

A ADEQUADA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

Doutor em Direito do Estado pela UFPR.
Professor da Graduação e do Programa de Mestrado em
Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

Líder do grupo de pesquisa “Ética, Direitos
Fundamentais e Responsabilidade Social”.

Professor da Fundação Escola do
Ministério Público do Estado do Paraná.
Promotor de Justiça no Estado do Paraná.

GRASIELE BORGES MARTINS

Bacharelada do 8º período do Curso de
Direito do Centro Universitário Curitiba.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de Ato de Improbidade Administrativa. 3. Sanções. 4. Instâncias de Responsabilidade. 5. Aplicações das Sanções por Ato de Improbidade Administrativa. 5.1. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade 5.2 Medidas Obrigatórias. 5.3. Elemento Subjetivo. 6. Conclusão.

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar a necessidade de observância da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação de sanções por atos de improbidade administrativa. Faz-se necessário que a sanção a ser aplicada seja significativamente rigorosa para preservar a ordem jurídico-administrativa e salvaguardar o interesse público. Ao mesmo tempo, ela deve guardar uma relação proporcional e razoável com a gravidade e lesividade do ato praticado. Procura-se, portanto, entender de que modo deve ser aplicado o instrumental jurídico da lei de improbidade, colocado à disposição do Judiciário para combate de atos ímprobos no trato da coisa pública, sem que, de um lado, implique decisões com severidade excessiva ou, de outro, gere a aplicação de sanções insignificantes que levem ao descrédito do diploma de repressão. Essa adequação é necessária para a preservação de direitos fundamentais.

Palavras-chave: razoabilidade, proporcionalidade, sanções, improbidade administrativa, preservação de direitos fundamentais.

ABSTRACT

This work aims to demonstrate the need for observance of reasonableness and proportionality in the application of penalties for acts of administrative improbity. It is necessary that the sanction to be applied is significantly rigorous to preserve the legal administrative system and safeguard the public interest. At the same time, it must relate in a proportional and reasonable way to the seriousness and harmfulness of the committed act. The objective, therefore, is to understand how should the legal instruments of the improbity law be applied, making it available to the Judiciary to combat misconducting acts in dealing with public issues, without, on one hand, implying decisions with an excess of severity or, on the other hand, applying insignificant sanctions that take for granted the legal mechanism of repression. This adjustment is necessary for the preservation of fundamental rights.

Keywords: Reasonableness, proportionality, penalties, administrative improbity, preservation of fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

A base principiológica do regime jurídico administrativo encontra-se elencada no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.¹

A inclusão expressa do princípio da moralidade no rol de princípios constitucionais da Administração Pública a partir da Constituição de 1988 demonstrou, de maneira mais enérgica e substancial do que nas Constituições anteriores, a preocupação do legislador constituinte com o combate ao uso desmedido e corrupto da função pública.

Dentro deste contexto, também a Constituição da República deu especial enfoque à questão da improbidade administrativa, por meio da regra matriz contemplada no § 4º do artigo 37 da CF, que dispõe:

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.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92) veio, assim, regulamentar não somente o disposto no § 4º do artigo 37, CF, mas também, e principalmente, veio dar eficácia a toda a lógica de proteção do regime jurídico administrativo.

Pode-se dizer que, ao criar tais dispositivos, o legislador, tanto o constituinte quanto o ordinário, teve como objetivo principal evitar o perigo de uma administração corrupta, caracterizada pelo descrédito e ineficiência. Procurou, dessa forma, prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado.²

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é o Estado quem, por definição, juridicamente encarna os interesses públicos”.³ Assim, o Estado pode ser tido como um instrumento utilizado com a finalidade de satisfazer as necessidades públicas, concretizando-as mediante serviços

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2010.

² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 362.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 27.

executados por pessoas físicas investidas em funções públicas (dotadas de poderes administrativos). Todavia, há sempre uma distância entre o ideal e o real, e assim também o é com relação ao Estado. E “a ciência jurídica, bem conhecendo essa dura realidade, fornece meios para a responsabilização do agente público pelo mau uso do poder que o povo lhe confere”.⁴

Segundo Martins Júnior, “a deturpação tradicional do poder disseminou na sociedade brasileira a inconveniente, insuportável e incômoda cultura da improbidade administrativa”.⁵ A corrupção é, infelizmente, encarada com passividade e aceitação social (inclusive, representada pelo popular “rouba, mas faz”). Frise-se, portanto, que o problema não está na ausência de leis sancionadoras da corrupção, mas na efetividade das leis, “porque há tolerância da sociedade brasileira com o fenômeno, dado que parece faltar o senso de respeito à legalidade”.⁶ Esse é o quadro da chamada “cultura da improbidade administrativa”.

Todavia, a sobrevivência do Estado Democrático de Direito reclama um combate eficaz à corrupção, aos crimes contra a Administração Pública e aos atos de improbidade administrativa.

É cediço que o Direito Administrativo como um todo é pensado de forma a garantir a preponderância dos interesses do Estado, da coletividade em relação ao interesse individual, do particular. Nesse sentido, o agente público deve, no exercício de suas funções, agir com honestidade, de acordo com padrões éticos, legais, em observância ao interesse público. Se assim não o fizer, em termos gerais e a *contrario sensu*, pode-se dizer que o agente incide na chamada improbidade administrativa.

O tratamento a ser dispensado à questão do enfrentamento da improbidade administrativa deve ser levado a cabo com seriedade, uma vez que a função administrativa consubstancia-se na atividade do que não é proprietário e, por isso, nesse exercício não cabe ao agente público agir de acordo com sua vontade, mas sim conforme os deveres e as finalidades predeterminadas e sob a égide dos princípios constitucionais, na defesa de um direito fundamental de terceira dimensão, de natureza difusa, pertencente à sociedade com um todo, que é o “direito fundamental à probidade administrativa”.⁷

⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 01.

⁵ *Ibid.*, p. 02.

⁶ *Ibid.*, p. 09.

⁷ BERTONCINI, Mateus. **Direito Fundamental à Probidade Administrativa**. In: Alexandre Albagli Oliveira, Cristiano Chaves, Luciano Ghignone (Coord.). **Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 03-16.

No combate ao comportamento ímprobo no trato da coisa pública, encontra-se relevo a questão da aplicação da sanção por atos de improbidade administrativa. Faz-se necessário que tal sanção seja significativamente rigorosa para preservar a ordem jurídico-administrativa e, ao mesmo tempo, guarde relação razoável e proporcional com a gravidade e lesividade do ato praticado. Afinal, porque as sanções da Lei 8.429/1992 atingem o patrimônio e os direitos políticos do ímprobo, a aplicação desmedida dessas sanções podem ferir esses direitos fundamentais de primeira dimensão assegurados na Constituição Federal, o que é defeso, como sabido.

Assim, de que modo deve ser aplicado o instrumental jurídico da lei de improbidade, colocado à disposição do Judiciário para combate de atos ímprobos no trato da coisa pública, sem que, de um lado, implique decisões com severidade excessiva ou, de outro, gere a aplicação de sanções insignificantes que levem ao descrédito do diploma de represão? Eis o desafio.

2. CONCEITO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A raiz constitucional do ato de improbidade administrativa é o § 4º do artigo 37. No entanto, nem a Carta Magna, nem a Lei de Improbidade Administrativa ocuparam-se do mister de conceituar ato de improbidade administrativa, cabendo tal tarefa à doutrina de Direito Administrativo. Nessa perspectiva, colhe-se a seguinte definição:

Considera-se ato de improbidade administrativa para os fins do art. 37, § 4º, da CF, e de sua Lei de regência (8.429/92), as condutas de qualquer agente público contrárias diretamente aos princípios da finalidade, publicidade, do concurso público, da prestação de contas e da licitação, bem como a violação de segredo e a prevaricação, independentemente de qualquer resultado material, e os comportamentos prescritos na lei (regras), que produzam os resultados prejuízo ao erário e enriquecimento sem justa causa do agente e/ou terceiro, ensejando tais procedimentos, normalmente dolosos e excepcionalmente culposos, marcados pela violação do princípio da moralidade, responsabilização sujeita a um regime jurídico próprio, autorizador da aplicação proporcional das sanções pertinentes e compatíveis de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, independentemente das instâncias adminis-

trativa, criminal, civil e política, tendo em vista a concretização do projeto constitucional de probidade na Administração Pública.⁸

Com a simples leitura de tal conceito de ato de improbidade administrativa, percebe-se o quão rico é o assunto e o quanto há temas a serem explorados. Ocupemo-nos, no entanto, de frisar a aplicação proporcional das sanções pertinentes e compatíveis, na preservação de direitos fundamentais.

É assente na doutrina e na jurisprudência que, na aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa, diversos aspectos, decorrentes dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devem ser considerados para se adequar a pena ao ato praticado e ao fim almejado pelas disposições relativas à improbidade administrativa. Desse modo, efetiva-se a individualização da pena e, preza-se, assim, não só pela manutenção da finalidade primordial do diploma da improbidade administrativa, que é combater a corrupção no exercício de função pública, mas também se dá luz ao implemento da cultura constitucional de probidade na Administração, em detrimento da arraigada cultura da improbidade administrativa.

3. SANÇÕES

O § 4º do artigo 37 da Carta Magna relaciona como medidas sancionatórias ao ato de improbidade administrativa a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Entende-se que o constituinte equivocou-se ao relacionar a indisponibilidade de bens como sanção, afinal, sabe-se que tal medida tem caráter preventivo, cautelar, servindo para impedir a dissipação dos bens do agente público ímprobo ou do terceiro beneficiário da prática de ato de improbidade administrativa, de modo que o ressarcimento do dano e a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio sejam efetivados no momento da execução da sentença condenatória proferida na ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Trata-se a aludida indisponibilidade de bens de medida cautelar, de natureza processual, destinada a garantir a efetividade do processo, e não de sanção ou pena.

⁸ BERTONCINI, **Ato de Improbidade Administrativa**: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 260-261.

As medidas aplicáveis aos atos de improbidade administrativa foram estabelecidas na lei que regulamentou o referido dispositivo constitucional, a Lei 8.429/1992. O seu artigo 12 previu as seguintes sanções:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.⁹

Sinteticamente, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (*i*), ressarcimento integral do dano (*ii*), perda da função pública (*iii*), suspensão dos direitos políticos (*iv*), pagamento de multa civil (*v*), proibição de contratar com o Poder Público (*vi*), proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (*vii*), são as sanções aplicáveis aos autores de atos de improbidade administrativa.

⁹ BRASIL, Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 25 fev. 2010.

A perda dos bens ou valores, o ressarcimento do dano, a multa civil e as proibições de contratar e receber benefícios são punições de caráter patrimonial, dizendo respeito ao direito de propriedade. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos atingem os direitos de cidadania,¹⁰ integrantes do catálogo de direitos fundamentais de natureza política.

A legislação em tela dividiu os atos de improbidade administrativa em três modalidades: (i) atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º); (ii) atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (artigo 10) e (iii) atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

Para cada modalidade de ato de improbidade administrativa há, nos incisos do artigo 12 da Lei 8.429/92, previsão das respectivas punições. Note-se que tais medidas vão além daquelas previstas no § 4º do artigo 37 da Constituição Federal, pois o legislador infraconstitucional criou as sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, de multa civil e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Entende-se, todavia, que a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente e o ressarcimento integral do dano não são propriamente medidas punitivas ou sanções, mas sim simples reposição das coisas ao *status quo ante*.

Em que pese o fato de a Lei 8.429/1992 ter previsto outras sanções que não somente aquelas descritas na norma constitucional, há consenso no sentido de que não se trata de inconstitucionalidade do artigo 12, até mesmo porque o legislador agiu autorizado pelas diretrizes do comando constitucional ao fixar as condutas ímprobas e as sanções correspondentes, com arrimo na parte final do § 4º do artigo 37: “na forma e gradação previstas em lei”. Além disso, “seria um exagero falar-se em inconstitucionalidade, porque nem mesmo para a fixação das sanções penais exige-se essa simetria constitucional, sendo tarefa do legislador e não do Poder Constituinte originário a sua fixação prévia [...]”¹¹

4. INSTÂNCIAS DE RESPONSABILIDADE

Oportuno destacar que as sanções da Lei 8.429/1992 são aplicadas quando concretizado o ato de improbidade administrativa nela previsto, independentemente das demais modalidades de responsabilidade

¹⁰ BERTONCINI, 2007, p. 240.

¹¹ BERTONCINI, 2007, p.238.

(civil, penal, administrativa ou política). O regime jurídico a que se sujeita essa modalidade de ilícito (improbidade administrativa) é o fator que a diferencia das demais modalidades de responsabilidade dos agentes públicos, cada uma delas subordinadas ao seu próprio regime normativo.¹²

Apenas a responsabilidade política e a responsabilidade disciplinar são incompatíveis entre si. A responsabilidade política é aplicável aos agentes políticos, por intermédio do processo de *impeachment*, regulado pela Lei 1.079/1950, enquanto a responsabilidade administrativa ou disciplinar, aplicável aos servidores públicos em geral, é viabilizada por intermédio do processo administrativo disciplinar, previsto nos estatutos dos servidores públicos. As demais espécies de responsabilidade convivem harmoniosamente entre si, numa relação de independência e complementaridade, havendo comunicação entre as instâncias.

É possível, portanto, que um determinado agente público responda por ato de improbidade administrativa, e, pelo mesmo fato, tenha contra si a imputação de responsabilidade civil, em razão de dano decorrente de dolo ou culpa; criminal, se o fato também constituir crime; e política, se o comportamento do agente for definido na lei como crime de responsabilidade. É concebível, igualmente, que determinado agente público, pelo mesmo fato ilícito, responda por ato de improbidade administrativa e também na esfera cível, criminal e administrativa, nesse último caso se o fato constituir infração disciplinar.

A relação de incompatibilidade somente existe entre a responsabilidade política e a disciplinar, porquanto é nítida a separação na Constituição de 1988 entre a responsabilidade política, fundada no artigo 85 e regulada na Lei 1.079/1950, aplicável aos agentes políticos, ocupantes dos cargos localizados no cume da pirâmide hierárquica, cujos titulares são os responsáveis pela formação da vontade superior do Estado, e a responsabilidade disciplinar ou administrativa, baseada no artigo 41, § 1º, inciso II, do Texto Maior, incidente em relação aos servidores públicos em geral, sujeitos à hierarquia, que são os executores dos comandos legais advindos dos agentes políticos, sendo evidente a separação e a especialização entre essas modalidades de responsabilidade.

Não se deve esquecer a comunicação das instâncias civil, penal, disciplinar e política com a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Se o ressarcimento foi aplicado na esfera civil, é evidente que não será novamente na sentença que julgar procedente a ação de improbidade administrativa. Se houve decretação anterior de perda do cargo na esfera

¹² BERTONCINI, 2007, p. 239.

administrativa (processo disciplinar) ou política (*impeachment*), à toda evidência que a sanção não poderá ser aplicada novamente na instância judicial no julgamento da ação de improbidade administrativa.

5. CRITÉRIOS PARA A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES

O parágrafo único do artigo 12 da Lei 8.429/1992 estabelece: “Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. Trata-se de critérios para orientar o juiz na fixação da pena, cabendo assinalar que, conforme Di Pietro, a expressão *extensão do dano causado* deve ser entendida em sentido amplo, de modo que abranja não só o dano ao patrimônio público em sentido econômico, mas também ao patrimônio moral do Estado e da sociedade.¹³

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o dano moral como modalidade de dano indenizável nas ações de improbidade administrativa:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. MULTA CIVIL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO.

1. *Omissis*.

2. *Omissis*.

3. Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal.

4. A aferição de tal dano deve ser feita no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade administrativa.

5. Superado o tema da prescrição, devem os autos retornar à origem para julgamento do mérito da apelação referente ao recorrido Selmi José Rodrigues e quanto à ocorrência e mensuração de eventual dano moral causado por ato de improbidade administrativa.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.¹⁴

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 786.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 960926, de Minas Gerais. Ministério Público Federal *versus* Manoel Ferreira Brandão. Relator: Min. Castro Meira. Acórdão de 01 de abril de 2008. DJe 01.04.2008.

Como estabelecido no aludido julgado, o reconhecimento e a fixação do *quantum* indenizável a título de dano moral dar-se-á no caso concreto.

De fácil visualização é que o parágrafo único do artigo 12 trata do princípio da proporcionalidade na aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/1992.¹⁵ No entanto não é apenas esse o critério principiológico a ser utilizado pelo magistrado na aplicação das sanções – ele deve sempre observar os princípios da legalidade e da moralidade.¹⁶ A moralidade constituiu o elemento evidenciador do ânimo do agente ímprobo, e não há como se negar, de igual modo, o critério da legalidade, pois somente as medidas previstas na Lei 8.429/1992 podem ser aplicadas aos agentes ímprobos e terceiros relacionados. “Embora, por exemplo, seja razoável imaginar que o ímprobo não possa mais vir a trabalhar na Administração Pública, essa vedação inexistente como sanção legal, o que impede o juiz de aplicá-la”.¹⁷ Assim, ao aplicar as sanções por ato de improbidade administrativa, deve-se buscar seus limites primeiro na lei, depois, calçados na razoabilidade e na proporcionalidade adequar essa interpretação à realidade concreta.

Cabe ao Judiciário aplicar as penas não somente levando em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente, conforme dicção legal (parágrafo único do artigo 12), mas também consideran-

¹⁵ Em 16 de dezembro de 2009 foi publicada no Diário Oficial a Lei 12.120, que modificou a redação de dois dispositivos da Lei 8.429/1992: o *caput* do artigo 12 e o inciso I do artigo 21.

A redação anterior do *caput* do artigo 12 era a seguinte: “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações”. Com a reforma, a redação assim ficou: “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, *que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato*” (grifos nossos).

A redação do *caput* do artigo 21 é a seguinte: “A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: [...]”. E o inciso I assim preceituava: “I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público”. Atualmente a redação é: “I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, *salvo quanto à pena de ressarcimento*” (grifos nossos). Ora, trata-se de decorrência lógica, afinal qualquer ressarcimento pressupõe a existência de um dano efetivo. Não há como se compelir alguém a ressarcir algo que não tenha sido objeto de desfalque ou de prejuízo. (CARDOSO, André Guskow. **A Lei 12.120 e as alterações produzidas no regime da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº. 34, dez./2009. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 15 jan. 2010).

¹⁶ BERTONCINI, 2007, p. 250.

¹⁷ *Ibid.*, p.251.

do outros fatores inerentes e inafastáveis na aplicação da lei. Não há dúvidas que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade “têm função exuberante para evitar que as sanções sejam incoerentes e desnecessárias à pessoa do agente público”.¹⁸ No que tange às sanções pecuniárias, por exemplo, “a falta de razoabilidade pode conduzir ao caráter confiscatório da multa, o que é, de per si, juridicamente inadmissível, como se sabe”.¹⁹

Há, enfim, margem de manobra para que o juiz, de acordo com o caso concreto, aplique as medidas razoável e proporcionalmente, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente, a depender da análise da conduta do agente público que praticou ato de improbidade em suas variadas formas.²⁰

Há sanções²¹ que podem ser aplicadas dentro de um “espaço” pré-definido na norma (com máximos e mínimos).²² O princípio da legalidade impõe o limite máximo a ser respeitado relativamente às sanções de multa civil²³ e suspensão dos direitos políticos²⁴; temos, portanto, que tais limites não podem ser extrapolados. Pelo mesmo motivo, os limites mínimos para a suspensão dos direitos políticos não poderão ser desrespeitados, “assim como não estão sujeitos à discricionariedade judicial os

¹⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 310.

¹⁹ MELLO, 2008, p. 844.

²⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa** – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.135-136.

²¹ “Relativamente às sanções de suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibições legais, há liberdade conferida pela lei ao juiz para aplicá-las. Apenas diante do caso concreto, e considerada a gravidade da conduta, os antecedentes do réu e a repercussão de seu ato, sempre motivadamente, é que tais medidas deverão ser infligidas”. (BERTONCINI, 2007, p.253.).

²² “No que pertine com o *quantum* da multa civil e o tempo de suspensão dos direitos políticos, restará sempre ao magistrado larga margem discricionária para fixar aquelas sanções, tendo em vista a elasticidade adotada pelo legislador na cominação dos índices máximo e mínimo”. (PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 216.).

²³ Limites máximos: até três vezes o valor do acréscimo patrimonial (inciso I); até duas vezes o valor do dano (inciso II); até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente (inciso III).

²⁴ Limites: de oito a dez anos (inciso I); de cinco a oito anos (inciso II); de três a cinco anos (inciso III).

períodos de tempo estabelecidos de modo invariável para as proibições²⁵ de contratar com o Poder Público, de receber benefícios fiscais ou creditícios”.²⁶ Em resumo, nesses casos, mesmo ficando a critério do órgão judiciário, a sanção não poderá ser menor que o mínimo, nem acima do máximo legal.

Nesse diapasão, Martins Júnior leciona que o campo discricionário do juiz está limitado ao prazo e à base de cálculo inerentes às sanções variáveis (multa civil, suspensão dos direitos políticos e proibições). Assim, a autoridade judicial deve aplicar as sanções variáveis nos limites (máximo e mínimo; teto) e bases (valor; tempo) previstos em lei.²⁷

Por mais gravosas que sejam as condutas previstas na Lei 8.429/92, não se deve perder de vista a força das sanções prescritas por este diploma legal, que em última análise pode transformar o agente público e o terceiro num verdadeiro pária da sociedade, atingindo-lhe o patrimônio e os direitos políticos. Daí a importância de o Estado-juiz aplicar essas sanções tendo em conta a gravidade da conduta cometida (com todos os aspectos a ela inerentes).²⁸

Isso não quer dizer que se pretende compactuar com a cultura da improbidade administrativa, mas sim punir o ímprobo na medida de sua conduta, de sua culpa, com sanções que correspondam proporcional e eficazmente à sua ação. É o que se espera que ocorra em um Estado Democrático de Direito.²⁹

Inquestionável que a Lei de Improbidade visa a proteção do interesse público. Todavia, não se pode deixar de compatibilizar direitos e interesses do particular, os fundamentais direitos à propriedade e à participação política, de primeira dimensão, com o direito fundamental à proibidade administrativa, de natureza coletiva. Os valores devem ser sopesados: de um lado o interesse público deve ser resguardado, de outro, deve-se atentar para os direitos individuais.³⁰

Tendo em vista que as sanções da Lei 8.429/1992 atingem direitos fundamentais (propriedade e direitos políticos), o juiz deve considerar

²⁵ Período: dez anos (inciso I); cinco anos (inciso II); três anos (inciso III).

²⁶ BERTONCINI, 2007, p.252.

²⁷ MARTINS JÚNIOR, 2009, p.343.

²⁸ BERTONCINI, 2007, p.250.

²⁹ BERTONCINI, loc.cit.

³⁰ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. Improbidade Administrativa e a Indisponibilidade de bens do agente público. *In*: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). **Temas de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 54.

o ato de improbidade administrativa praticado e decidir em que medida tais direitos fundamentais serão afetados. Afinal, não se pode perder de vista que o Poder Público tem o dever de proteção, inclusive preventivamente, dos direitos fundamentais em face do próprio Poder Público, de outros particulares e de outros Estados.³¹ Entendemos que é nesta perspectiva que o magistrado deve encarar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na aplicação das sanções do artigo 12 da Lei 8.429/92, bem como o princípio da legalidade, igualmente relacionado com este temário.³²

Aplicar as sanções de forma razoável e proporcional não é tarefa simples, consoante observado por Bandeira de Mello:

Ainda que a aferição desta medida inúmeras vezes possa apresentar dificuldade em ser caracterizada, em inúmeras outras é perfeitamente clara; ou seja, há casos em que se pode ter dúvida se tal ou qual gravame está devidamente correlacionado com a seriedade da infração – ainda que se possa notar que a dúvida nunca se proporá em uma escala muito ampla, mas em um campo de variação relativamente pequeno -, de par com outros casos em que não haverá dúvida alguma de que a sanção é proporcional ou é desproporcional. É impossível no Direito fugir-se a situações desta compostura, e outro recurso não há para enfrentar dificuldades desta ordem senão recorrendo ao *princípio da razoabilidade*, mesmo sabendo-se que também ele comporta alguma fluidez em sua verificação concreta. De todo modo, é certo que, flagrada a desproporcionalidade, a sanção é inválida.³³

Fazzio Júnior defende que não há como individualizar com justiça a sanção sob os delgados parâmetros ofertados no parágrafo único do artigo 12, de forma que, se não se conferir relativa discricionariedade ao Judiciário para a escolha das sanções adequadas dentre as previstas em lei, o risco do excesso será inevitável. Além disso, a questão da dosimetria é pressuposto para cumprimento do mandamento constitucional da individualização das penas (com base nas características particulares do caso concreto).³⁴ Enfim, são os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que fornecem a medida da discricionariedade. A fixação de penalidades é atividade que deve orientar-se por ductilidade suficiente para que efetivamente seja individualizada a sanção.

³¹ BERTONCINI, op.cit., p. 251.

³² BERTONCINI, loc.cit.

³³ MELLO, 2008, p. 843.

³⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.299.

5.1 PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Em que pese o fato do Estado não se reduzir ao Direito, é cediço que ambos se relacionam mutuamente. Fernando Martins entende o Estado como uma expressão normativa de séries seguidas de acontecimentos sociais e políticos, enquanto o Direito seria uma construção humana histórica constante (experiência e cultura), portanto, jamais estático, senão caracterizado por sucessivos processos de renovação com vistas a realizar “justiça”. Assim, se o Estado é dinâmico por conta dos influos sociais e políticos, o Direito também o é.³⁵

Desse modo, é de fácil percepção a importância da razoabilidade tanto para o Direito quanto para a Administração Pública (Estado),³⁶ afinal possibilita, ao analisar o caso concreto, “objetar a aplicação da lei positiva de forma inadmissível, abusada ou excessiva, que extrapola os fins de justiça – independentemente da intenção do operador – e, que, sobretudo, destoia da realidade social em mundivisão”.³⁷

O Direito não pode dar cobertura ao exercício de uma discricionariedade manifestadamente irrazoável ou excessivamente abusiva. Sabe-se que a margem de discricção³⁸ dada pela lei objetiva possibilitar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a adoção da providência mais adequada a cada qual delas. Mister declarar que isso não significa, de modo algum, que o agir está pautado exclusivamente no íntimo do operador, com seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos – deve-se buscar o efeito pretendido pela norma aplicanda.³⁹

³⁵ MARTINS, 2009, p.208-209.

³⁶ Pode-se, inclusive, afirmar que a razoabilidade é da própria essência do Estado de Direito.

³⁷ MARTINS, 2009, p. 209.

³⁸ “[...] pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicanda -, é porque através dela (discricção) visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei”. (MELLO, 2008, p.108-109.).

³⁹ Ibid., p. 108.

Muitos podem chegar a criticar a razoabilidade e a proporcionalidade como diretrizes interpretativas,⁴⁰ pois quebrariam o equilíbrio entre os Poderes, diminuindo a força do Poder Legislativo e majorando a do Judiciário. Isso não procede, pois tais princípios, em verdade, servem para fortalecer o legislador, afinal, tendo em vista que vivemos em uma sociedade complexa e em constante transformação, tarefa impraticável seria a de “catalogar” todas as possíveis situações concretas e suas respectivas (e proporcionais) soluções. Desse modo, sempre se faz necessária a experiência do julgador, que deverá analisar não somente os elementos objetivos do caso, mas também, e principalmente, os seus elementos subjetivos, pessoais, próprios. Se de outro modo fosse, a figura do juiz seria absolutamente dispensável, uma vez que bastaria uma espécie de tecnologia autômata, com as hipóteses pré-estabelecidas e respectivas soluções prontas.

Consoante visão de Di Pietro,

[...] o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.⁴¹

Pode-se dizer que a razoabilidade funciona como um instrumento de harmonização da norma geral para o caso individual (eqüidade), de modo que não se cometam abusos. É a congruência do direito com as condições externas.

O excesso, se existente, não beneficia ninguém. Bandeira de Mello, inclusive, entende o excesso como um agravo inútil aos direitos de cada qual. Assim, ainda segundo o doutrinador, as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente pretendido são condutas ilógicas, incongruentes - exibem sua *inadequação* ao escopo legal (a inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei).⁴²

⁴⁰ “Quanto à proporcionalidade, Paulo Bonavides bem revela a sua importância, inclusive no que tange ao seu uso pela jurisprudência: ‘Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor no uso jurisprudencial’”. (BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 394-395).

⁴¹ DI PIETRO, 2008, p. 76.

⁴² MELLO, 2008, p. 110.

Humberto Ávila entende a diferença entre a razoabilidade (harmonia e equivalência) e a proporcionalidade (relação de causalidade entre meio e fim) do seguinte modo: um meio é proporcional se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de um modo que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, mas há, sim, um dever de equidade, de congruência, de equivalência.⁴³

É sabido que há relevante vinculação entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. No entender de Bandeira de Mello, contudo, tais princípios não se confundem – para ele a proporcionalidade é uma faceta da razoabilidade, e por isso merece destaque próprio para se ter maior visibilidade do que possa vir a ser uma decisão desproporcional, desarrazoada.⁴⁴ Nesse sentido também é a lição de Gisela Maria Bester, segundo a qual, o princípio da proporcionalidade nasceu da idéia da razoabilidade.⁴⁵ Em resumo, o princípio da razoabilidade é mais amplo que o da proporcionalidade, porque aquele, além de englobar a noção deste, abarca vários outros elementos, como justiça, prudência, proteção e critérios racionais e coerentes (coerência lógica).⁴⁶

Costuma-se decompor o princípio da proporcionalidade em três elementos a serem observados no caso concreto: a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*.⁴⁷ Assim entendidos como: i) adequação: a medida adotada deve ser apropriada ao fim almejado; ii) necessidade: sem abusos e excessos; iii) proporcionalidade em sentido estrito: justa medida – meios e fins equacionados por um juízo de ponderação.⁴⁸

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7.ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 158-159.

⁴⁴ MELLO, op.cit., p. 111.

⁴⁵ BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**: Fundamentos teóricos – volume 1. São Paulo: Manole, 2005. p. 319.

⁴⁶ BESTER, 2005, p. 322.

⁴⁷ Gisela Maria Bester diferencia proporcionalidade em sentido amplo como sendo aquela a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem do poder (governantes e governados, administrantes e administrados), e em sentido estrito como a relação adequada entre os fins determinados e os meios para que tais fins sejam alcançados sem excessos. (BESTER, 2005, p.313.).

⁴⁸ MELLO, 2008, p. 111.

Para Odete Meduar:

O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins.⁴⁹

Fernando Martins declara que “a proporcionalidade propicia vislumbrar se os meios aplicados são adequados à realização do fim visado e se, de qualquer forma, não ultrapassam a medida do que é que necessário atingir – portanto, de viés altamente democrático, porque protetor dos direitos fundamentais”.⁵⁰ Aduz ainda que:

Numa dimensão mais específica que a do direito constitucional quanto à ponderação de princípios, no direito administrativo, a proporcionalidade cumprirá papel axiológico de balanceamento entre as vantagens e desvantagens advindas do exame da causalidade entre meio e fim. Por isso, as escolhas feitas pelo agente público serão pautadas levando-se em consideração esse notável postulado, dada a possibilidade de alcance no fim exigível pelos meios mais consentâneos à dignidade da pessoa humana (direitos fundamentais).⁵¹

A aplicação de sanções de modo proporcional é obrigação tocada ao órgão prolator da sentença, tanto porque é derivado da imposição constitucional de balanceamento axiológico entre os direitos fundamentais, (não só os relativos ao patrimônio público, mas também, e principalmente, os concernentes ao sujeito que compõe o pólo passivo da ação), quanto porque “traz à sanção a luz da efetividade, tornando-a passível de cumprimento, o que discrepa do ideário repressor de agravamento de pena”.⁵²

Em outros termos, é indispensável o adequado balanceamento entre o direito fundamental à probidade administrativa e os direitos à propriedade e políticos do requerido nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, naturalmente quando configurado o ilícito,

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 4.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 154.

⁵⁰ MARTINS, 2009, p. 215.

⁵¹ MARTINS, loc.cit.

⁵² MARTINS, 2009, p. 215.

balanceamento esse iluminado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

5.2. MEDIDAS OBRIGATÓRIAS

As sanções podem ser aplicadas isoladamente ou em bloco, segundo o artigo 12 da Lei 8.429/1992. Como o fato de se aplicar de modo isolado algumas sanções pressupõe o afastamento de outras, discorreremos acerca das medidas que são obrigatórias, ou seja, que não podem deixar de ser aplicadas.

Respeitado o princípio da legalidade, o magistrado deverá aplicar obrigatoriamente as sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (artigo 6º) e de ressarcimento integral do dano, quando houver (artigo 5º).

Nas hipóteses do artigo 9º, o magistrado não poderá deixar de aplicar a perda dos bens ou valores e, se esses bens ou valores tiverem sido obtidos em prejuízo do erário, igualmente será obrigatória a sanção de ressarcimento do dano. No caso do artigo 10, o magistrado deverá aplicar a sanção de ressarcimento integral do dano, quando caracterizado.⁵³

Segundo o magistério de Fazzio Júnior, as sanções referidas são mera reverberação de dois princípios gerais de responsabilidade civil, quais sejam: quem danifica deve reparar e a ninguém é dado locupletar-se às custas de outrem. Se é assim na esfera privada, de outro modo não poderia ser na Administração Pública. Portanto, se o agente público lesiona o patrimônio público, deve ressarcir-lo, se o agente se aproveita de patrimônio indevido, deve devolvê-lo.⁵⁴ Nesse sentido, a jurisprudência firmou que:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC – ACÓRDÃO RECORRIDO QUE NÃO APLICOU A OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º E 12, INCISO II, DA LEI 8.429/92.

1. *Omissis*.

2. A reparação do prejuízo causado aos cofres públicos não é medida sancionatória, mas simplesmente uma consequência civil decorrente do dano causado pelo agente ao patrimônio público.

⁵³ BERTONCINI, 2007, p. 252.

⁵⁴ FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 64.

3. Não há vinculação entre o ressarcimento do prejuízo causado e a extensão da gravidade da conduta ímproba, motivo pelo qual a obrigação de recompor o dano não pode ser afastada em razão dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso especial parcialmente provido.⁵⁵

Interessante observar que, a aplicação somente de tais medidas, no entanto, não se mostra razoável, pois isso se afigura em descompasso com a própria função da Lei 8.429/1992. Para tão pouco, tendo em vista o acima dito a respeito dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bastaria uma simples ação de responsabilidade civil, baseada no Código Civil. Ora, para se aplicar isoladamente tais medidas, “não haveria por que se demonstrar o cometimento dessa complexa figura denominada ato de improbidade administrativa, bastando, para isso, somente a comprovação do prejuízo e a culpa do agente público”.⁵⁶ E, além disso, como já abordado alhures, tais medidas são mera reparação da lesão produzida, diga-se restauração do *status quo ante*, não resgatando e restaurando o fundamental direito à probidade administrativa. Essa necessária cumulação impede que o magistrado aplique isoladamente o ressarcimento do dano ou a mera perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO. NATUREZA JURÍDICA DO RESSARCIMENTO E DA MULTA ENQUANTO SANÇÕES POR ATO ÍMPROBO. CONDENAÇÃO MISTA. NECESSIDADE DE ESTABELECECORRETAMENTE OS INSTITUTOS JURÍDICOS PARA FINS DE INCIDÊNCIA DAS PREVISÕES DO ART. 12 DA LEI N. 8.249/92.

...

25. Ocorre que, não custa relembrar aqui, além do ressarcimento, deve-se aplicar alguma sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/92, observando, por evidente, a proporcionalidade (Resp 1.019.555/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29.6.2009). Impossível, pois, à luz da jurisprudência desta Corte Superior, que o agente saia perdedor em ação civil pública por improbidade administrativa apenas com o dever de ressarcir os cofres públicos. Não e não. A cumulação com sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/92 é

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 977093, do Rio Grande do Sul. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul *versus* João Rosalino Brisotto. Relator: Min. Humberto Martins. Acórdão de 25/08/2009. DJe 25/08/2009.

⁵⁶ BERTONCINI, 2007, p.252-253.

mandatória, não só porque assim já definiu esta Corte Superior como também porque essa é a ratio da Lei de Improbidade Administrativa (senão, não haveria sanção, apenas ressarcimento...).

26. Daí que é viável manter a condenação pecuniária total imposta ao recorrente, mas nos seguintes termos: (i) ressarcimento integral do dano causado e (ii), eventualmente, se o dano for menor do que o montante de 5 vezes a remuneração do Prefeito, remanesce a condenação pelo saldo a título de multa civil.

27. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.⁵⁷

É cediço que nos socorremos da razoabilidade e da proporcionalidade, princípios que, diga-se, são ínsitos à jurisdição (acesso à Justiça e seus corolários), para de uma forma mais adequada se aplicar sanções. “Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da lei e verificar qual das penas é mais “adequada” em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal”.⁵⁸

Como elementos tradicionais para aplicação das sanções, temos a gravidade da infração, a boa-fé do infrator (entendido aqui como o elemento subjetivo), a vantagem auferida (ou pretendida) e o grau de lesão ao erário. Podemos sintetizar tais elementos em: dano causado (amplamente entendido) e conduta do agente (com todos os aspectos subjetivos inerentes a ela).

É evidente, como já exposto, que o magistrado deverá penetrar na análise da conduta ilícita do agente ímprobo, para verificar em que medida foram infringidas as prescrições legais. E dessa minuciosa análise emergirá o elemento subjetivo da conduta.

5.3 ELEMENTO SUBJETIVO

Sabe-se que a responsabilidade objetiva somente é admissível se expressamente prevista. Até mesmo a norma do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano.⁵⁹ Assim, “a responsabilidade será sem-

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 622234, de São Paulo. José Ferreira Liberato Cabloco *versus* Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Acórdão de 15/10/2009. DJe 15/10/2009.

⁵⁸ FIGUEIREDO, 2009, p.136.

⁵⁹ DI PIETRO, 2008, p. 784.

pre subjetiva, dependendo da existência do dolo ou da culpa na ação do agente público”.⁶⁰

Mostra-se inicialmente inconcebível que uma pessoa enriqueça ilicitamente, que cause prejuízo ao erário, que viole princípios administrativos ou que transgrida os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e deslealdade às instituições públicas, por ação meramente culposa (negligência, imprudência ou imperícia). Portanto, há de se concluir que o elemento subjetivo predominante da improbidade administrativa é o dolo.⁶¹

Mister trazer mais uma vez à colação a lição de Di Pietro:

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. [...] por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem conseqüências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.⁶²

Cumprе assinalar parecer impossível que haja enriquecimento ilícito⁶³ culposo do agente, quer dizer, por imperícia, imprudência ou negligência. “O dolo integra a própria noção de enriquecimento. Sua eventual desídia pode habilitar o desfrute indevido de vantagem por terceiro, o que é matéria do art. 10 da Lei nº 8.429/92”.⁶⁴ Portanto, as condutas ensejadoras de enriquecimento ilícito “são todas dolosas; nenhuma das condutas admite modalidade culposa. Todas as condutas aptas a gerar enriquecimento ilícito pressupõe a consciência da antijuridicidade do resultado pretendido”.⁶⁵

⁶⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 84.

⁶¹ SCARTEZZINI, 2010, p. 54.

⁶² DI PIETRO, 2008, p. 783.

⁶³ “A própria conduta já exala dolo”. (FAZZIO JÚNIOR, 2001, p.72.).

⁶⁴ FAZZIO JÚNIOR, **Direito Administrativo**: Fundamentos Jurídicos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 201.

⁶⁵ SMANIO, 1998, p. 84.

Para a caracterização de improbidade administrativa por lesão ao erário, não interessa se o agente agiu com dolo ou culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia), ou seja, não importa se o agente quer praticar a conduta, mas não deseja o resultado lesivo (que acaba concretizando-se) ou se quer e/ou admite o dano decorrente de sua atuação. A distinção aproveita somente para o fim de aplicação razoável e proporcional das sanções.⁶⁶

Frise-se nesse ponto que, embora para concretização da improbidade lesiva ao erário seja indiferente a distinção entre os dois elementos subjetivos, não se pode dizer que eles são a mesma coisa. Não há dúvidas de que o dolo revela maior gravidade, afinal é o querer ação e resultado, ou, ao menos, admitir tal resultado lesivo. A culpa *stricto sensu* é reveladora de descaso com a coisa pública, violação do dever de boa administração. Ao colocar esses dois elementos no mesmo patamar, o legislador deixa claro que ambas são relevantes, mas isso não significa que ambas receberão o mesmo tratamento sancionatório.⁶⁷ “A individualização da penalidade é obrigação constitucional. Nivelar condutas emanadas de ânimo diverso seria contrariar a proporcionalidade que integra a isonomia”.⁶⁸ Interessante observar que, por conta da razoabilidade e da proporcionalidade, até mesmo dentro do terreno da própria culpa em sentido estrito, os diversos graus devem corresponder à diversidade quantitativa e qualitativa de sanções.

As práticas enumeradas nos incisos do artigo 11 são presumidamente dolosas - pressupõem a consciência da conduta e o ânimo de realizar o resultado proibido. Todas as condutas do inciso denotam má-fé, e má-fé expressa dolo.⁶⁹

Nem toda prática dolosa de ato de improbidade, todavia, poderá resultar em condenação (tudo com fulcro nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade). Expliquemos.

Nos casos em que a extensão do dano é de pouca monta e/ou nenhum proveito econômico do agente se configurou, deve-se cuidar para que a aplicação das sanções não acabe por beirar a injustiça, transformando a proteção da proibidade administrativa em perigoso instrumento para que o mal da sanção seja maior que o mal da improbidade.

⁶⁶ FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 115.

⁶⁷ FAZZIO JÚNIOR, loc.cit.

⁶⁸ FAZZIO JÚNIOR, loc.cit.

⁶⁹ Ibid., p.179.

O ilícito de bagatela, a insignificância, que não foram consideradas na regulamentação legal, devem ser levadas em conta na análise do caso concreto.⁷⁰ Afinal, “os mecanismos sancionatórios inscritos na Lei nº 8.429/92 [...] exigem aplicação cercada das devidas cautelas para não transpor os limites finalísticos traçados pelo próprio princípio (da probidade administrativa)”.⁷¹

Por fim, interessante lembrar que, por conta de comando constitucional (artigo 93, IX, CF), a decisão judicial deve ser sempre fundamentada e individualizada. Assim, não basta o simples reconhecimento de tal conduta como ímproba, o magistrado deve demonstrar o porquê da aplicação das sanções, sopesando todos os elementos razoável e proporcionalmente considerados para a correta individualização da pena.

6. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, percebe-se que ao dosar a pena, o magistrado deverá analisar *amplamente* o ato praticado pelo agente ímprobo, para escolher dentre as sanções legais (nos limites e na extensão da lei), de modo razoável e proporcional, as aplicáveis ao caso concreto. Cabe ao magistrado aplicar as medidas não somente levando em conta a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente, mas também outros fatores inerentes e inafastáveis à aplicação da lei. Ao Judiciário cabe verificar em que intensidade os agentes públicos ou terceiros infringiram as prescrições legais.

Aplicar de forma razoável e proporcional as punições da Lei 8.429/1992 não é tarefa simples. Com efeito, não há como individualizar com justiça a sanção se não se conferir relativa discricionariedade ao Judiciário para a escolha das sanções adequadas dentre as previstas em lei. Se não for assim, o risco do excesso seria inevitável.

Há relevante vinculação entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Mas tais princípios não se confundem – a proporcionalidade seria uma das faces da razoabilidade. Podemos sintetizar do seguinte modo: a razoabilidade é o dever de harmonia da norma geral para o caso concreto, é equidade, equivalência; enquanto a

⁷⁰ FAZZIO JÚNIOR, 2007, p.211.

⁷¹ FREITAS, Juarez. O Princípio Jurídico da Moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**: Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 142.

proporcionalidade é relação de causalidade entre meio e fim, de tal forma que um meio é proporcional se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como diretrizes interpretativas, em verdade, servem para fortalecer o legislador, afinal, tendo em vista que vivemos em uma sociedade complexa e em constante transformação, tarefa impraticável seria a de “catalogar” todas as possíveis situações concretas e suas respectivas (e proporcionais) soluções.

A legalidade deve ser observada. Afinal, não há possibilidade de se aplicar sanções diferentes ou além daquelas previstas na Lei 8.429/1992. Assim, ao aplicar as sanções, há que se observar a legalidade e somente depois, de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade, poder-se-á adequar as medidas punitivas.

Ainda na perspectiva da legalidade, os mínimos e máximos legais previstos para as sanções de suspensão dos direitos políticos e multa civil devem ser obedecidos criteriosamente pelo juiz, não podendo a autoridade judicial fixá-las aquém ou além desses limites. As proibições de contratar ou de receber benefícios ou incentivos fiscais, por sua vez, devem ser estabelecidas por prazo certo, conforme definido nos incisos do referido dispositivo.

Se de um lado a tese da obrigatória aplicação em bloco das sanções do artigo 12 da Lei 8.429/1992 deve ser rejeitada, de outra parte não se deve esquecer a impossibilidade de se fixar como sanção somente o ressarcimento do dano ou, nos casos de enriquecimento ilícito, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio. Se não é razoável a automática aplicação de todas as sanções – o que não afasta a aplicação em bloco para os casos mais graves –, de outra parte a aplicação isolada do ressarcimento ou da perda de bens também não está autorizada, posto que essas medidas, a rigor não possuem a natureza de sanção. Portanto, é necessária a acumulação das mencionadas medidas de natureza ressarcitória com, no mínimo, alguma das sanções da Lei 8.429/1992, consoante o acertado entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Não se deve esquecer a comunicação das instâncias civil, penal, disciplinar e política com a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Se o ressarcimento foi aplicado na esfera civil, é evidente que não o será novamente na sentença que julgar procedente a ação de improbidade administrativa. Se houve decretação anterior de perda do cargo na esfera administrativa (processo disciplinar) ou política

(*impeachment*), à toda evidência que a sanção não poderá ser aplicada novamente na instância judicial no julgamento da ação de improbidade administrativa.

Inquestionável que a Lei de Improbidade visa a proteção do interesse público. Em outros termos, visa a proteção do direito fundamental à probidade administrativa. Todavia, não se pode deixar de compatibilizar direitos e interesses do particular, decidindo o juiz em que medida tais direitos serão afetados. Evidente, portanto, que cabe ao magistrado aquilatar os pesos e as medidas necessárias para compatibilizar valores e interesses públicos e privados – pois, em que pese haja supremacia do público sobre o particular, ambos são resguardados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Sabe-se que as condutas previstas na Lei 8.429/1992 são detentoras de gravidade extremamente reprovável. Mas não se pode cometer excessos na aplicação do referido diploma legal. Isso não significa concluir-se com a cultura da improbidade administrativa, mas sim punir o ímprobo na medida de sua conduta, de sua culpa, com sanções que correspondam proporcional e eficazmente à sua ação. Ora, não há dúvidas que o injusto rigor (carga coativa excessiva) não é o horizonte de nenhuma legislação fundamentada no Estado Democrático de Direito.

Com todos esses cuidados, tem-se como muito provável a adequada aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa, protegendo-se concomitantemente o direito fundamental à probidade administrativa e os direitos fundamentais de índole individual do sentenciado.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 7.ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de Improbidade Administrativa**: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Direito Fundamental à Probidade Administrativa**. In: Alexandre Albagli Oliveira, Cristiano Chaves, Luciano Ghignone (Coord.). Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010, p. 03-16.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**: Fundamentos teóricos – volume 1. São Paulo: Manole, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2010.

BRASIL, Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 25 fev. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp 960926, de Minas Gerais. Ministério Público Federal versus Manoel Ferreira Brandão. Relator: Min. Castro Meira. Acórdão de 01 de abril de 2008. DJe 01.04.2008. <www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200700667942&pv=010000000000&tp=51>. Acesso em: 06 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 977093, do Rio Grande do Sul. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul versus João Rosalino Brisotto. Relator: Min. Humberto Martins. Acórdão de 25/08/2009. DJe 25/08/2009. <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701950170&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em 06 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 622234, de São Paulo. José Ferreira Liberato Cabloco versus Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Acórdão de 15/10/2009. DJe 15/10/2009. <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400120110&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em 06 dez. 2010.

CARDOSO, André Guskow. **A Lei 12.120 e as alterações produzidas no regime da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº. 34, dez./2009.

Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 15 jan. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos**: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Administrativo**: Fundamentos Jurídicos. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa – Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FILHO, Castro. Alguns aspectos relevantes da Improbidade Administrativa. *In*: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). **Temas de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FREITAS, Juarez. O Princípio Jurídico da Moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**: Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3.ed.rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 4.ed.,rev.,atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. Improbidade Administrativa e a Indisponibilidade de bens do agente público. *In*: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda (coord.). **Temas de Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Atlas, 1998.