestigiada teoria dos motivos determinantes. II – A sanção, ainda que administrativa, não pode, em hipótese alguma, ultrapassar em espécie ou quantidade o limite da culpabilidade do autor do fato. A afronta ou a não-observância do princípio da proporcionalidade da pena no procedimento administrativo implica em desvio de finalidade do agente público, tornando a sanção aplicada ilegal e sujeita a revisão do Poder Judiciário. III – Decisão da Autoridade coatora que, pela ausência de fundamentação, afronta o disposto no art. 38, § 1.º, da Lei n.º 9.784/99, imbuindo-a, portanto, de vicissitudes que a invalidam. IV – Recurso conhecido e provido.” (Grifamos). (STJ, 2ª Turma, ROMS nº 13617, Relatora Min. Laurita Vaz, julgado em 12/03/2002, DJ em 22/04/2002).

Relembre-se a doutrina espanhola no estudo da culpabilidade em ilícitos administrativos:

6. MEDINA OSÓRIO, Fábio *Direito Administrativo Sancionador...*, p. 461-463.

“Al igual que em el Derecho Penal, en el Derecho administrativo sancionador se exige la culpabilidad a título de dolo o culpa. El dolo es la voluntad consciente dirigida a ejecutar un hecho o, simplemente, la intención de ejecutarlo a pesar de ser ilícito. La culpa o imprudência se caracteriza por la ausencia de voluntad de producir un determinado resultado u el descuido del sujeto para evitarlo, siendo evitable, ya sea de forma consciente, cuando se há previsto, o inconsciente, cuando no se há previsto el resultado pero era previsible.”⁷

“La aplicación del principio de culpabilidad a las sanciones administrativas significa, entre otras cosas pero fundamentalmente, que éstas solo pueden imponerse a quien há cometido la infracción si há actuado de forma dolosa o negligente. Aunque el artículo 130,1 LPC no lo recoge en estos términos, y de hecho parece decir lo contrario (aun a título de simple inobservância), el TC se ha pronunciado reiteradamente (en particular en la Sentencia 76/1990) en el sentido de que el principio de culpabilidad constituye uno de los principios del ius puniendi que tienen que observarse necesariamente en el ámbito administrativo, y de hecho los apartados 2 y 3 del artículo 130, relativos a la responsabilidad solidaria y subsidiaria, se preocupan de vincularla a conductas reprochables del responsable solidario y/o subsidiario.”⁸

“Lo que aquí se denomina «mandato de tipificación» coincide con la vieja exigencia de la lex certa y con lo que ha habitualmente suele llamarse “principio de determinación (precisa)” y, más recientemente todavía, “principio de taxatividad”, cuyos confesados objetivos estriban en proteger la seguridad (certeza) jurídica y la reducción de la discrecionalidad o arbitrio en la aplicación del Derecho. En substancia consiste en la exigencia – o, como inmediatamente veremos, tendencia a la exigencia – de que los textos en que se manifiestan las normas sancionadoras describan con suficiente precisión – o, si se quiere, con la mayor precisión posible – las conductas que se amenazan con una sanción así como estas mismas sanciones. Por decirlo con las palabras del ATC 250/2004, de 12 de julio, ésta es la “vertiente subjetiva (según la expresión utilizada en la STC 273/2000, de 15 de noviembre) del principio de legalidad y conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos programar su comportamiento sin temer a posibles condenas por actos no tipificados previamente”. O en las palabras de la STS de 9 de febrero de 2004 (2.ª, 3.ª, Ar 983), la ley «da un juego tan amplio a la discrecionalidad administrativa, que al no estar sujeta a un criterio legal previo delimitado, permite, por unos mismos hechos o simplemente amonestar o causar la crisis de una empresa mediante la revocación o suspensión de sus derechos de tráfico. Este margen de discrecionalidad está reñido con el principio de lex certa, pues el sujeto infractor no conoce, de antemano cuáles van a

7. MERCADO, Francisco García Gómez de. *Sanciones Administrativas*. Granada, Editorial Comares, 2007. p. 67.

8. LORA, Alejandro Huergo. *Las Sanciones Administrativas*. Madrid, Iustel, 2007, p. 377.

ser la consecuencias de su conducta, lo que indudablemente lesiona el principio (de tipicidad) en su vertiente de predeterminación normativa de la sanción.”⁹

3. IMPROBIDADE E CULPABILIDADE: DOLO E CULPA

No caso da improbidade administrativa, os atos que importam em enriquecimento ilícito, previstos no art. 9º da Lei nº 8.429/92, constituem a mais grave modalidade do ilícito e exigem, para sua caracterização, a ocorrência de alguns requisitos mínimos, quais sejam: a) recebimento de vantagem econômica indevida; b) vantagem patrimonial decorrente de comportamento ilegal; c) ciência do agente público da ilicitude da vantagem patrimonial pretendida e obtida; d) conexão entre o exercício funcional abusivo e a vantagem econômica indevida alcançada.

O dolo, nesta perspectiva, é o elemento nuclear na caracterização do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, sem o qual não há falar-se em responsabilização ou nas sanções previstas na Lei Federal nº. 8.429/92, porquanto, obviamente, não há que se falar em enriquecimento ilícito involuntário ou culposo no caso da norma sub examine, eis uma primeira e básica função da culpabilidade constitucional.

O ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito busca, como elemento subjetivo de sua configuração, no mínimo, o dolo do agente, a partir dos elementos configuradores do tipo, não se contentando com a mera conduta culposa. Nesse sentido, a culpabilidade ostenta uma funcionalidade básica, ligando-se primordialmente à teoria do tipo e do bem jurídico plasmado na tipificação do comportamento proibido, a partir de uma censurabilidade comportamental.

A jurisprudência tem se movimentado num sentido bastante restritivo nesse universo, conforme se pode depreender de julgados que espelham o entendimento predominante, hoje, no Superior Tribunal de Justiça, a salvaguardar não apenas a culpabilidade no campo da Lei 8.429/92, mas uma visão de que os tipos sancionadores são prevalentemente dolosos e apenas excepcionalmente culposos:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE. 1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de

9. NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª edición. Madri: Tecnos, 2006, p. 297-298.

modo integral a controvérsia posta. 2. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. 3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloquente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 751.634/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 02/08/2007 p. 353).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC: INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO, JÁ QUE FOI NEGADA AO RECORRENTE A PRODUÇÃO DE PROVA TENDENTE A AFASTAR A CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1054843/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2009, DJe 23/03/2009).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF e 211/STJ. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. NÃO-COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. 1. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes. 2. A ausência de prequestionamento do dispositivo legal tido como violado torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 3. Na hipótese dos autos, o Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra os recorridos, respectivamente prefeito e vice-prefeito do Município de Primeiro de Maio/PR, com fundamento nos arts. 10, X, e 11, I, da Lei 8.429/92, e 37, § 1º, da Constituição Federal, em razão da inserção dos nomes e respectivos cargos dos agentes políticos em dois reservatórios de água em localidades situadas no referido Município. Por ocasião da sentença, os pedidos foram julgados procedentes, contra a qual foi interposto recurso de apelação. A Corte a quo, ao analisar a controvérsia, apesar de reconhecer a

irregularidade da conduta dos agentes públicos, concluiu que não houve violação dos princípios da administração pública por ausência de comprovação de dolo ou culpa. 4. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a configuração de ato de improbidade administrativa exige, necessariamente, a presença do elemento subjetivo, inexistindo a possibilidade da atribuição da responsabilidade objetiva na esfera da Lei 8.429/92. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 766.231/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 11/02/2009).

ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 10 DA LEI Nº 8.429/92 – SANÇÃO DO ART. 12, II, DA LEI DE IMPROBIDADE – BOA-FÉ DO AGENTE – CRITÉRIOS DE ANÁLISE. 1. O contrato administrativo foi anulado porque deveria ter sido precedido de necessária licitação. Reconheceu-se aí ato de improbidade capitaneado no art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa. 2. A jurisprudência desta Corte está no sentido de que, uma vez reconhecida a improbidade administrativa, é imperativa a aplicação das sanções descritas no art. 12, II, da Lei de Improbidade. A única ressalva que se faz é que não é imperiosa a aplicação de todas as sanções descritas no art. 12 da Lei de Improbidade, podendo o magistrado dosá-las segunda a natureza e extensão da infração. 3. Os atos de improbidade só são punidos a título de dolo, indagando-se da boa ou má fé do agente, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92. (REsp 842.428/ES, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 21.5.2007) 4. De todas as seis penalidades descritas no art. 12, II, da Lei de Improbidade, as únicas aplicadas, e de forma razoável, foram as de ressarcimento do dano de forma solidária e de multa civil, fixada, ainda por cima, em montante menor que o grau máximo, ou seja, em uma vez o valor do dano. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 479.812/SP, relator Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, julgado em 02/08/2007, DJ 14/08/2007).

Ocorre que já tive oportunidade de defender a tese no sentido de que o próprio art.11 da Lei 8.429/92 comporta modalidades culposas dentro de suas estruturas, diferentemente do entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

“Alguns dispositivos do art. 11, pela redação que se lhes deu, admitem a forma culposa. Não cabe aqui aduzir o caráter do direito penal, para sustentar que o silêncio faz presumir tipificação de condutas estritamente dolosas. Já veremos que o modelo do direito administrativo sancionador não é, nem poderia ser, este. A redação dos dispositivos é o elemento mais palpável para aferir seu alcance em termos de responsabilidade subjetiva. Não se pode olvidar que a modalidade culposa de responsabilidade é uma forma de responsabilidade subjetiva do infrator. Nenhum problema pode haver, portanto, com o reconhecimento do ilícito culposos, mormente quando se cogita de castigar a improbidade administrativa.

Assim, entendemos que o caput do dispositivo constante do art. 11 da LGIA efetivamente contempla, a título de cláusula geral, apenas condutas dolosas. A transgressão ali descrita conduz, razoavelmente, a essa assertiva. É natural que assim seja, em busca de limitações mais rígidas ao direito punitivo. Porém, os incisos desse mesmo bloco normativo admitem várias condutas culposas, dentro de uma ideia de excepcionalidade e fragmentariedade, respeitadas as peculiaridades sancionatórias de cada tipo setorial e também a perspectiva de colaboração das legislações extravagantes, com inserções pontuais de condutas tipificáveis no universo do art. 11 da LGIA.”¹⁰

Os ilícitos culposos têm uma estrutura normativa peculiar e própria que comporta um poder agir de outro modo, esqueleto da culpabilidade. Daí seu caráter pedagógico. A defesa da existência de tipos culposos não se confunde com a defesa de tipos abertos e inseguros. Ao contrário, é possível defender a estruturação de tipos culposos, porém dentro de uma linha de previsibilidade e excepcionalidade autênticas, preservando o princípio da responsabilidade subjetiva e o princípio da segurança jurídica.

O tipo culposo não pode servir de instrumento para o arbítrio ou para gerar intolerável insegurança jurídica. Os tipos sancionadores devem conter condutas previsíveis em seu interior, sob pena de macularem precisamente a ideia de responsabilidade subjetiva.

Cumpra observar que responsabilização objetiva por ato de improbidade administrativa – a punição do agente público sem prova inequívoca da participação nos fatos tidos por ilícitos, seja culposa ou dolosamente – vem insistentemente sendo rechaçada no Superior Tribunal de Justiça. Neste sentido encontramos diversos outros precedentes, além dos já citados: REsp 658.415/RS, relatora Ministra ELIANA CALMON, 2ª TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 03/08/2006; REsp 658.415/RS, relatora Ministra ELIANA CALMON, 2ª TURMA, julgado em 27/06/2006, DJ 03/08/2006; REsp 879.360/SP, relator Ministro LUIZ FUX, 1ª TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 11/09/2008.

Ainda no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, meras irregularidades nos procedimentos administrativos não devem levar ao sancionamento do agente por atos de improbidade da lei 8.429/92, donde se extrai a importante distinção entre ilegalidade, improbidade e irregularidade, o que remete indiretamente ao tema da responsabilidade subjetiva. Neste sentido relembrem-se de importantes precedentes encabeçados pelo Ministro Luiz Fux, dos quais extraio o seguinte trecho:

10. MEDINA OSÓRIO, Fábio *Teoria...*, p. 257-258.

“A exegese das regras insertas no artigo 11 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendu (REsp 797.671/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/06/2008, DJe 16/06/2008). A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intensão do administrador.” (passagens encontradas nas ementas dos seguintes Recursos Especiais, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgados pela Primeira Turma do STJ: REsp 807.551/MG e REsp 1009953/PR).

Daí a ideia de que o administrador inábil não é punido (ideia confundida com a falsa premissa de que teria sido banido o ilícito culposo do sistema). Não se pode punir a mera inabilidade. Há um direito ao erro, há margens de erro toleráveis, porque do contrário haveria pautas de responsabilidade objetiva. Todos erram. Juízes, Advogados, Membros do Ministério Público, dos Tribunais de Contas, Administradores Públicos. Existe a máxima da falibilidade humana. Necessário diagnosticar o limite aceitável do erro.

O risco da atividade deve ser considerado na avaliação do erro, cotejando-se com sua complexidade, porque pautas de boa conduta devem servir de balizamento para o bom administrador, mas jamais para o engessamento da Administração Pública sob o manto do mito da perfeição.

Cobrar comportamentos perfeitos ou imunes aos erros ou às margens de erros juridicamente toleráveis pode induzir à paralisia administrativa, visto que gestores públicos ousados devem correr riscos significativos, tal qual ocorre na iniciativa privada. Daí porque a culpabilidade desempenha uma função essencial ao aperfeiçoamento do setor público na perspectiva da eficiência: sem margens de erro subjetivamente censurável, não há falar-se em crescimento pessoal e profissional de agentes públicos responsáveis.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LORA, Alejandro Huergo. *Las Sanciones Administrativas*. Madrid, Iustel, 2007.

MEDINA OSÓRIO, Fábio *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Corrupción y mala gestión de la "res publica": el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento em el derecho administrativo sancionador brasileño*. In: *Revista de Administración Publica*, Madrid, v. 149. p. 487-522, 1999.

- _____ *Novos rumos da gestão pública brasileira. In: Direito Público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari.* Luiz Guilherme Costa Wagner Júnior (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____ *Teoria da Improbidade Administrativa,* São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____ *Improbidade Administrativa na Constituição de 1988: uma ilegalidade qualificada.* In: 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. Org. MORAES, Alexandre de. São Paulo: Atlas, 2009.
- MERCADO, Francisco García Gómez de. *Sanciones Administrativas.* Granada: Editorial Comares, 2007.4) NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador.* 4ª edición. Madrid: Tecnos, 2006.