

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DOS AGENTES PÚBLICOS. HÁ DEVER DE SANCIONAR?

Flávio de Araújo Willeman*

Sumário: 1. Introdução; 2. Conduta Irregular x Conduta Ilícita; 3. O Devido Processo Legal. Sanção x Medida Cautelar em Processo Sancionatório; 4. Sanção Administrativa. Obrigatoriedade? Possibilidade de Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta; 5. Conclusão.

1. Introdução

O controle da administração pública traz ínsita a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pela prática de seus ilícitos. Esta ideia fica evidente nas hipóteses de controle de legalidade, por meio do qual se constata que uma conduta está em desacordo com o ordenamento jurídico face à prática de ato que viola regra ou princípio.

A conduta antijurídica de um agente público pode desencadear sua responsabilização criminal, civil e administrativa. As instâncias são independentes, como regra. No entanto, o ato administrativo ilegal, considerado crime pelo Poder Judiciário, vinculará a esfera de decisão administrativa, desde que ambas as instâncias (administrativa e criminal) estejam analisando a mesma pessoa e os mesmos fatos.

Neste ensaio, buscar-se-á, de forma breve, analisar alguns contornos administrativos de uma conduta antijurídica, mais especificamente: (i) quais as consequências na vida funcional de um agente público quando ele pratica um ato contrário à lei e aos princípios? (ii) quais os pressupostos para que um agente público venha a ser sancionado? e (iii) se aplicação da sanção é um dever da Administração Pública?

2. Conduta Irregular x Conduta Ilícita

Nos dias atuais, a sociedade, cansada de tantos escândalos envolvendo a malversação de dinheiro público, se alegra ao tomar conhecimento de punições, ainda que leves, de agentes públicos que cometeram deslizes em suas vidas funcionais. É

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Juiz-Membro Efetivo do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro (TRE-RJ) – biênio 2014/2016. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Candido Mendes. Professor dos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas, da Escola Superior de Advocacia Pública do Estado do Rio de Janeiro - ESAP e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Autor dos livros: “Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras” e “Tópicos de Direito Administrativo”.

um sentimento nacional que ecoa pelas corregedorias e pelos mais variados veículos de imprensa escrita e falada.

Esta “onda” punitiva, durante muito tempo adormecida em rincões administrativos corporativistas, vem à tona para atender aos reclamos do princípio da moralidade que, aplicado com rigor demagógico e desnecessário, chega mesmo a recomendar (*rectius*: determinar) que agentes públicos recusem convites para comparecer a camarotes de empresas privadas na Marquês de Sapucaí, conhecida avenida de desfile das escolas de samba do Rio de Janeiro¹.

De fato, não se pode permitir, sob o manto do compadrio, que agentes públicos, remunerados para trabalharem em prol da sociedade, deixem de ser investigados e, se necessário, punidos, se praticarem condutas ilícitas.

Mas o que vem a ser conduta ilícita para que um agente público mereça ser punido?

Como de conhecimento convencional, conduta ilícita é aquela praticada em contrariedade a um preceito contido no ordenamento jurídico; isto é, nas Constituições (Federal e estaduais), em uma lei ou em um princípio.

Aqui a primeira observação relevante a se fazer. Não é possível punir um servidor por condutas meramente irregulares; não é possível, por exemplo, punir um servidor que, por desorganização, olvida-se, sem má-fé, após a prática do ato, de encaminhar o expediente ao arquivo.

Com efeito, não parece possível imaginar a punição de um servidor público porque ele, por falta de educação ou de cordialidade, não cumprimenta as pessoas ao entrar em elevadores de prédios públicos. Poder-se-ia, neste caso, imaginar-se a possibilidade de punição por violação do princípio da urbanidade, previsto em muitos estatutos funcionais das mais diversas administrações públicas brasileiras. Exagero que demonstra bem a diferença entre ilegalidade e irregularidade.

Deste modo, ilegalidade não é sinônimo de irregularidade e, por conta disso, merecem conclusões distintas quanto aos agentes que as praticam. A ilegalidade tem por pressuposto a conduta ilícita de um agente público, eivada de culpa ou de dolo. Se a conduta dolosa (este requisito é essencial) estiver tipificada como improbidade administrativa nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei Federal nº 8.429/92², ter-se-á, na hipótese, a agravante que permitirá a aplicação de sanções que sobressaem à esfera meramente administrativa do agente público, como, por exemplo, a suspensão de direitos políticos e a impossibilidade de contratação com o Poder Público.

¹ “A Comissão de Ética Pública do Estado do Rio de Janeiro recomendou a todas as autoridades e servidores estaduais que não aceitem convites para camarotes de empresas privadas neste Carnaval, diante de casos de abusos registrados em anos anteriores.” Notícia extraída do endereço eletrônico <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1216463-comissao-de-etica-do-rio-barra-servidores-em-camarotes-no-carnaval.shtml>. Consultado em 10-03-2013.

² A Lei Federal nº 8.429/92 regulamentou o artigo 37, § 4º da CRFB/88 e cuida das condutas dos agentes públicos tipificadas como atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito (artigo 9º), que causem danos ao erário (art. 10) e que violem princípios da Administração Pública (art. 11). No artigo 12, a Lei Federal nº 8.429/92 estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos em razão da prática de atos ímprobos.

De outro lado, a irregularidade importa no descumprimento de uma norma ou de um princípio, sem que o agente o tenha querido fazê-lo, ainda que culposamente, ou que a conduta, por costume administrativo, já esteja impregnada no seio da repartição pública a que pertence. Não se exige que o agente público esteja de boa-fé; basta que ele não atue de má-fé.

Apesar de não ser possível punir um servidor pela prática de uma conduta meramente irregular, dúvidas não devem subsistir de que a irregularidade continuada, depois de advertida pela chefia imediata, constitui ilegalidade passível de punição.

3. O Devido Processo Legal. Sanção x Medida Cautelar em Processo Sancionatório

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos LIV e LV, estabeleceu como direito fundamental de todo o cidadão o respeito ao devido processo legal. Com base neste postulado, nenhum agente público poderá ser punido sem que lhe seja, de forma prévia, garantido o contraditório e a ampla defesa.

Entende-se por contraditório o direito de conhecer e de contradizer todos os argumentos e provas imputados aos agentes públicos por quem o acusa e que lhes são desfavoráveis no início do procedimento.

Ampla defesa importa na possibilidade de o agente público produzir todas as provas possíveis, no processo administrativo sancionatório, para provar sua inocência. Traduz a possibilidade de o agente público, querendo, estar presente em todos os atos do processo sancionatório e de se fazer, se assim quiser, representado por advogado. Não permite que o agente público seja julgado por “juízes administrativos” parciais e que as penas sejam aplicadas por autoridades que não tenham competência para tanto.

O Supremo Tribunal Federal, ao editar a Sumula Vinculante nº 05, “legislou” que a falta de defesa técnica por advogado em processo administrativo disciplinar não ofende o devido processo legal; isto é, não viola o direito fundamental à ampla defesa.

Afora a crença de que os Ministros do STF não devem imaginar, a fundo, como funciona a prática dos processos disciplinares que tramitam nas “administrações públicas brasileiras” e, por isso, o cipoal de ilegalidades que são cometidas contra agentes públicos à luz da arbitrariedade que permite que sejam estes agentes induzidos a serem defendidos por eles próprios ou por “defensores” dativos nomeados pela própria Administração, tenho sustentado que a Súmula Vinculante nº 05 não se aplica na hipótese de existir, concretamente, em Estados e em Municípios, leis que exijam a defesa do agente público por profissional habilitado (advogado) para fazê-la. Neste caso, a legislação local ou regional, face à autonomia dos entes públicos e do pacto federativo, deve ser compreendida como regulamentadora do artigo 5º, incisos LIV e LV, da CRFB/88, sendo o processo administrativo que desrespeitar o devido processo legal nulo.

Por fim, para encerrar este tópico, necessário esclarecer que sanção administrativa não se confunde com medida administrativa cautelar.

As sanções administrativas representam punição ao agente público e só podem ser aplicadas após o devido processo legal; isto é, após garantir ao agente público o constitucional direito ao contraditório e à ampla defesa.

As medidas administrativas cautelares podem ser determinadas pela autoridade superior ao agente público cuja conduta será investigada para garantir a integridade física de alguém e/ou administrativa, bem assim o procedimento investigativo. Exemplo das medidas administrativas cautelares é o afastamento liminar temporário, com vencimentos (*sob pena de privar o agente público de sua subsistência e de sua família*), de agentes públicos, desde que expressamente previsto em lei.

Estas medidas cautelares, conquanto pareçam sanções liminares, não o são. Representam, por evidente, repercussão na vida dos agentes públicos, mas a conclusão, ainda, não é revertida das consequências sancionatórias e, por isso, não importa em “mancha negra” nos cadastros funcionais dos agentes.

4. Sanção Administrativa. Obrigatoriedade? Possibilidade de Celebração de Termo de Ajustamento de Conduta.

As legislações elencam as diversas sanções administrativas possíveis, dentre as quais se destacam a *advertência* (verbal ou escrita) para faltas leves; a *censura* (geralmente para os casos de reincidência de atos puníveis com advertências); as *suspensões administrativas*, por meio das quais se afasta o agente público de suas atividades, sem vencimentos, por um período; as *multas* (pena financeira); e a *demissão*, ato drástico que faz com que seja rompido o vínculo do agente com o Poder Público.

As sanções administrativas devem ser aplicadas pelo agente público competente, observada a gravidade da conduta, os antecedentes do agente público, o esforço para minorar as consequências de seus atos, sua intenção e, sobretudo, a existência de dano à Administração.

Aqui um ponto importante. A existência de danos ao Erário ou à Administração possui relevante função para a fixação da pena ao agente público.

A ausência de danos ao erário ou à Administração Pública não quer dizer que o agente não será sancionado. De outra feita, a presença de danos não importa, sumariamente, em sanção e, muito menos, na aplicação da pena capital de demissão. Necessário ponderar os fatos para que, no caso concreto, se conclua pela punibilidade e/ou pela escolha da sanção. Sempre de forma fundamentada e escrita.

O fato é que, a ausência de danos materiais e financeiros recomendam, na maioria dos casos, se presente a boa-fé do agente público ou, simplesmente, a ausência de sua má-fé (requisito diverso da presença da boa-fé!), a não aplicação de sanções ou a aplicação de sanções mais brandas.

Não se deve olvidar, todavia, que dano ao erário se diferencia de dano à Administração Pública. O dano ao erário importa em perda patrimonial decorrente da conduta do agente público. O dano à Administração Pública é mais amplo; alcança algo que não é possível mensurar financeiramente; significa a perda imaterial de valores

prezados pela Administração Pública. Por isso, desafiam a aplicação de sanções, desde que devidamente comprovado o fato e o abalo à moral ou ao nome da Administração. A este propósito, confira-se a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE - LICITAÇÃO - IRREGULARIDADE - CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO SEM OBSERVÂNCIA DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS PERTINENTES - LEI 8.429/92 - IMPOSIÇÃO DE PENA.

1. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais.

2. Não havendo diferença no procedimento dos réus partícipes dos atos de improbidade, desnecessária a individualização das sanções.

3. Constatação de que as irregularidades foram cometidas para anular a concorrência e levar a uma modalidade inadequada de licitação.

Configuração objetiva do ato de improbidade, independentemente de dolo ou culpa.

4. Correta a imputação da pena de perda de direitos políticos, a teor do art. 12, III da Lei 8.429/92.

5. Recursos especiais improvidos”. (Processo REsp 287728 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2000/0118835-6, Relatora: Ministra ELIANA CALMON (1114), T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento: 02/09/2004, Data da Publicação / Fonte: DJ 29.11.2004 p. 272 / REPDJ 17.12.2004 p. 473).

Nada obstante, a sanção administrativa não deve ser compreendida como um fim em si mesmo. Tem por finalidade assegurar o interesse público, notadamente pela imposição de perda funcional a quem atua contra ele.

Por isso, não há de se falar em um dever vinculado do Poder Público que o obrigue a sancionar um agente sempre que detectar a prática de um ato ilegal, sem, contudo, sopesar, *mediante ponderação de interesses devidamente motivada*³, os benefícios que, ao final do processo sancionatório, poderá ser trazido efetivamente à Administração Pública (ao serviço) e, assim, à sociedade.

³ É controvertida na doutrina a possibilidade de ponderação de valores entre princípios e regras jurídicas, com prevalência dos princípios. Tem se admitido tal interpretação jurídica de forma excepcional, quando um princípio constitucional colidir com regra infraconstitucional que, no caso concreto, se apresente para tutelar interesse jurídico de menor densidade para garantir direitos fundamentais. Confira-se, a propósito, a doutrina de Thomas Bustamante: “Como veremos a seguir, as regras não podem entrar em colisão com outras regras, já que os conflitos entre essas espécies de normas são solucionados ou com fundamento nos critérios clássicos da hierarquia, da especialidade e da norma mais recente, ou por meio da introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras. Essa circunstância não

A sanção administrativa, neste contexto, não deve ser aplicada para meras irregularidades cometidas por agentes públicos; deve ser a consequência de condutas ilícitas praticadas com culpa (falta de cuidado que acarreta imprudência, imperícia ou negligência) ou com dolo (vontade intencional de praticar o ilícito, ainda que por omissão).

Ainda assim, a sanção administrativa não é uma imposição à autoridade que toma conhecimento do ilícito funcional. A obrigatoriedade é de apurar os fatos e, ao final do processo sancionatório, aplicar a medida que melhor atender ao interesse público primário (da sociedade)⁴.

Consequência desta conclusão é a possibilidade excepcional de a Administração Pública, mesmo diante de ilegalidades, deixar de aplicar sanção administrativa para exigir do agente público mudança de comportamento. Isto será possível de forma excepcional quando se verificar que a sanção, nada obstante incidir sobre a pessoa do agente público, imporá maior prejuízo ou danos ao interesse da sociedade. Exemplo seria a aplicação da pena de suspensão temporária das funções a agente público de área carente de recursos humanos. Suspender o agente público faltoso é apenar a própria sociedade, nesta hipótese.

A solução possível (não exigível ou necessária) para o caso acima é celebrar um *Termo de Ajuste de Conduta* (TAC) com o agente público para apená-lo com sanção mais branda (advertência ou censura, por exemplo) ou mesmo para não apená-lo, se comprometendo o agente a cessar a conduta irregular, sob pena de aplicação de pena de maior intensidade em novo processo sancionatório.

Note-se, assim, que a celebração do TAC para conversão de penalidade administrativa não constitui perdão ou mesmo absolvição do agente faltoso; também não se revela como renúncia à competência de punir, na medida em que a sanção será abrandada ou “suspensa” para momento posterior, com maior gravidade (pena superior à que seria aplicada no processo disciplinar anterior), caso seja o agente público reincidente.

Por fim, resta saber se há necessidade de expressa previsão legal, isto é, de consentimento do Poder Legislativo, para que uma sanção administrativa seja

exclui, porém, a possibilidade de uma regra jurídica entrar em colisão com um princípio. Quando isso acontece é que se pode admitir, eventualmente, a superação de uma regra jurídica.” Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. In Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 37, p 152/180, jul/dez 2010

⁴ A respeito da distinção entre o interesse público primário e o interesse público secundário, confira-se a lição de Renato Alessi: “*Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l’amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l’interesse dell’amministrazione intesa come aparato organizzativo, sibbene quello che è chiamato l’interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l’interesse dell’apparato, se può esse concepito un interesse dell’apparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interesse secondari che si fanno sentire in seno allá collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, com l’interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica amministrazione sta appunto in ciò, che la sua funzione consiste nella realizzazione dell’interesse collettivo, pubblico, primario.*” In: *Principi di Diritto amministrativo*. Milano: A. Giuffrè, 1966, pp. 200-201.

abrandada ou deixe de ser aplicada por intermédio da celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta. Entendo que a resposta é negativa.

É de conhecimento convencional que as hipóteses de controle da Administração Pública pelo Poder Legislativo têm de estar expressamente previstas na Constituição da República, sob pena de “interferência” indevida de um Poder sobre ou outro, fato que viola princípio da separação de poderes.

Após cotejar todas as regras atinentes à Administração Pública (artigo 37 e seguintes) e das competências do Poder Legislativo (artigo 49 e seguintes), previstas na Constituição da República de 1988, não se vislumbra a exigência formal de autorização legislativa para que, como conclusão de um processo administrativo disciplinar, se permita a celebração de um Termo de Ajuste de Conduta para, no caso concreto, abrandar a sanção de um servidor público, ou mesmo para deixar de sancioná-lo, frente às circunstâncias do caso concreto que recomendem atenção ao interesse público primário. Entender de forma diferente é prestigiar o princípio da estrita legalidade em detrimento do interesse público, o que não se afigura consentâneo com os ideários constitucionais.

5. Conclusão

Sem a pretensão de ter esgotado os temas tratados neste breve ensaio e, muito menos de tê-los abordado de forma definitiva, alinhado, abaixo, de forma objetiva, as conclusões:

- a) Não há uma obrigação constitucional ou legal de sancionar agentes públicos que cometem ilícitos administrativos. A Administração Pública deve, como regra, pender pela responsabilização, tendo por parâmetro a conduta do agente, as circunstâncias agravantes e atenuantes e, sobretudo, a existência de danos ao erário e/ou à Administração.
- b) A Administração Pública pode, excepcionalmente, deixar de sancionar ou aplicar sanção mais branda do que a que deveria ser aplicada, caso a medida seja prejudicial ao interesse público primário. Esta decisão deve ser motivada e ponderada à luz dos fatos concretos e viabilizada por meio da celebração de Termo de Ajuste de Conduta com o agente público. Caso o agente público descumpra o TAC, a sanção administrativa deverá ser agravada.
- c) Condutas meramente irregulares, fruto de atos praticados sem má-fé ou em consonância com o costume administrativo, não devem, como regra, ser objeto de punição.