

A Relevância da Má-fé no Delineamento da Improbidade Administrativa

Emerson Garcia

Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro da International Association of Prosecutors (Haia – Holanda).

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Embora transcorridos quase vinte anos desde a promulgação da Lei nº 8.429/1992, é factível que o processo de construção dogmática dos denominados “*atos de improbidade administrativa*” ainda não alcançou contornos definitivos. Um dos aspectos mais controversos diz respeito aos contornos conceituais e à funcionalidade que a denominada má-fé ostenta nesse processo. De modo algo paradoxal, a expressão, embora citada com relativa frequência pela jurisprudência, raramente tem o seu significado explicitado com observância de padrões mínimos de objetividade, isso para fins de apreensão do interlocutor, e muito menos é esclarecida a natureza de sua influência no âmbito da teoria dos atos de improbidade. Não é incomum que as referências à má-fé, quando existentes, limitem-se à afirmação de que ela está presente e a improbidade administrativa configurada, ou que, por não estar caracterizada, deve ser afastada a incidência da Lei nº 8.429/1992.

A ausência de maior comprometimento dogmático faz que a funcionalidade da má-fé varie ao sabor do intérprete de ocasião, o que em muito dificulta a ação do operador do direito ao aferir se uma determinada situação fática consubstancia, ou não, um ato de improbidade administrativa. Não é incomum, ademais, que a má-fé seja associada (a) ao

elemento subjetivo do agente público - de modo mais preciso, ao seu dolo-; ou (b) ao conhecimento da ilicitude de sua conduta, o que, como veremos, mostra-se metodicamente inadequado.

O objetivo dessas breves linhas é esclarecer o momento em que a má-fé deve ser considerada pelo intérprete no *iter* de individualização dos atos de improbidade administrativa, isso, obviamente, sem olvidar o delineamento dos seus contornos essenciais. Além disso, é preciso aferir a possibilidade, ou não, de ser praticado um ato de improbidade em que não seja divisada a ocorrência da má-fé; possibilidade, aliás, que, de modo açodado e acrítico, costuma ser amplamente rechaçada pela jurisprudência que recorre a essa expressão.

2. MÁ-FÉ: ABERTURA SEMÂNTICA E FUNCIONALIDADES BÁSICAS

A linguagem jurídica, a exemplo da linguagem ordinária, pode ser concebida como um “*sistema de comunicação*” (MCMENAMIN e CHOI, 2002: 2; BLOOMER e MERRISON, 2005: 15; e DEBRIX, 2003: 13-14) que operacionaliza a transmissão e o recebimento da informação (Cf. ECO, 1979: 32). A estrita conexão existente entre direito e linguagem, que se reflete na formação de padrões normativos e no seu aprofundamento científico em bases quase que inteiramente linguísticas,¹ torna inevitável que questões de ordem semântica e sintática influam no plano da juridicidade. Essa inter-relação assume especial relevância ao constatararmos que a produção normativa encontra-se normalmente descontextualizada dos eventos e participantes sobre os quais se projeta, o que faz surgir a necessidade de contínua reconstrução do seu sentido, operação inevitavelmente influenciada por vicissitudes de ordem espacial e temporal.

Além disso, a compreensão da comunicação normativa passa necessariamente pelo adquirido social, vale dizer, a cultura, que assume vital importância na atribuição de significado aos significantes interpretados. Exige a percepção do contexto e a realização de juízos valorativos, permitindo sejam individualizadas as características de uma comunidade. A apreensão da identidade cultural é influenciada não só por uma base empírica, como, também, pelos referenciais de racionalidade, expressando

1 Como afirmou Gibbons (2004: 1), “o direito é a mais linguística das instituições”, ou, de modo mais enfático, “uma esmagadora instituição linguística” (2003: 1), estando “necessariamente associado à linguagem” (MATTILA, 2006: 6). Em *ultima ratio*, “o direito não existiria sem a linguagem” (TROSBORG, 1997: 19). Afinal, a “linguagem é o meio pelo qual o direito atua” (BIX, 2003: 1), vale dizer, “é o veículo por meio do qual o direito é transmitido, interpretado e executado em todas as culturas” (LEVI e WALKER, 1990: 4). Também encampando a metáfora do veículo: SCHNEIDERREIT, 2007: 4.

convergência e um *locus* comum no ambiente sociopolítico, e emotividade, que externa a sensibilidade do intérprete no delineamento de uma identidade que, em última *ratio*, é igualmente sua.

A cultura, enquanto fator externo à linguagem (Cf. MCMENAMIN e CHOI, 2002: 26), contribui tanto para o seu surgimento, como para a sua extinção. Tanto para a densificação, como para a alteração do seu sentido (Cf. ECO, 1979: 46). Tal qual o espírito em relação ao corpo, está presente em todas as fases do seu processo evolutivo. Cultura, em seus contornos mais amplos, é tudo aquilo que, para além das funções biológicas e do oferecido pela natureza, “dá, à vida e à atividade humanas, forma, sentido e conteúdo” (BENEVISTE, 1966: 30). É, acima de tudo, fruto do processo social, marcado pela contínua interação e renovação dos indivíduos, que, além de conviver no mesmo ambiente, são alcançados pelo ciclo vital da espécie humana, que principia com o nascimento e cessa com a morte. Esse processo faz que gerações contemporâneas, em razão de sua contínua convivência, passem a partilhar de algumas ideias e símbolos, bem como que cada nova geração comece sua formação integrada a esse processo, o que possibilita o contato com o adquirido social e a sua consequente evolução.

Essa interação entre texto e contexto, com a correlata influência da cultura no delineamento do significado normativo, torna-se particularmente intensa quando utilizados signos normativos que ostentem elevados níveis de ambiguidade e vagueza semântica. Nesse caso, a “*prodigiosa riqueza e flexibilidade da linguagem*” (CARRIÓ, 2006: 19), decorrente da impossibilidade lógica de se dispor de uma palavra para cada ideia ou objeto específico (LOCKE, 1999: 6), termina por ser potencializada, exigindo intensos juízos valorativos por parte do intérprete. Se Jellinek (1887: 226), há mais de um século, afirmava que o signo “*lei*” (*Gesetz*) pertence à ambiguidade (*vieldeutigsten*) da linguagem científica e da vida diária, o mesmo pode ser dito, com intensidade semelhante, em relação à concepção de *má-fé* na ciência jurídica contemporânea.

Etimologicamente, fé, do latim *fides*, significa fidelidade, crença em algo, físico ou metafísico, já consumado ou a ser realizado, nesse último caso denotando um objetivo. Boa seria a fé depositada em algo perfeito, correto ou altruísta. Má, por sua vez, seria a fé depositada em algo imperfeito, incorreto ou egoísta. Embora sejam sempre úteis os caminhos oferecidos pela linguagem ordinária, definir má-fé, no âmbito da ciência

jurídica, é não só difícil, como desaconselhável. Afinal, a boa ou a má-fé, além de não prescindir de considerações de ordem sociocultural, pode exigir reflexões quanto ao modo como o agente vê a si próprio ou ao semelhante; à propensão de manter-se adstrito aos balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica, incluindo os deveres que dela emanam; ao efetivo conhecimento dos referenciais de licitude e dos deveres a serem observados; à realização de objetivos nobres, como a prática do bem etc.

No plano jurídico, a boa-fé, de um modo geral, será vista como parte integrante dos juízos valorativos realizados pelo agente no direcionamento de sua conduta.

No Brasil, o Código Civil de 2002 é pródigo nas referências à boa-fé, que assumiu indiscutível relevância na definição dos efeitos dos atos jurídicos que destoem da juridicidade, incluídos sob essa epígrafe o contrato e a lei. De um modo geral, apesar de alguns preceitos fazerem referência genérica à boa-fé,² ela é normalmente associada ao desconhecimento da injuridicidade de certa conduta ou da presença de circunstâncias fáticas e jurídicas que exigiriam a adoção de comportamento diverso.³ A boa-fé também pode se aproximar do dever de lealdade, denotando a ausência de manipulação ou de omissão de informações que possam influir sobre a formação da vontade alheia.⁴ A boa-fé também é utilizada para a aferição do caráter ilícito de um ato sempre que o titular do direito, ao exercê-lo, exceda os limites impostos por ela.⁵

Especificamente em relação à má-fé no âmbito da improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/1992 não fez qualquer referência a ela. No entanto, face à importância assumida pelo conceito no âmbito da teoria do direito, de grande utilidade para o delineamento da ilicitude ou do juízo de reprovabilidade de determinada conduta, foi natural que, pouco a pouco, se desse a sua penetração no âmbito da jurisprudência. Nesse

² Vide arts. 113; 164; e 422.

³ Vide arts. 1201 (“[é] de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”) e 1202 (“[a] posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente”). Diversos outros preceitos possuem a mesma essência, isso apesar de não veicularem definição semelhante à do art. 1201: vide arts. 128; 167, § 2º; 242; 286; 307, parágrafo único; 309; 523; 606; 637; 686; 689; 814, § 1º; 878; 879, *caput* e parágrafo único; 896; 925; 1049; 1149; 1214, *caput* e parágrafo único; 1217; 1219; 1222, *caput* e § 4º; 1238; 1242; 1247, parágrafo único; 1255, *caput* e parágrafo único; 1257; 1258, *caput* e parágrafo único; 1259; 1260; 1261; 1268, § 1º; 1270, *caput* e § 1º; 1561, *caput* e § 1º; 1563; 1817; 1827, parágrafo único; e 1828.

⁴ Vide art. 765.

⁵ Vide arts. 186 e 187.

particular, centraremos nossa atenção em alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, os quais, embora tenham se referido indistintamente à má-fé, lhe atribuíram funcionalidades bem diversas.

Em não poucos acórdãos, a má-fé é sobreposta ao dolo, perdendo a sua própria individualidade.⁶ De acordo com essa simbiose existencial, a má-fé nada mais seria que a má-intenção, vale dizer, o objetivo deliberado de afrontar a norma proibitiva implícita no tipo sancionador e eventualmente expressa no estatuto jurídico da categoria. Daí a conclusão de que meras irregularidades administrativas, destituídas de potencial lesivo, não seriam alcançadas pela Lei nº 8.429/1992.⁷ No extremo oposto, foi identificada a má-fé em situação de dispensa indevida de licitação, em que o processo administrativo para a contratação direta sequer foi formalizado.⁸ Também se considerou que o ato de improbidade pode ser praticado de modo culposos, isso na hipótese do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, o que torna desinfluyente a análise da má-fé.⁹

A má-fé também foi associada ao conhecimento da ilicitude, compondo, junto com o dolo, o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa.¹⁰ Em consequência, a acumulação remunerada de cargos públicos, devidamente amparada por pareceres jurídicos sustentando a juridicidade da contratação, consubstanciaria mera irregularidade, não ato de improbidade administrativa, isso em razão da ausência de dolo ou má-fé por parte do contratado.¹¹ Igual entendimento prevaleceu em relação a professores que requereram, administrativamente, progressão profissional com base em diplomas de mestrado ainda não convalidados no Brasil, isso porque, no seu entender, a exigência somente seria necessária para fins acadêmicos.¹² E, ainda, contratações temporárias, ao arrepio da Constituição e da legislação federal de regência, mas realizadas com base

6 STJ, 1ª T., REsp. nº 1.130.198/RR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02/12/2010, DJe de 15/12/2010; e REsp. nº 1.149.427/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/08/2010, DJ de 09/09/2010.

7 STJ, 1ª T., REsp. nº 1.026.516/MT, rel. Min. Luiz Fux, j. em 22/02/2011, DJe de 07/04/2011; e 1ª T., REsp. nº 980.706/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 03/02/2011, DJe de 23/02/2011; 1ª T., REsp. nº 1.038.777/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 03/02/2011, DJe de 16/03/2011; 2ª T., REsp. nº 1.107.215/SP, rel. Min. Castro Meira, j. em 22/03/2011 DJe de 04/04/2011.

8 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.214.254/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. em 15/02/2011, DJe de 22/02/2011.

9 STJ, 2ª T., AgRg no Ag nº 1.365.386/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 22/03/2011 DJe de 25/04/2011.

10 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.245.765/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 28/06/2011, DJe de 03/08/2011.

11 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.245.622/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. em 16/06/2011, DJe de 24/06/2011.

12 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.127.438/PI, rel. Min. Castro Meira, j. em 08/02/2011, DJe de 18/02/2011.

em lei municipal autorizadora, denotariam a ausência de dolo ou má-fé.¹³ Esses exemplos, como se percebe, se ajustam à teoria extremada do dolo, que, no direito penal, incluía sob sua epígrafe a efetiva consciência da ilicitude. Afinal, como o dolo é um fator psicológico, todos os seus elementos teriam natureza similar, de modo que a ausência de real conhecimento da ilicitude o excluiria. Face à dificuldade em se demonstrar a atual consciência da ilicitude, foi desenvolvida a teoria limitada do dolo, exigindo tão somente o potencial conhecimento da ilicitude, que também foi abandonada com o surgimento da teoria finalista da ação, que deslocou a análise dessa consciência do dolo para a culpabilidade (Cf. JESUS, 2002: 475-477). A questão, em consequência, passou a ser contextualizada na reprovabilidade da conduta.

Por fim, há julgados em que (a) a ausência de má-fé foi objeto de mera referência, sem qualquer preocupação quanto ao esclarecimento de sua influência no *decisum*;¹⁴ (b) ficou explícito que o elemento subjetivo do ato de improbidade, na hipótese do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, é o dolo, não havendo qualquer referência à má-fé;¹⁵ e c) foi considerado que a manutenção de escolas rurais com poucos alunos, em aparente afronta à economicidade, mas com o nítido propósito de prestigiar o direito à educação, afastaria a má-fé.¹⁶ Nesse último caso, a má-fé foi excluída em razão dos fins visados pelo agente com a prática do ato.

À luz dessas considerações preliminares em torno da funcionalidade da má-fé, o primeiro passo a ser dado para o seu enquadramento dogmático é separá-la do dolo. Ainda que o delineamento da má-fé não prescindia da realização de juízos valorativos por parte do agente público, em rigor técnico, ela não se confunde com o elemento subjetivo do ato de improbidade.

3. O ELEMENTO SUBJETIVO DOS ATOS DE IMPROBIDADE

No âmbito do direito sancionador, há muito está sedimentada a concepção de que a responsabilidade pessoal não prescinde de um liame subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado lesivo. A inexis-

13 STJ, 2ª T., AgRg no Ag nº 1.324.212/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 28/09/2010, DJe de 13/10/2010.

14 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.107.215/SP, rel. Min. Castro Meira, j. em 22/03/2011, DJe de 04/04/2011.

15 STJ, 2ª T., REsp. nº 912.448/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 02/12/2010, DJe de 14/12/2010; e REsp. nº 1.156.209/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 19/08/2010, DJ e de 27/04/2011.

16 STJ, 1ª T., REsp. nº 1.319.558/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 10/05/2011, DJe de 13/05/2011.

tência desse liame afasta a presença do “menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*)” - HUNGRIA, 1983: 89. O elemento subjetivo que direcionará esse elo de encadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado, com a conseqüente demonstração da culpabilidade do agente, poderá se apresentar sob duas únicas formas: o dolo e a culpa.

Na senda dos inúmeros estudos já desenvolvidos na seara penal, entende-se por dolo a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou, mesmo, a mera aceitação do risco de produzi-lo. Quando a vontade visa à consecução do resultado, sendo a conduta praticada em razão dele, diz-se que o dolo é direto (teoria da vontade), o qual será tão mais grave quanto mais vencível era o impulso que direcionou o agente ao ilícito. Nos casos em que a vontade preveja a provável consecução do resultado, mas, apesar disso, a conduta é praticada, consentindo o agente com o advento daquele, fala-se em dolo eventual (teoria do consentimento). A culpa, por sua vez, é caracterizada pela prática voluntária de um ato sem a atenção ou o cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito.

Ainda que *en passant*, cumpre distinguir a denominada culpa consciente do dolo eventual. Neste último, o agente prevê o resultado provável de sua conduta e consente com a sua ocorrência. Na culpa consciente, por sua vez, o resultado é igualmente previsto, mas o agente espera sinceramente que ele não ocorra, confiando na eficácia de uma habilidade que será utilizada na prática do ato.

A Lei nº 8.429/1992 agrupou a tipologia dos atos de improbidade em três dispositivos distintos. O art. 9º versa sobre os atos que importam enriquecimento ilícito, o art. 10 sobre aqueles que causam prejuízo ao erário (*rectius*: patrimônio público) e o art. 11 sobre os atos que atentam contra os princípios regentes da atividade estatal. Somente o art. 10 se refere ao elemento subjetivo do agente, sendo expresso ao falar em “qualquer ação ou omissão, *dolosa ou culposa*”, enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito. Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa nesse sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o *dolo* do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com *dolo* ou com *culpa*; e c) o mero vínculo

objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade.

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois, tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *mens legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.

Face às características ostentadas pelo elemento subjetivo dos atos de improbidade, pode-se afirmar que o seu delineamento sempre antecede qualquer investigação em torno da má-fé do agente público. Tal ocorre justamente porque é o elemento subjetivo que vai estabelecer o vínculo entre o agente público e a conduta considerada ilícita. A má-fé, por sua vez, contribuirá para a aferição da reprovabilidade, ou não, de sua conduta, justificando, ou não, a incidência do sistema sancionador veiculado pela Lei nº 8.429/1992, o qual, como todo e qualquer sistema, não prescinde de coerência (*Kohärenz*) interna e externa – SEELMANN, 2007: 57. Outra constatação é que a má-fé, por consubstanciar um juízo valorativo negativo e, portanto, reprovável, vinculando o agente ao resultado de sua conduta, somente se compatibiliza com o atuar doloso. Em outras palavras, tratando-se de ato de improbidade culposo, tal qual previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, a aferição da reprovabilidade de sua conduta deverá considerar elementos outros que não a má-fé, isso porque a culpa reflete o mero descumprimento do dever de cuidado, não uma conduta direcionada à inobservância dos *standards* de correção jurídico-moral sedimentados no ambiente social.

Na atualidade, um dos grandes desafios a serem enfrentados é compatibilizar a relevância atribuída à má-fé com a escusa da incompetência, não raro invocada pelos agentes públicos que têm sua conduta enquadrada na Lei nº 8.429/1992. Conquanto seja exato afirmar que a ideia de incompetência mais se ajusta ao conceito de culpa, não podemos esquecer que o dever de eficiência emana das normas constitucionais, alcançando tantos quantos se habilitem a desempenhar um *munus* pú-

blico. A escusa de incompetência, assim, deve ser reconhecida com certa parcimônia, evitando-se, com isso, a sua vulgarização.

Para se aferir o exato momento em que a má-fé deve ser considerada, afigura-se útil lembrarmos os contornos básicos do *iter* de individualização dos atos de improbidade (Cf. GARCIA e ALVES, 2011: 347-351).

4. O ITER DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE

A tipologia dos atos de improbidade, tal qual prevista na Lei nº 8.429/1992, se desenvolve sob a ótica de três conjuntos de ilícitos, os quais possuem uma origem comum: a violação aos princípios regentes da atividade estatal. Para a subsunção de determinada conduta à tipologia do art. 9º da Lei de Improbidade, é necessário que tenha ocorrido o enriquecimento ilícito do agente ou, em alguns casos, que ele tenha agido visando ao enriquecimento de terceiros. O enriquecimento ilícito, por sua vez, será necessariamente precedido de violação aos referidos princípios, já que a conduta do agente certamente estará eivada de forte carga de ilegalidade e imoralidade. Tratando-se de ato que cause lesão ao patrimônio público, consoante a tipologia do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, ter-se-á sempre a prévia violação aos princípios regentes da atividade estatal, pois, como visto, a lesão deve ser causada por um ato ilícito, e este sempre redundará em inobservância dos princípios. Por derradeiro, o art. 11 da Lei nº 8.429/1992, normalmente considerado pela doutrina como norma de reserva, tipificou, como ato de improbidade, a mera inobservância dos princípios.

Para que um agente público possa sofrer as sanções cominadas na Lei nº 8.429/1992, é necessária a realização de cinco operações básicas, sendo a presença da má-fé aferida na última delas.

Face à própria sistemática constitucional, que reconheceu a normatividade de regras e princípios, é natural que a aferição da prática, ou não, de um ato de improbidade, comece pela avaliação da juridicidade da conduta. É nesse momento que será verificada a possível valoração das normas de regência, com especial realce para os princípios da legalidade e da moralidade. Tal interpretação está em perfeita harmonia com a teleologia da Lei nº 8.429/1992 e a sistemática legal, isso porque os atos de improbidade devem ser punidos independentemente da efetiva ocorrência de dano ao erário (art. 21, I, da Lei nº 8.429/1992); a violação aos princípios constitui hipótese autônoma de improbidade (art. 11); o

dano ao erário (art. 10) só configura a improbidade quando o agente viole os princípios norteadores de sua atividade, já que o prejuízo financeiro encontra-se ínsito em muitas atividades estatais, em especial as de cunho econômico (v.g.: intervenções do Banco Central no mercado financeiro); e o enriquecimento ilícito, por sua vez, é a mais vil das formas de improbidade, sendo nítida a violação ao princípio da moralidade.

A segunda operação a ser realizada busca identificar o elemento volitivo do agente. Todos os atos emanados dos agentes públicos e que estejam em dissonância dos princípios norteadores da atividade estatal serão informados por um elemento subjetivo, o qual veiculará a vontade do agente na prática do ato. Identificada a presença de vontade livre e consciente de praticar o ato que viole os princípios regentes da atividade estatal, dir-se-á que o ato é doloso, o mesmo ocorrendo quando o agente, prevendo a possibilidade de violá-los, assumo tal risco com a prática do ato. O ato será culposos quando o agente não empregar a atenção ou a diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia. Como se disse, apenas o art. 10 da Lei nº 8.429/1992 admite a forma culposa.

Constatada a violação aos princípios regentes da atividade estatal e identificado o elemento volitivo do agente, deve ser aferido se a sua conduta gerou efeitos outros, o que importará modificação da tipologia legal que alcançará o ato. No caso de pura violação à juridicidade, ter-se-á a subsunção da conduta à figura do art. 11 da Lei nº 8.429/1992; tratando-se de ato que tenha igualmente acarretado dano ao patrimônio público, as atenções se voltarão para o art. 10; e, em sendo divisado o enriquecimento ilícito, a matéria será regida pelas figuras do art. 9º. Verificando-se que o ato, além de violar os princípios, a um só tempo importou em enriquecimento ilícito do agente e causou dano ao erário, a operação de subsunção há de ser complementada com o fim buscado pelo agente. Aqui, será normalmente constatado que o agente pretendia se enriquecer de forma ilícita, tendo, por via reflexa, causado danos ao patrimônio público. Neste caso, a figura do art. 9º da Lei nº 8.429/1992 deverá prevalecer, sendo essa conclusão robustecida pela natureza das sanções cominadas nos incisos I e II do seu art. 12, em que, no caso de enriquecimento ilícito, são cominadas as sanções de “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio” e “ressarcimento integral do dano, *quando houver*”; e, nas situações de dano ao erário, são previstas as sanções de

“ressarcimento integral do dano” e “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, *se ocorrer esta circunstância*”. Acresça-se, ainda, que, em regra, as figuras do art. 9º preveem o enriquecimento ilícito do próprio agente público, enquanto que no art. 10 quem se enriquece ilicitamente é o terceiro, sendo esta a consequência advinda do dano causado ao patrimônio público. Como se vê, não passou despercebida ao legislador a circunstância de um mesmo ato poder se subsumir a mais de uma norma repressiva, o que é constatado pela referência ao ressarcimento integral do dano (*quando houver*) dentre as sanções cominadas aos atos que importem em enriquecimento ilícito e na previsão da sanção de perda de bens (*se ocorrer esta circunstância*) dentre aquelas cominadas às condutas que causem dano ao patrimônio público.

A quarta operação busca verificar se os sujeitos ativo e passivo do ato podem ser enquadrados na Lei nº 8.429/1992. Dispõe o seu art. 1º que somente estarão sujeitos às sanções previstas nessa Lei aqueles atos praticados por agentes públicos em detrimento das entidades ali enumeradas. Constatada a inexistência de vínculo entre o responsável pelo ato e qualquer dos entes elencados no art. 1º, não há que se falar em aplicação da Lei nº 8.429/1992, o mesmo ocorrendo quando inexistir correspondência entre as qualidades dos sujeitos ativo e passivo e aquelas previstas em lei.

Realizadas as quatro operações anteriormente referidas, ter-se-á o que se pode denominar de “improbidade formal”. Até aqui, a atividade valorativa do operador do direito limitou-se à construção de um elo comparativo entre a conduta e a Lei nº 8.429/1992. Constatada a dissonância, passou-se a uma operação mecânica de subsunção da conduta à tipologia legal. Essa etapa, no entanto, deve ser complementada com a utilização do critério de proporcionalidade, permitindo que coexistam, lado a lado, “improbidade formal” e “improbidade material”. Com isso, será possível afastar a incidência da Lei nº 8.429/1992 em situações que não apresentem nenhuma potencialidade lesiva, não permitindo, desse modo, o próprio enfraquecimento de sua credibilidade. Evitar-se-á, assim, que agentes que utilizem uma folha de papel da repartição em seu próprio benefício; que, inadvertidamente, joguem ao lixo uma caneta ainda em uso; ou, tão somente por figurarem como autoridades coatoras em um mandado de segurança cuja ordem venha a ser deferida, sejam intitulados de ímprobos. Como dissemos, é nesse momento que será considerada a presença, ou não, da má-fé.

5. A MÁ-FÉ E O CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE NA INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.429/1992

A estruturação da tipologia dos atos de improbidade denota uma evidente colisão entre direitos fundamentais do agente público (cidadania, patrimônio e livre exercício da profissão) e bens jurídicos do Estado (patrimônio público e normatização disciplinadora da conduta dos agentes públicos); colisão esta que foi objeto de prévia valoração pelo legislador, que entendeu presentes os pressupostos autorizadores da restrição aos direitos fundamentais do agente público sempre que violados os últimos. Como já observamos, uma interpretação literal do texto legal conduziria à conclusão de que um agente público que anotasse um recado de ordem pessoal em uma folha de papel da repartição pública incorreria nas sanções do art. 12, II, da Lei nº 8.429/1992, já que causara prejuízo ao erário. Situação parecida ocorreria com aquele que recebesse um confeito de um particular ou se utilizasse de um grampo da repartição para prender documentos pessoais e levá-los para a sua residência, pois estaria sujeito às sanções do art. 12, I, em virtude do enriquecimento ilícito.

Tais exemplos demonstram, *prima facie*, a flagrante desproporção entre a conduta do agente que viole os princípios norteadores de sua atividade e as consequências que adviriam da aplicação indiscriminada da Lei nº 8.429/1992. Em razão disso, afigura-se necessário o estabelecimento de critérios passíveis de demonstrar a configuração da improbidade administrativa em sua acepção material, evitando-se a realização de uma operação mecânica de subsunção do fato à norma.

À atividade de concreção dos valores previamente prestigiados pelo legislador, *in abstracto*, devem ser opostos limites, isso sob pena de se transmutar uma *legitimidade de direito* em uma *ilegitimidade de fato*. É com esse objetivo que deve ser utilizado o critério de proporcionalidade na aplicação da Lei nº 8.429/1992. A sua utilização exige que o operador do direito realize uma valoração responsável da situação fática, o que garantirá uma relação harmônica entre os *fins da lei* e os *fins que serão atingidos com a sua aplicação ao caso concreto*. Somente assim será possível dizer que a lei restritiva de direitos fundamentais manteve-se em harmonia com os limites constitucionais, não incursionando nas veredas da despropositada aniquilação desses direitos.

Em linhas gerais, o critério de proporcionalidade será observado com a verificação dos seguintes fatores: a) adequação entre os preceitos

da Lei nº 8.429/1992 e o fim de preservação da probidade administrativa (*rectius*: juridicidade administrativa), salvaguardando o interesse público e punindo o ímprobo; b) necessidade dos preceitos da Lei nº 8.429/1992, os quais devem ser indispensáveis à garantia da probidade administrativa; c) proporcionalidade em sentido estrito, o que será constatado a partir da proporção entre o objeto perseguido e o ônus imposto ao atingido, vale dizer, entre a preservação da probidade administrativa, incluindo as punições impostas ao ímprobo, e a restrição aos direitos fundamentais (livre exercício da profissão, liberdade de contratar, direito de propriedade etc.).

Em um primeiro plano, entendemos ser indiscutível a adequação da Lei nº 8.429/1992 à garantia da probidade administrativa, não só quanto à natureza das condutas previstas na tipologia legal, como também em relação às sanções cominadas. Assim, a atenção deve de se voltar para a necessidade de utilização dos comandos legais e para o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A prática de atos que importem insignificante lesão aos deveres do cargo, ou à consecução dos fins visados, é inapta a delinear o perfil do ímprobo, isso porque, afora a insignificância do ato, a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 ao agente acarretaria lesão maior que aquela que ele causara ao ente estatal, culminando em violar a relação de segurança que deve existir entre Estado e indivíduo.

Determinadas condutas, não obstante a flagrante inobservância da norma, não devem ser objeto de valoração isolada, hermeticamente separadas do contexto em que surgiram e se desenvolveram. A norma, em essência, qualquer que seja ela, visa a preservar o equilíbrio e a estabilidade sociais, terminando por cominar determinadas sanções àqueles que causem alguma mácula aos valores tutelados. Identificados os fins da norma, torna-se tarefa assaz difícil sustentar sua aplicação ao agente que manteve uma conduta funcional compatível com os valores que se buscou preservar, ainda que formalmente dissonantes de sua letra. Não é por outra razão que vícios meramente formais, desconectados do bem jurídico que se pretende proteger, não configurarão a improbidade administrativa.

Verificado que a aplicação da Lei nº 8.429/1992 é desnecessária à preservação da probidade administrativa, que não fora sequer ameaçada pela conduta do agente, não deve ser ela manejada pelo operador do

direito. Eventualmente, ao agente poderão ser aplicadas sanções outras, desde que compatíveis com a reprovabilidade de sua conduta e com a natureza dos valores porventura infringidos (v.g.: aplicação de advertência ao servidor que tenha descumprido o seu horário de trabalho).

À improbidade formal¹⁷ deve estar associada a improbidade material, que não restará configurada quando a distorção comportamental do agente importar lesão ou enriquecimento de ínfimo ou de nenhum valor, bem como quando a inobservância dos princípios administrativos, além daqueles elementos, importar erro de direito escusável ou não assumir contornos aptos a comprometer a consecução do bem comum.

Tais circunstâncias devem ser aferidas a partir da natureza do ato, da preservação do interesse público e da realidade social,¹⁸ o que permitirá

17 Com escusas pela obviedade, é importante ressaltar que a referência à improbidade formal busca tão somente estabelecer um diferencial em relação às situações enquadráveis na tipologia da Lei nº 8.429/1992 e aquelas que permitirão o efetivo acionamento do seu sistema punitivo. Tanto na improbidade formal como na improbidade material, são realizados juízos valorativos inerentes à própria interpretação jurídica, mas somente a segunda ostenta um plus, permitindo a individualização de um ato materialmente ímprobo.

18 O STJ não visualizou ato de improbidade na conduta de Prefeito Municipal que celebrou contrato de locação, ao arrepio da lei de licitações, visando à instalação de posto de atendimento do Ministério do Trabalho (1ª T., REsp. nº 467.004/SP, rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, j. em 10/06/2003, DJU de 29/09/2003, p. 151). O Tribunal realçou que, poucos meses após a instalação do posto, foi editada lei municipal legitimando a contratação realizada, não tendo ocorrido enriquecimento ilícito (os aluguéis fixados eram compatíveis com o mercado), dano ao erário ou má-fé, isso sem olvidar a grande serventia do posto para a comunidade local. Na ocasião, afirmou o relator que “o MP não pode, via ação civil pública, opor-se à vontade manifestada pela comunidade através de lei, porquanto os legisladores eleitos sobrepõem-se ao Parquet na revelação da real vontade comum”. Declinados, ainda que sucintamente, os fundamentos do acórdão, parece relevante formular algumas observações a seu respeito. Primeira: deve-se lembrar que a norma infraconstitucional não se sobrepõe à constitucional, abrigando esta última, como todos sabem, as noções de legalidade, impessoalidade e obrigatoriedade de certame licitatório. Segunda: o vilipêndio às normas constitucionais e à respectiva legislação integradora de eficácia, a um primeiro exame, consubstancia ato de improbidade e viola o direito difuso a uma administração pública adstrita à noção de juridicidade, o que justifica a atuação do Ministério Público. Terceira: subvertida a conhecida pirâmide de Kelsen, serão inválidas as normas inferiores que destoem das superiores, ainda que as primeiras correspondam à “vontade da comunidade”. Quarta: existem valores subjacentes às contratações da administração que não podem ser reconduzidos ao interesse público imediato satisfeito com a prática do ato (v.g.: a observância da ideia de impessoalidade), preocupação nitidamente acolhida pela atual Lei de Licitações, que exige o concurso de dois vetores básicos para a validade do ato: a identificação da proposta mais vantajosa para a administração e a preservação da igualdade dos interessados no certame. Quinto: a depender da ótica de análise, as noções de dolo e má-fé tanto podem aproximar-se (estando a administração autorizada a agir apenas secundum legem, o ato que se distancie dessa perspectiva será indicativo do dolo e da correlata má-fé do agente, que voluntariamente anuiu a objetivo diverso) como se distanciar (concepção a ser adotada caso se admita que o dolo indica o descumprimento voluntário da prescrição normativa e a má-fé a não consecução do interesse público a ela subjacente). A partir dessas observações e dos efeitos de ordem sociojurídica dela decorrentes, é possível concluir que o acórdão conferiu uma amplitude demasiado restrita à noção de improbidade material, terminando por afastar do conceito um ato que, embora tenha satisfeito uma parcela do interesse público, maculou outra igualmente relevante, isso em razão da inobservância de normas basilares da administração pública e da lesão aos direitos dos interessados em potencial na celebração do contrato de locação com a municipalidade. Também invocando a ausência de má-fé, o Tribunal não visualizou ato de improbidade na conduta de alienar remédios ao Município vizinho, em estado de calamidade, sem prévia autorização legal (1ª T., REsp. nº 480.387/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/03/2004, DJU de 24/05/2004, p. 163). Nesse caso, cremos que a posição do Tribunal foi correta, já que o ato visou à satisfação do interesse público, não foram lesados interesses individuais ou da administração e a vio-

uma ampla análise do comportamento do agente em cotejo com o fim perseguido pelo Constituinte com a edição dos arts. 15, V, e 37, § 4º, qual seja, que os agentes públicos respeitem a ordem jurídica, sendo justos e honestos, tudo fazendo em prol da coletividade.

Deve ser aqui adotada a técnica utilizada no direito germânico para a identificação da “justa medida” na restrição aos direitos fundamentais. De acordo com Scholler (1999: 102), “na aferição da constitucionalidade de restrições aos direitos fundamentais, o Tribunal Federal Constitucional (*Alemão*) acabou por desenvolver, como método auxiliar, ‘a teoria dos degraus’ (*Stufentheorie*) e a assim denominada ‘teoria das esferas’ (*Sphärentheorie*). De acordo com a primeira concepção, as restrições a direitos fundamentais devem ser efetuadas em diversos degraus. Assim, por exemplo, já se poderá admitir uma restrição na liberdade de exercício profissional (art. 12 da Lei Fundamental) por qualquer motivo objetivamente relevante (*aus jedem sachlichen Grund*), ao passo que no degrau ou esfera mais profunda, o da liberdade de escolha da profissão, tida como sendo em princípio irrestringível, uma medida restritiva apenas encontrará justificativa para salvaguardar bens e/ou valores comunitários de expressiva relevância de ameaças concretas, devidamente comprovadas, ou pelo menos altamente prováveis”.

Apesar de inexistirem critérios rígidos e objetivos para a determinação dos fatores que concorrerão para a identificação da relação de proporcionalidade entre a conduta praticada e a incidência da Lei nº 8.429/1992, é possível estabelecermos algumas diretrizes argumentativas. É o que ocorre, por exemplo, quando (1) a violação à juridicidade não desbordou o plano das formas, sendo preservada a essência dos valores protegidos; (2) o dano causado ou o benefício auferido pelo agente foi ínfimo (na verdadeira acepção da palavra, *v.g.*: destruição de uma folha de papel comum, utilização de um grampo para fins privados etc.), (3) o ato atingiu (quase) *in totum* o fim previsto na norma, praticamente afastando a reprovabilidade da conduta, ao menos no plano sancionador, (4) foram realizados objetivos de evidente interesse público; (5) não foram violados interesses individuais; (6) no contexto em que o ato foi praticado, o erro de direito era plenamente escusável; e (7) o agente não agiu com má-fé,

lação à juridicidade foi ínfima se comparada com a magnitude dos bens que se buscou preservar, relacionados a um problema de saúde pública. Como a conduta foi direcionada ao descumprimento das disposições normativas que regulam o certame licitatório, o dolo restou caracterizado. No entanto, a ausência de má-fé e a indiscutível satisfação do interesse público afastaram a caracterização da improbidade material.

nela compreendida tanto a indiferença em relação ao conhecimento da ilicitude da conduta, como o propósito manifesto de não realizar o bem comum. Essas diretrizes argumentativas, como é intuitivo, não podem ser analisadas de modo isolado. Pelo contrário, devem atuar concorrentemente na aferição do critério de proporcionalidade, permitindo seja alcançada a conclusão de que a aplicação da Lei nº 8.429/1992 apresentará nítida desproporção com o ato, estando ausente a proporcionalidade em sentido estrito, pois o ônus imposto ao agente em muito superará a lesividade de sua conduta.

A má-fé, como se percebe, não é o epicentro estrutural do ato de improbidade administrativa. É, tão somente, um dos fatores a serem levados em consideração para a aplicação da Lei nº 8.429/1992. Além dos atos de improbidade culposos, que prescindem da má-fé para a sua configuração, é perfeitamente possível que um ato praticado com absoluta boa-fé justifique a incidência da Lei nº 8.429/1992. Basta se pensar na hipótese de um Prefeito Municipal que, descumprindo voluntariamente a legislação de regência, destine recursos afetos à educação para a construção, na única praça pública existente na localidade, de um monumento em prol da família, o que leva à extinção da referida área de lazer. Nesse exemplo, apesar de o Chefe do Executivo ter atuado dolosamente, era evidente a sua boa-fé, sendo direcionado pelo nobre objetivo de exortar a importância da família. No entanto, mesmo, assim, estará caracterizado o ato de improbidade. E isso pelas seguintes razões; (1) foi maculada a juridicidade; (2) foi comprometido o atendimento do direito à educação; (3) a receita disponível foi integralmente direcionada a um fim que, embora de interesse público, não ostentava igual importância para a coletividade; (4) é evidente o dano causado à coletividade, que se viu privada do serviço de educação e ainda perdeu a área de lazer; e (5) a área de lazer precisará ser recomposta, o que, à míngua de outra área específica, causará prejuízo financeiro à Administração Pública em decorrência da demolição do monumento.

É factível que todo ser humano pode ter boas intenções, mas, em se tratando de agentes públicos, as boas intenções não de se desenvolver com observância dos balizamentos oferecidos pela legislação de regência, não de acordo com o seu alvedrio. Note-se, ainda, que as escusas da ignorância e da incompetência devem ser recepcionadas com cuidado. Afinal, por dever de ofício, o agente público, diversamente do particular, somente

pode fazer o que a norma de conduta o autorize, o que lhe impõe o dever de conhecê-la. E, dentre essas normas, está o princípio constitucional da eficiência.

Não sendo identificada a prática de um ato objetivamente relevante, não se poderá ascender, sequer, ao “*primeiro degrau*” da escala de restrição dos direitos, o qual seria atingido com a mera aplicação da Lei nº 8.429/1992. Os “*degraus subsequentes*”, por sua vez, serão galgados na medida em que for identificada a relevância do ato, valorada a sua potencialidade lesiva e constatada a reprovabilidade da conduta do agente, o que permitirá seja aferida a sanção que se afigura mais justa ao caso. Nos casos de improbidade meramente formal, restará a incidência das sanções de ordem política ou administrativa, de natureza e grau compatíveis com a reprovabilidade do ato.

Tal linha de raciocínio, desde que não venha a ser deturpada – risco, infelizmente, sempre existente – permitirá o estabelecimento de uma relação de congruência entre a conduta do agente, a Lei nº 8.429/1992 e a Constituição da República, evitando-se a desproporcional restrição dos direitos fundamentais.

CONCLUSÕES

A argumentação apresentada nos permite concluir que, no âmbito da improbidade administrativa, (a) a má-fé não integra o elemento subjetivo do agente, não se confundindo com o dolo; (b) dentre os fatores que concorrem para a aferição do critério de proporcionalidade, na incidência da Lei nº 8.429/1992, está a má-fé; (c) é possível a configuração do ato de improbidade ainda que o agente público tenha atuado com boa-fé, o que pode ocorrer no caso de culpa ou quando os demais fatores que concorrem para o delineamento do critério de proporcionalidade indiquem a reprovabilidade da conduta. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENVENISTE, E.. **Problèmes de linguistique générale**, Paris: Gallimard, 1966.

BIX, Brian. **Law, language and legal determinacy**, 1ª reimp., New York: Oxford University Press, 2003.

BLOOMER, Aillen, GRIFFITHS, Patrick e MERRISON, Andrew. **Introduction language in use: a coursebook**. Onix: Routledge, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, 5ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot LexisNexis, 2006.

DEBRIX, François. **Language, agency, and politics in a constructed world**, New York: M. E. Sharpe, 2003.

ECO, Umberto. **A theory of semiotics**. U.S.A.: Indiana University Press, 1979.

GARCIA, Emerson. **Repressão à corrupção no Brasil: entre realidade e utopia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____ e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIBBONS, John. **Forensic linguistics: na introduction to language in the justice system**, Cornwall: Wiley-Blackwell Publishing, 2003.

_____. **Taking Legal Language Seriously**, in **Language in the Law**, org. por GIBBONS, John, PRAKASAM, V., TIRUMALESH, V. e NAGARAJAN, Hemalatha. India: Orient Longman, 2004, p. 1.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**, v. I. tomo II. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JELLINEK, Georg. **Gesetz und Verordnung**. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1887 (reimp. de 1964).

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte Geral, 1º v. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

LEVI, Judith N., WALKER, Anne Graffam. **Language in the judicial process**, v. 5 de *Law, Society and Policy*, New York: Plenum Press, 1990.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o Entendimento Humano** (*An Essay Concerning Human Understanding*), v. II, trad. de Eduardo Abranches de Soveral, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

MATTILA, Heikki E. S.. **Comparative Legal Linguistics**, Hampshire: Ashgate Publishing, 2006.

MCMENAMIN, Gerald R. e CHOI, Dongdoo. **Forensic linguistics: advances in forensic stylistics**, Florida: CRC Press, 2002.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. 3ª reimpressão de 2007, Coimbra: Edições Almedina, 1983.

SCHNEIDEREIT, Gaby. **Legal Language as a Special Language: Structural Features of English Legal Language**, Germany: Green Verlag, 2007.

SCHOLLER, Heinrich. "O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha", trad. de SARLET, Ingo Wolfgang, *in Revista Interesse Público* nº 2, p. 93, 1999.

SEELMANN, Kurt. **Rechtsphilosophie**. 4ª ed.. München: Verlag C. H. Beck, 2007.

TROSBORG, Anna. **Rhetorical strategies in legal language: discourse analysis of statutes**, Tübingen: Günter Narr Verlag, 1997.