

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2010, de autoria do Senador João Faustino, que “*altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para prever a hipótese de punição do agente público por adotar ato ou procedimento administrativo arbitrário, com evidente má-fé*”.

SF/14308.89865-57

RELATOR: Senador FLEXA RIBEIRO

I - RELATÓRIO

Vem a exame desta Comissão, em decisão terminativa, o Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2010, de autoria do Senador João Faustino, que “*altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, para prever a hipótese de punição do agente público por adotar ato ou procedimento administrativo arbitrário, com evidente má-fé*”.

O projeto prevê a inserção de um inciso no art. 11 da Lei citada, adicionando a conduta descrita como nova hipótese de improbidade administrativa.

Na justificação é assentado que o objetivo da proposição é “*preencher uma lacuna da Lei de Improbidade Administrativa*”.

Não foram apresentadas emendas à proposição.

II – ANÁLISE

No âmbito temático que incumbe a esta Comissão, como definido regimentalmente, cabe anotar, liminarmente, quanto à iniciativa parlamentar da proposição, que, a nosso juízo, **não ocorre** qualquer inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, por conta da inexistência,

na ordem constitucional em vigor, de reserva de provocação do processo legislativo ordinário em favor do Presidente da República para a matéria.

Passa-se ao exame das questões constitucionais.

Não detectamos qualquer vício de inconstitucionalidade formal orgânica, à vista da competência legislativa da União para a espécie, dada a reconhecida condição de lei nacional atribuída à Lei da Improbidade Administrativa, à vista dos termos de seu art. 1º, *caput, litteris*:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Não se registra, igualmente, inconstitucionalidade formal por descumprimento dos pressupostos objetivos previstos na Constituição Federal, dado que a Carta Magna não endereça, à espécie, qualquer pressuposto formal.

Finalmente, não se registra inconstitucionalidade formal propriamente dita quanto aos pressupostos formais subjetivos do processo legislativo, especificamente relativos à legitimidade constitucional para o provocar.

Quanto ao mérito jurídico, contudo, a proposição não tem a mesma sorte.

De plano, deve ser afastada a alegação do autor da proposição de que o Projeto de Lei em exame busca “*preencher lacuna*” da Lei nº 8.429/1992.

Referida Lei, no *caput* do art. 11 (que se pretende alterar por aditamento) preleciona que;

SF/14308.89865-57



Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública **qualquer ação ou omissão** que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (grifamos)

.....

Vê-se, sem dificuldade, que a locução normativa desse dispositivo é claramente indicativa, *numerus apertus*, à vista da construção que qualifica como improbidade por lesão a princípios da administração pública “*qualquer ação ou omissão...e notadamente...*”.

Nessa linha, as hipóteses elencadas ao longo dos sete incisos do art. 11 não limitam a tipificação, visto que apenas se destinam a destacar as principais condutas puníveis civil e administrativamente por essa prescrição.

Assim sendo, não há lacunas a suprir, o que, *de per si*, já afastaria a necessidade de atividade legislativa para o caso.

Avançando no exame do mérito da proposição, devemos retornar à descrição da conduta que se quer punir. Assim, o PLS faz constar como situação tipificadora da improbidade administrativa por lesão aos princípios norteadores da Administração Pública:

Art.11.....

.....

VIII - “adotar ato ou procedimento administrativo arbitrário, com evidente má-fé, que implique dano moral ou material para o interessado”.

Da redação hoje vigente do dispositivo que se pretende aditar colhe-se:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

SF/14308.89865-57



- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Percebe-se no texto legal a preocupação na clara identificação da conduta punível. Para os fins desta análise, destaca-se a primeira delas: “*praticar ato...*”. Nessa hipótese, o agente punível é o que concretizou o ato combatido, que o realizou efetivamente, de forma comissiva.

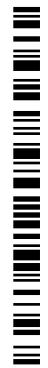
Essa precisão desaparece na proposição em exame.

Quando o PLS pretende apena o agente que “*adotar ato ou procedimento*”, utiliza linguagem que se transforma, em si mesma, numa primeira e grave dificuldade interpretativa. “*Adotar*” um ato ou procedimento não é sinônimo para “*praticar ato*”. A rigor técnico, inclusive, o agente público não “*adota*” um ato, mas o pratica, ou não, em sendo detentor de competência para tanto. O que pode ocorrer, por exemplo, é a adoção de razões de parecer técnico, de memorial, de análise descritiva ou opinativa de fundo técnico, para a prática efetiva de ato administrativo, mas não é essa a hipótese em exame, e não poderia ser.

Prosseguindo no exame, tem-se a partícula qualificadora “*arbitrário*”. Ora, ato administrativo ou procedimento arbitrário é o não autorizado em lei ou vedado por lei. Nesse caso, ocorre **ilegalidade**, a contaminar a própria validade do ato ou procedimento questionado. Como a situação é de nítida ilegalidade, é completamente desnecessária a qualificadora, já que a obediência devida ao princípio da legalidade administrativa já vem comandada do *caput* do art. 11, como transcrito acima.

Os termos do PLS em análise também veiculam uma qualificadora do elemento subjetivo da conduta, qual seja a “*evidente má fé*” do agente público, a qualificar, por óbvio, o dolo de conduta.

Novamente aqui é completamente desnecessária a qualificadora do dolo. A jurisprudência e a doutrina são uníssonas em identificar, nas hipóteses do art. 11, a necessária intercorrência do dolo, pelo menos eventual, para a tipificação.



SF/14308.89865-57

O Superior Tribunal de Justiça deixou julgado que:

3. O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa reflete-se na simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuênciam aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. Precedentes. (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.214.254) (grifamos).

Na mesma Corte tem-se o julgado nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 21.662, no qual se lê:

Não se tolera, porém, que a conduta culposa dê ensejo à responsabilização do servidor por improbidade administrativa; a negligência, a imprudência ou a imperícia, embora possam ser consideradas condutas irregulares e, portanto, passíveis de sanção, não são suficientes para ensejar a punição por improbidade; ademais, causa lesão à razoabilidade jurídica o sancionar-se com a mesma e idêntica reprimenda demissória a conduta ímpresa dolosa e a culposa (art. 10 da Lei 8.429/92), como se fossem igualmente reprováveis, eis que objetivamente não o são.

O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública **coadjuvada pela má-intenção do administrador,** caracterizando **a conduta dolosa;** a aplicação das severas sanções previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa)."(grifamos).

Finalmente, e ainda no Superior Tribunal de Justiça:

1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como inciso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011 REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp

875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010.(Recurso Especial nº 1192056). (grifamos).

Especificamente quanto ao conteúdo do art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa, o mesmo Superior Tribunal de Justiça julgou que:

1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímporas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa. (grifamos)

6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímparo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.

Por todo o exposto, tem-se como criticável a utilização da qualificadora “*evidente má fé*”, construção que iria levar a indesejáveis e censuráveis reviravoltas interpretativas, uma vez que, repita-se, o dolo é elemento inafastável para a punição do agente público pela prática de ato contrário aos princípios da Administração Pública, como garantido pelo art. 11.

Por fim, e para o que interessa a esse exame, ocupamo-nos da cláusula “*que implique dano moral ou material para o interessado*”,

SF/14308.89865-57

integrante da redação pretendida ao novo inciso VIII do art.11. E novamente devemos nos posicionar contra a prescrição.

Os fins buscados pela Lei de Improbidade Administrativa não são a defesa do particular contra a Administração Pública, mas a proteção do próprio aparelho administrativo contra desmandos, excessos e atos de corrupção em geral. Por conta disso, temos para nós que é absolutamente desnecessária a comprovação da ocorrência de dano, quer moral, quer material, para a qualificação como improbidade administrativa da conduta descrita. Demais disso, a se adotar essa redação, estar-se-á construindo **duas espécies** de atos e procedimentos arbitrários de agentes públicos: os que causam dano ao particular, **puníveis**; e os que não causam danos a particular – embora já estejam lesando a Administração Pública, por serem “*arbitrários*” – e que **não seriam puníveis**.

Além disso, é de ser combatido o uso da expressão “*interessado*”, de nenhuma densidade conceitual para fins pretendidos. A expressão poderia tanto remeter à pessoa natural ou jurídica diretamente afetada pelo ato ou procedimento arbitrário, por ter peticionado à Administração Pública, ou toda e qualquer pessoa no território nacional, à vista da condição de direito difuso da expectativa de regular funcionamento administrativo do Poder Público.

III – VOTO

Por todo o exposto, somos pela **rejeição** do Projeto de Lei do Senado nº 253, de 2010.

Sala da Comissão,

, Presidente

, Relator

