O bem jurídico tutelado pela Improbidade Administrativa e o elemento subjetivo

Eliza Victória Lemos

A sociedade brasileira, em todos os níveis sociais e econômicos, desenvolveu ao longo da história uma relação de desconfiança em face daqueles indivíduos responsáveis pela direção da coisa pública, do governo e da administração. Foram criados, assim, mecanismos de controle e punição de infrações. No início, o Direito Administrativo encampou o aspecto do controle. Nesse sistema, as leis costumam possuir maior carga principiológica, sendo comuns dispositivos abertos que estimulam uma interpretação deontológica, isto é, baseada no dever ser e servindo como instrumentos diretivos e propositivos de ação.

Já as sanções foram abordadas pelo Direito Penal, consignando um sistema com pretensão lógico-científica para identificar condutas graves e com alto grau de lesividade. O Código Penal, no seu título XI, define os crimes contra a Administração Pública. Entre eles, são tipificados, exemplificativamente: o peculato[1], o emprego irregular de verbas ou rendas públicas[2], a concussão[3], a corrupção passiva[4] e a prevaricação[5].

No entanto, o Direito Penal é regido pelo princípio da intervenção mínima: o poder incriminador do Estado é limitado, atuando somente quando não for possível constituir outro meio para proteção da sociedade. Tal aspecto também pode ser explicado pelo caráter subsidiário e fragmentário desse ramo jurídico, de modo que existem situações e aspectos da condução da coisa pública que não passam pelo filtro de relevância inerente à noção de *ultima ratio* da teoria penal.

Nesse cenário, surgiu a lei de Improbidade Administrativa a partir do Projeto de Lei 1.446/91, enviado pelo então presidente Fernando Collor de Mello, para regulamentar o art.

---

[1] Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

[2] Art. 315 - Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei.

[3] Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida

[4] Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

[5] Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

37, § 4º, da Constituição Federal[6]. Nesta época, após a Constituição de 1988, buscou-se concretizar os princípios da administração pública com mais intensidade, introduzindo estes conceitos em todas as esferas de atuação administrativa, bem como produzindo reflexos na atividade legislativa. Assim, este regramento, caracterizado pela nítida natureza sancionatória, não possuía uma ambição científica pela rigidez da tipificação do direito penal, ao contrário, reivindicou o poder, a autoridade e a competência para combater a corrupção e a desonestidade em sua forma ampla e com enorme carga ideológica.

Porém, a Lei n. 8.429/92 não obteve sucesso na tarefa hercúlea de construir uma teoria da improbidade administrativa, seja pela dificuldade em definir o bem jurídico tutelado, seja pela controvérsia sobre a natureza jurídica das infrações. Em seus 25 artigos, a lei privilegia relacionar os agentes capazes de cometer atos de improbidade e construir um quadro exemplificativo de condutas e taxativo de sanções, bem como acrescenta pontualmente aspectos processuais.

Assim, reconhecidamente, a Lei n. 8.429/92 possui brechas, exigindo que tal espaço fosse preenchido por uma extensa atividade jurisprudencial. Entretanto, o Judiciário detém como função precípua a apreciação da lesão ou ameaça a direito no caso concreto. Isto significa que não compete aos juízes a construção de uma teoria da improbidade administrativa, mas sim aplicá-la.

Por estes motivos, este texto aproveita-se da discussão promovida pelos projetos de uma nova lei da improbidade para levantar perguntas sobre questões essenciais ao desenvolvimento de uma teoria sólida da matéria. Busca-se solidificar a autonomia deste campo legal a partir da definição das suas características mais básicas, neste momento, o bem jurídico tutelado.

Sobre este conceito não existe um consenso da doutrina sobre sua definição. Porém, em linhas gerais, a noção de bem jurídico envolve a "expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso[7]".

---

[6] 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.

[7] DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: RT, 1999, p. 62.

Não se sustenta a imposição de sanção que não afete um bem jurídico, uma vez que as condutas representam manifestações desses bens. É por isso que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria da improbidade administrativa, dando o verdadeiro sentido teleológico (de *telos*, fim) à sanção. Sem o bem jurídico, não há um "para quê" da sanção e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da conduta[8].

Sob o entendimento de Liszt, pode-se definir o bem jurídico como não sendo um bem do direito, senão bem dos homens, mas reconhecido pelo direito, sendo, portanto, um interesse juridicamente protegido[9].

Roxin, então, define os bens como finalidades necessárias para uma vida tranquila, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade. E explica, ainda, que um conceito de bem jurídico semelhante não pode ser limitado, de nenhum modo, a bens jurídicos individuais, ele abrange também bens jurídicos da generalidade. Entretanto, estes somente são legítimos quando servem definitivamente ao cidadão do Estado em particular. Isso é assim quando se trata dos bens jurídicos universais transmitidos e reconhecidos em geral[10].

Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica[11].

Na teoria da improbidade administrativa, o bem jurídico tutelado importa para consolidar aspectos de segurança jurídica, possibilitar a correlação dos atos descritos na norma como lesivos e as condutas reais, bem como atua na qualidade de parâmetro para definição da gravidade do comportamento na dosimetria da sanção.

Consensualmente, a doutrina institui que o bem jurídico tutelado pela Lei n. 8.429/92 é a probidade na Administração Pública, ou seja, busca-se, por meio desse comando

---

[8] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 439.

[9] PRADO, Alessandra Rapassi Mascarenhas. Proteção penal do meio ambiente: fundamentos. São Paulo: Atlas, 2000, p. 61 apud LISZT, Franz von. Tratado de derecho penal. Traduzido por Luis Jiménez de Asúa e adição de comentários sobre direito penal espanhol por Quintiliano Saldanã. 2. ed. Madri: Réus, 1927.

[10] ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19.

[11] PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico e Constituição. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 44. Apud LAMPE, E. J. Rechtsgut, Kultureller Wert und individuelles Bedürfnis. In: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburststag. Berlin: Walter de Gryter, 1974, p. 151.

normativo, afastar das relações com o Poder Público aquele cujo comportamento mostrou-se incompatível no trato da coisa pública.

O conceito de probidade administrativa caracteriza um agir com honestidade na esfera pública, em conformidade com a lei e com retidão. Indica, também, atuar com decoro, a partir de um comportamento ético e moral dentro dos padrões esperados para o cargo.

Segundo definição de Plácido e Silva citados por Pazzaglini Filho (2011), "é o ímprobo mau, perverso, corrupto, devasso, falso, enganador. É atributivo da qualidade de toda pessoa que procede atentando contra os princípios ou as regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos. O ímprobo é privado de idoneidade e de boa fama[12]".

Sobre o assunto, eis os ensinamentos do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Albino Zavascki:

> (...)
> Na mesma linha da preocupação de **tutelar o direito transindividual à probidade da Administração Pública**, a Constituição Federal, no seu art. 37, § 4º, estabelece 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'. O ponto de referência, aqui, já não é o de preservar ou recompor o patrimônio público ou os atos da administração (objetivo primordial da ação civil pública e da ação popular), mas sim, fundamentalmente, o de punir os responsáveis por atos de improbidade. Foi, pois, com esse objetivo que, regulamentando o dispositivo da Constituição, surgiu a Lei 8.429, de 02.06.1992. Segundo a ementa, é Lei que 'dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências'. Entre as 'outras providências', há regras de natureza processual disciplinando a ação judicial para a imposição das referidas sanções. É a ação de improbidade administrativa. Trata-se, portanto, de ação com caráter eminentemente repressivo, destinada, mais que a tutelar direitos, a aplicar penalidades. Sob esse aspecto, ela é marcadamente diferente da ação civil pública e da ação popular. **Todavia, há entre elas um ponto comum de identidade: as três, direta ou indiretamente, servem ao objetivo maior e superior de tutelar o direito transindividual e democrático a um governo probo e a uma administração pública eficiente e honesta** (Cf. Teori Albino Zavascki, Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, 7ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 100/101, destaques meus).

[12] PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada:** Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: Legislação e jurisprudência atualizadas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Portanto, resta pacificada a proteção da probidade pela Lei 8.429/92. Porém, como vemos no trecho destacado, a eficiência, alçada ao nível de princípio constitucional pela EC n. 19/98, trouxe mais um aspecto para discussão. Surge, assim, o seguinte questionamento: a improbidade administrativa pode ser utilizada para expurgar o "agente público incompetente"?

Juarez Freitas define o direito à boa administração pública como:

> administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas[13].

A ideia de eficiência está ligada à definição de boa administração e administração competente. Estes conceitos não estão limitados apenas à noção de probidade (honestidade), pois são mais abrangentes. Boa administração consiste em um conjunto de ações combinadas e bem-sucedidas que envolvem habilidade profissional, habilidade técnica, e principalmente habilidade humana, liderança, conhecimento, comunicação e gestão organizacional. Portanto, um administrador (agente público) honesto e um administrador competente não são sinônimos.

Ser desonesto implica em uma ação ou omissão intencional, uma vontade consciente, sendo, portanto, inerentemente dolosa. Não é possível conceber um ato desonesto na modalidade culposa, ou seja, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. A desonestidade carrega uma carga de má-fé, uma disposição que inspira e alimenta a ação maldosa. É um termo usado para descrever atos sem justa causa, sem fundamento legal, mas conscientemente praticados. Como exemplo, podemos ter o art. 9, X, da Lei 8.429/92, qual seja, receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado.

A inabilidade ou incompetência, de outro lado, está intrinsecamente ligada a um comportamento culposo, porquanto resultado da inobservância de algum dever de conduta do agente. Constitui um ato voluntário que promove um resultado lesivo não desejado pelo agente, mas que poderia ter sido evitado. Exemplificativamente, temos o art. 10, VII, da Lei 8.429/92, segundo o qual constitui ato de improbidade administrativa realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia

[13] FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21.

insuficiente ou inidônea. Este ato pode ser razoavelmente concebido em sua forma culposa ou dolosa.

Segundo Waldo Fazzio Junior[14], a culpa na improbidade administrativa é um comportamento voluntário com resultado indesejado, como vemos no seguintes trecho:

> Culpa é a omissão de diligência na observância da norma de conduta administrativa, ou seja, a negligência do agente em observá-la, com resultado não querido, mas previsível. É o descuido na consideração das consequência eventuais do ato, como prefere NUCCI (2006, p.216), "é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ser evitável".

No entanto, retornando aos conceitos expostos no texto, o bem jurídico tutelado pela Lei n. 8.429/92 é inequivocamente a probidade na Administração Pública, a honestidade na condução da coisa pública. Em ilustre julgado, no Recurso Especial 213.994/MG, 1ª Turma, relator ministro Garcia Vieira (DOU de 27.09.1999), restou consolidado que "não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n. 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil". Como, então, a própria lei de improbidade pode prever atos culposos característicos da inabilidade/incompetência/ineficiência?

Essa inconsistência gera problemas na interpretação e aplicação da norma em todos os níveis de jurisdição. A modalidade culposa exsurge como subsidiária para os casos em que não é possível comprovar o dolo. No entanto, esta não é natureza deste instituto. Dolo e culpa não se relacionam por uma relação de suplementariedade, são autônomas e requerem prova ou indícios relevantes para sua configuração.

Por esses motivos, são razoáveis as propostas recentes de limitar a lei de improbidade administrativas para punir apenas condutas dolosas ou exigir a configuração de culpa grave. A inabilidade/incompetência/ineficiência devem continuar sendo relevantes, porém, serão objetos de outros campos jurídicos. Estabelecer contornos sólidos e consistentes para a definição de ato de improbidade confere segurança jurídica e estabilidade na interpretação das normas legais.

Esta restrição encontra, hoje, apoio em recente decisão do Supremo Tribunal de Federal sobre o ressarcimento ao erário nos casos decorrentes de improbidade administrativa. Por maioria de votos, o Plenário reconheceu a imprescritibilidade da ação de reparação de ato doloso. Foi aprovada a seguinte tese proposta pelo ministro Edson Fachin, para fins de

---

[14] JÚNIOR, Waldo Fazzio. Improbidade Administrativa. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.137.

repercussão geral: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

A natureza de um ato improbo é dolosa. Ser desonesto requer a intenção quanto o objetivo de se obter certo um produto ilícito. A culpa promove um resultado lesivo não desejado pelo agente. Portanto, mostra-se uma escolha coerente a exclusão da modalidade culposa do regramento da improbidade administrativa.