

## IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 8.429/92

CLÁUDIO ARI MELLO

Promotor de Justiça no RS

1. Introdução — 2. Gênese Constitucional — 3. Sujeito Ativo e Passivo de Improbidade Administrativa — 4. Tipos Legais de Atos de Improbidade Administrativa — 5. Elemento Subjetivo nos Atos de Improbidade — 6. As Sanções — 7. Legitimidade Ativa para a Ação Civil de Improbidade Administrativa — 8. Conclusão.

### 1. Introdução

O Direito Público moderno vem sofrendo o impacto de demandas procedentes da sociedade que postulam a criação de fórmulas jurídicas que permitam o controle judicial da moralidade administrativa. É certo que tais demandas surgiram ao influxo de uma crescente preocupação com a corrupção e a má-gestão nos negócios do Poder Público, identificadas com a hiperburocratização do Estado provocada pela expansão do Estado Social. Conquanto não se possa dizer, exceto de modo especulativo, que houve um incremento da corrupção e da má-gestão administrativas, não é difícil constatar que a consolidação das democracias, sobretudo no mundo ocidental, com a transparência inerente a estes regimes políticos, determina uma exposição da forma espúria como por vezes é conduzida a coisa pública e uma conseqüente cobrança por métodos de controle da imoralidade administrativa.

Se outrora fortes argumentos eram utilizados contra o controle da administração pública pelo judiciário, já hoje há uma tendência relativamente pacífica de possibilitar a fiscalização judicial da ética administrativa. No Segundo Tratado sobre o Governo Civil, Locke, discorrendo sobre o abuso do Poder Executivo, perguntava: “Quem julgará se este poder está sendo utilizado de modo legítimo?” E ele próprio respondia resignadamente que quando um legislativo e um executivo, que têm o poder em suas mãos, planejam ou começam a escravizar ou destruir o povo, não havendo juiz na terra que possa dar cabo à ação nefasta dos poderes, só resta ao povo apelar para o céu.<sup>1</sup> Na teoria do Estado moderno, Locke poderia obter resposta mais alentadora à pergunta, pois já não há dúvida de que o Poder Judiciário está autorizado a efetuar o controle da adequação dos atos

<sup>(1)</sup> Segundo Tratado sobre o Governo Civil, Ed. Vozes, 1994, p. 185.

administrativos e normativos ao ordenamento jurídico. E este controle não se limita à verificação da validade procedimental da ação administrativa e legislativa, mas ingressa também na validade substancial do ato praticado ou da norma editada.

Sucedee que amiúde a atividade administrativa, na larga esfera de discricionarieidade que lhe concede o ordenamento jurídico, evade-se dos grilhões da moralidade, praticando atos que, apesar de conformes aos parâmetros legais, violam padrões éticos referentes à função pública. Sensível à demanda por um controle mais efetivo da probidade administrativa, o constituinte de 1988 insculpiu o princípio da moralidade entre os princípios fundamentais da atividade administrativa. Desse modo, juridicizou a moralidade administrativa, permitindo um controle mais efetivo por parte dos órgãos competentes, nomeadamente pelo Poder Judiciário. Transformada a moralidade administrativa em princípio jurídico-constitucional, cumpre buscar definida em linguagem do Direito.

Uma das mais sólidas construções do direito público moderno, que remonta ao liberalismo político oriundo da revolução gloriosa inglesa (1688), da independência norte-americana (1776) e da revolução francesa (1789), é a limitação do exercício do poder à lei, enquanto expressão da soberania popular. No tocante aos atos praticados pelo poder executivo, exteriorizado pela Administração Pública, vingou a idéia de que o administrador só pode fazer o que a lei determina, ou seja, o princípio da legalidade não apenas como um limite à sua atuação, mas como a bitola exclusiva da ação administrativa. Entretanto, a multiplicidade de áreas que exigem a ação do Poder Público, a dinâmica vertiginosa da realidade contemporânea e o domínio da técnica na resolução das demandas sociais tornaram imprescindível a expansão da discricionarieidade administrativa. Neste ponto, a pretensão de normatizar modo completo a atividade do executivo, tributária do liberalismo político com seu “fetichismo da lei”, capitulou à realidade, concedendo-se então maior liberdade à administração pública e, por outro lado, limitando a fiscalização dos seus atos.

Agora bem, o desmesurado papel do Estado de Bem-Estar (*welfare state*) e a ampliação das zonas de liberdade de ação do Poder Público produziram diversos problemas, como ninguém ignora. Entre eles, avultou-se — porque sempre existiu — a dificuldade de submissão da atividade administrativa a parâmetros éticos que se projetam como essenciais para a legitimidade do exercício do Poder Público. Amiúde se observa agentes públicos esgrimindo contra acusações de imoralidade administrativa a tese de que sua ação pode ter sido imoral, mas foi legal, o que produz uma sensação de impotência do Direito frente à desonestidade e à deslealdade do administrador público. Contra a impotência do Direito eclodiu o debate acerca do controle da moralidade administrativa, que em boa medida foi enfrentada pela teoria do desvio de poder, mas passou a exigir uma abordagem mais direta e efetiva das instâncias jurídicas. A inserção do princípio da moralidade como um dos princípios retores da atividade administrativa na Constituição Federal de 1988 (art. 37, *caput*), representa uma evolução no pensamento jurídico convencional porque permite que a sociedade, através do Poder Judiciário, fiscalize não apenas a legalidade dos atos administrativos, mas também a sua conformação à ética, a valores sociais objetivos, a parâmetros de honestidade, de lealdade, de boa-

fé. Por um outro ângulo, é também um reconhecimento da insuficiência do paradigma do princípio da legalidade para um controle efetivo da legitimidade do exercício de funções públicas.

Sem embargo, é muito difícil de elaborar uma teoria da moralidade administrativa. Pode-se apenas buscar uma aproximação conceitual, que, no entanto, se reconduzirá inevitavelmente à ação concreta, que, à luz de pautas éticas específicas, poderá ser qualificada ou não como imoral. Dizemos que os valores éticos exigíveis da atividade pública são específicos porque não se confunde a moral administrativa com a noção genérica de moralidade. Conforme anota José Augusto Delgado, “o caráter de generalidade posto na moralidade comum é o traço marcante diferenciador da moralidade administrativa. Esta, ao contrário da moralidade comum, implica, tão-somente, na necessidade de que os atos externos e públicos dos agentes detentores do poder e de atribuições sejam praticados de acordo com as exigências da moral e dos bons costumes, visando uma boa administração”. É que, segundo o mesmo autor, o princípio constitucional da moralidade administrativa “tem a função de limitar a atividade da Administração. Exige-se, com base nos postulados, que a forma de atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a Administração, a fim de que se consigam os efeitos — *fins do ato administrativo consagrados no alcance da imposição do bem comum*”.<sup>2</sup>

É possível dizer que a moralidade administrativa é uma especialização da moralidade comum, submetendo-se a parâmetros determinados pelas finalidades típicas da administração pública. O administrador haverá de conformar-se a pautas de ética na persecução do interesse social, escopo fundamental do Poder Público. Toshio Mukai, por exemplo, assevera que a moralidade administrativa quer significar que “o agente público atue na condição de um bom administrador, como alguém que, gerindo recursos alheios, o faz ciente de que não são seus, e, portanto, atuando com eficiência, zelo, parcimônia, honestidade e, sobretudo, com a observância da boa-fé ... aplicando a lei corretamente, no sentido sempre da satisfação do interesse público, fim último do Estado”.<sup>3</sup>

O presente estudo visa iluminar, com as modestas luzes do autor, a conformação do controle judicial da moralidade administrativa após a Constituição Federal de 1988 e, sobretudo, a partir da edição da Lei 8.429/92, que disciplina os tipos de atos de improbidade administrativa e suas respectivas sanções.

## 2. Gênese Constitucional

A Constituição de 1988 procurou disciplinar instrumentos de controle e sanções para a imoralidade administrativa. No art. 5.º, inc. LXXXIII, dispôs que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular

<sup>(2)</sup> O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988, Revista dos Tribunais, n. 680, pp. 35/37.

<sup>(3)</sup> Da Aplicabilidade do Princípio da Moralidade Administrativa e do seu Controle Jurisdicional, Revista de Direito Constitucional e Ciência Polícia, RT, 4:213.

ato lesivo ... à moralidade administrativa". O art. 85, V, previu como crime de responsabilidade o ato do Presidente da República que atente contra a probidade da administração. Entre as hipóteses que ensejam a suspensão dos direitos políticos, reguladas no art. 15, inseriu a improbidade administrativa, que mais adiante, no art. 37, § 4.º, recebeu a previsão de outras sanções.

Deveras, a Lei Fundamental não se contentou em prescrever o princípio da moralidade como regra basilar da atividade administrativa pública. Para os casos de violação do princípio, denominados de atos de improbidade administrativa, estabeleceu, no § 4.º do art. 37, severas consequências jurídicas ao agente público responsável pela conduta imoral. O texto da norma constitucional é o seguinte:

Art. 37 (...)

§ 4.º *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 na gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

Trata-se de norma constitucional preceptiva não exequível, de acordo com a classificação de Jorge Miranda.<sup>4</sup> O que caracteriza a norma não exequível "é a necessidade de complementação por normas legislativas, da *interpositio legislatoris* nesse sentido, integrando-a num quadro mais amplo, para que realize a sua finalidade específica". Ao explicitar que a forma e a gradação das sanções previstas na norma dependeriam prévia regulação legal, o constituinte remeteu a exequibilidade do dispositivo à legislação ordinária. O legislador, por seu turno, atendeu ao comando constitucional editando a Lei 8.429, de 24 de junho de 1992, que disciplinou casos de improbidade administrativa e estabeleceu as gradações para as sanções já previstas na Lei Fundamental, além de prever outras penas.

Disperta atenção a utilização pelo constituinte de duas expressões distintas para dar significado a um mesmo fenômeno. Com efeito, a Carta de 1988 fala tanto em moralidade administrativa quanto em improbidade administrativa, parecendo pretender referenciar a moralidade como o pólo positivo e a improbidade como pólo negativo da ética administrativa. Marcelo Figueredo, na tentativa de encontrar critérios para diferenciar os conceitos, teceu as seguintes observações:

"São condutas e institutos diversos, ou, por outra, o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico a determinar a todos os 'poderes' e funções do Estado atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já a probidade, que alhures denominamos 'moralidade administrativa qualificada', volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a improbidade está *exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador*. Assim, em termos gerais, diríamos que viola a probidade o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados 'tipos' legais. A probidade, desse modo, seria o aspecto

<sup>(4)</sup> Manual de Direito Constitucional, t. II, pp. 217/223.

'pessoal funcional' da moralidade administrativa. Nota-se de pronto substancial diferença. Dado agente pode violar a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a probidade, se na análise de sua conduta não houver a previsão legal tida por ato de improbidade".<sup>5</sup>

A afirmação final do autor, contudo, é infirmada pela análise da Lei 8.429/92, que previu como ato de improbidade administrativa, no art. 11, *caput*, a violação dos princípios da administração pública, entre os quais figura o princípio da moralidade, razão por que toda ofensa à moralidade administrativa será considerada ato de improbidade para os efeitos da lei.

### 3. Sujeitos ativo e passivo da improbidade administrativa

A Lei 8.429/92 empregou definições muito abrangentes de autor e lesado pela improbidade administrativa. O sujeito ativo será o agente público, servidor ou não, que exerça, embora transitoriamente ou sem remuneração, seja por eleição, nomeação, designação, contratação ou por qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função na Administração direta ou indireta, em empresa incorporada ao patrimônio público ou em entidade para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. Equipara-se à figura do agente público acima descrita, para os efeitos da lei, aquele que induzir a prática do ato, que com ele concorrer ou em razão dele auferir qualquer vantagem (arts. 1.º, *caput* e parágrafo único, 2.º e 3.º).

O sujeito passivo mediato será sempre o Estado. O sujeito passivo imediato revela-se na pessoa jurídica efetivamente afetada pelo ato, dentre aquelas previstas no art. 1.º da Lei 8.429, que considera atos de improbidade administrativa aqueles praticados contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e Territórios, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (art. 1.º, *caput*). Também sujeitam-se à lei os atos cometidos contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, casos em que a sanção patrimonial limitar-se-á à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (art. 1.º, parágrafo único).

A lei atinge apenas os atos de natureza administrativa, pelo que não estão sob a sua incidência os atos legislativos e jurisdicionais típicos. Assim, o parlamentar que recebe "propina" para votar desta ou daquela forma, e o juiz que, subornado, profere sentença em favor da parte com quem negociou, não praticam atos de improbidade administrativa, conquanto possam sofrer sanções penais, civis, políticas (no caso do parlamentar) e administrativas (no caso do magistrado). No entanto, o magistrado e o parlamentar poderão praticar atos de improbidade quando no exercício de

<sup>(5)</sup> Probidade Administrativa, Ed. Malheiros, 1995, p. 20.

funções administrativas, atípicas dos correspondentes poderes. O presidente de um Tribunal que receba vantagem econômica para beneficiar concorrentes em uma licitação de interesse do próprio Tribunal, ou que utilize serventúrios da Justiça em obra ou serviço particular certamente estará sobre os efeitos da Lei 8.429/92.

#### 4. Tipos legais de atos de improbidade administrativa

O diploma legal *sub examine* dividiu os atos de improbidade administrativa em três grupos: os atos “que importam enriquecimento ilícito” (art. 9.º); os “que causam prejuízo ao erário” (art. 10); e os “que atentam contra os princípios da administração pública” (art. 11). Os arts. 9.º, 10 e 11 prescrevem, cada um deles, cláusulas gerais acerca das três modalidades de improbidade e, após, nos vários incisos que os compõem, exemplificam alguns casos específicos de atos de improbidade. Como exemplo, transcrevemos, para depois analisá-lo, o art. 10 da lei:

Art. 10. *Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1.º desta Lei, e notadamente:*

Dessarte, para os efeitos do art. 10 é ato de improbidade administrativa toda conduta ativa ou omissiva, dolosa ou culposa, do agente público, que causar prejuízo ao Erário. O uso da expressão “e notadamente” no *caput* dos arts. 9.º, 10 e 11 evidencia que o legislador pretendeu estatuir uma cláusula geral, que busca a formulação de um conceito aplicável a uma série apriorística e propositadamente indefinida de casos. De acordo com a lição de Karl Engish, deve-se entender por cláusula geral “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”.<sup>6</sup> Para Engish, o uso de cláusulas gerais visa escapar da casuística, que é “aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”.

O legislador pode preferir usar um ou outro método, conforme a conveniência dos casos a serem regulados, mas nada impede que utilize ambos em um mesmo ambiente jurídico. Com efeito, adverte o mestre tedesco que “as cláusulas gerais e o método casuístico nem sempre se excluem mutuamente dentro de uma mesma matéria jurídica, mas, antes, se podem também complementar”, e “uma combinação particularmente aconselhável de método casuístico e cláusula geral é a do chamado método exemplificativo” ... “O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica”.<sup>7</sup> Assim, as cláusulas gerais

<sup>(6)</sup> Introdução ao Pensamento Jurídico, Ed. FCG, 6.ª edição, Lisboa, p. 229.

<sup>(7)</sup> Ob. cit., pp. 231/233.

convertem-se em fatores de mobilidade do sistema jurídico, pois permitem a criação judicial da norma a partir da incorporação de fatos ou valores éticos, sociológicos, históricos e psicológicos, representado verdadeiras “janelas” para o pensamento jurídico.<sup>8</sup>

Os arts. 9.º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 ajustam-se com perfeição à análise de English. A técnica utilizada foi a da complementação entre as cláusulas gerais, contidas no *caput* dos preceitos, e o método casuístico, usado nos respectivos incisos. O que confirma a técnica preferida pelo legislador é a expressão “e notadamente”: os artigos definem como atos de improbidade administrativa todos aqueles que importarem em enriquecimento ilícito (art. 9.º), em lesão ao erário (art. 10) e em violação aos princípios da administração (art. 11), e com a locução “e notadamente” abrem espaço para diversos exemplos de cada um dos três grupos de improbidade.

O recurso a cláusulas gerais para a definição das modalidades de improbidade implica na aplicação de *standards* suficientemente abertos para capturar a diversidade de atos contrários à ética administrativa, dentre os quais avulta a boa-fé, considerada como um modelo ideal de conduta social, ou a conduta social que se considera paradigmática.<sup>9</sup>

Causa certa perplexidade o art. 11 da Lei, que assenta os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública. Diz o *caput* do preceito que “constituiu ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, impessoalidade, legalidade, e lealdade às instituições”. Compreende-se a referência aos *standards* honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, representativos da visão de moralidade administrativa que permeia a doutrina do Direito Administrativo. O que não é facilmente absorvido é a redução da improbidade à mera violação do princípio da legalidade, como resulta de uma leitura literal do texto legal. De fato, uma interpretação literal do art. 11 resultaria em que todo ato de agente público contrário a legislação vigente enquadrar-se-ia na categoria de ato de improbidade administrativa, ainda que na gênese da conduta não houvesse um matiz de imoralidade. É claro que uma tal exegese não pode vingar, e o dispositivo merece interpretação sistemática e teleológica. Assim, o ato de um agente da Fazenda Pública que lança um crédito fiscal inexistente, por errônea apreciação da lei, é ilegal mas não imoral, não devendo ser reconhecido como de improbidade. A violação à legalidade só constituirá improbidade administrativa quando o ato ilegal tiver motivação que atente contra as pautas de moralidade administrativa (honestidade, lealdade, boa-fé, etc.), mesmo porque uma leitura literal do artigo simplesmente tornaria inviável a administração pública. O escopo da legislação é o controle judicial da moralidade administrativa e não da legalidade, ou, na expressão de Pedro Henrique Tavora Niess, o legislador

<sup>(8)</sup> Cf. Judith Martins Costa, As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico, Revista de Informação Legislativa, n. 112, pp. 21/22.

<sup>(9)</sup> Luiz Díez-Picazo, prólogo de El Principio General de la Buena Fe, de Franz Wieacker, Ed. Civitas, Madrid, p. 13.

pune o administrador desonesto, não o administrador incompetente,<sup>10</sup> daí porque deve-se rejeitar a interpretação literal do texto.

## 5. Elemento subjetivo nos atos de improbidade

Outro aspecto fundamental é o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. Em primeiro lugar, verifica-se que a responsabilidade será sempre subjetiva, dependendo, portanto, da presença do dolo ou da culpa na ação do agente público. O art. 5.º da lei dispõe que “ocorrendo lesão ao patrimônio público *por* ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”. Por outro lado, o art. 10, *caput*, preceitua que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário público qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres” das entidades protegidas pela lei. O art. 9.º, que disciplina os atos que importam enriquecimento ilícito, e o art. 11, que regula os atos que atentam contra os princípios da administração pública, não fazem menção ao elemento subjetivo da conduta.

Um interpretação sistemática e teleológica da lei induz-nos a inferir que o legislador pretendeu que apenas os atos de improbidade que causem prejuízo ao erário possam ser punidos quando praticados na forma culposa. Os demais, só sofrerão a incidência da lei quando cometidos com dolo, direto ou eventual. Em outras palavras, os atos que importarem em enriquecimento ilícito e que atentarem contra os princípios da administração pública serão punidos apenas na modalidade dolosa; os atos que causarem prejuízo ao erário serão punidos tanto na modalidade dolosa como na culposa. Tal conclusão prende-se a que o legislador foi expresso em apenas um dos tipos de improbidade administrativa, silenciando quanto aos demais, o que representa, a nosso juízo, um “silêncio eloqüente” e não uma lacuna, como poderia *prima facie* parecer. Como adverte Karl Larenz, “o termo “lacuna” faz referência a um caráter incompleto. Só se pode falar em “lacunas” de uma lei quando esta aspira a uma regulação completa em certa medida, para um determinado sector”.<sup>11</sup>

No caso em exame pensamos que o “plano do legislador” era prescrever como puníveis na modalidade culposa, como na dolosa, apenas os atos que causarem dano patrimonial ao erário, e os demais tão-somente quando o agente público agisse com dolo. Esta sistemática identifica-se com a utilizada no Direito Penal, onde as condutas culposas só são puníveis quando expressamente previstas no tipo penal.

De outra parte, o comando do art. 5.º tem a finalidade genérica de prever a responsabilidade civil por lesão ao patrimônio público, por ação ou omissão, dolosa ou culposa. Parece-nos que o preceito regula especi-

<sup>(10)</sup> Direitos Políticos, Ed. Saraiva, 1994, p. 24. Diz o autor: “não é o administrador incompetente que deve ser punido com a suspensão dos direitos políticos. É aquele que age desonestamente; que não pauta seu comportamento pelos ditames da honra; que atua determinado por finalidade estranha à idéia de servir, servindo-se, ao contrário, do cargo, para obter vantagens que este lhe possa ilicitamente fornecer”.

<sup>(11)</sup> Metodologia da Ciência do Direito, Ed. FCG, 2.ª ed., Lisboa, p. 348.

ficamente o dano patrimonial suportado pelo patrimônio público, sem atingir as demais penas previstas para os atos de improbidade administrativas. Isto significa que se o agente público praticar qualquer das modalidades de ato de improbidade, previstas nos arts. 9.º, 10 e 11, da lei, e, em razão da conduta imoral, causar prejuízo patrimonial ao Estado, responderá pelos danos tenha agido com dolo ou com culpa. Já as demais sanções previstas no art. 12, como a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, pagamento de multa, etc., dependerão da espécie de ato praticado: se importar enriquecimento ilícito ou violar os princípios da administração pública, serão aplicadas somente quando a conduta for dolosa; quando causar prejuízo ao erário, serão aplicadas seja a conduta dolosa seja culposa.

## 6. As sanções

A Lei 8.429/92 regula o art. 37, § 4.º, da Constituição, no qual o constituinte já havia discriminado diversas sanções para a prática de atos de improbidade. Previa a norma constitucional as penas de suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. Dentre as sanções previstas na norma constitucional, verifica-se imediatamente que a indisponibilidade dos bens não é pena, mas mero instrumento utilizável no curso do procedimento investigatório ou da instrução processual para assegurar, cautelarmente, o posterior ressarcimento dos danos ao erário e o reingresso ao patrimônio público dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente. A indisponibilidade dos bens foi regulada pelo art. 7.º do estatuto, ficando acertadamente excluída do dispositivo que estabeleceu as sanções.

As penas para a prática dos atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito estão reguladas no inc. I do art. 12: “na hipótese do art. 9.º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 8 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até 3 (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”. Quando o ato de improbidade causar lesão ao erário, aplicar-se-á o inc. II do art. 12: “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 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (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 5 (cinco) anos. Por fim, o autor de ato de improbidade que viole os princípios da administração pública, sujeitar-se-á às reprimendas previstas no inc. III do art. 12: na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder

Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

Desde logo deve-se afastar qualquer veleidade de inquirar de inconstitucionalidade os dispositivos supracitados, por criarem sanções que não estavam previstas na norma constitucional que regulamentam. O art. 37, § 4.º, mencionou expressamente algumas penas para os atos de improbidade administrativa, mas não restringiu a liberdade de conformação do legislador ordinário, seja para formular casos específicos de improbidade administrativa, seja na fixação de limites mínimos e máximos para as penas, seja para a criação de novas reprimendas. Mesmo porque não se trata de matéria de domínio reservado à Constituição ou à legislação complementar, nada obstando que o legislador ordinário *sponta sua* decidisse por estatuir consequências jurídicas a atos contrários à moralidade administrativa.

Uma das sanções que desperta maior interesse é a suspensão dos direitos políticos, prevista inclusive no art. 15 da Lei Fundamental. Os direitos políticos incluem-se entre as mais expressivas conquistas das democracias modernas, e estão conectados com o conceito de cidadania, de significância central no pensamento democrático. Dissertando sobre os pilares da democracia atual e futura, Alan Touraine situa a cidadania, juntamente com a limitação do poder e a representatividade dos atores políticos, como uma das dimensões estruturantes dos regimes democráticos.<sup>12</sup> Deveras, a cidadania significa a possibilidade de os indivíduos pertencentes a uma determinada comunidade de tomarem parte efetiva da vida política do país, mantendo um papel ativo na tomada de decisões relevantes e na fiscalização das ações governamentais. Por isso que a perda da cidadania importa em um alijamento da vida política da comunidade, pois transforma o indivíduo em mero espectador inerte da cena pública. Bem se vê, portanto, dada a importância da cidadania, que a sua perda ou suspensão deve ser reservada para as situações em que o indivíduo demonstre ausência de respeito pelas instituições públicas e pela sociedade civil.

É bem verdade que o conceito de cidadania contempla um sentido estrito e um sentido amplo. *Lato sensu* a cidadania equipara-se à noção jurídica de nacionalidade, de pertença de um indivíduo a uma comunidade política, com acesso a sua ordem jurídica. Neste sentido, a cidadania é o direito a ter direitos, na concepção de Hannah Arendt, e está na base de toda a doutrina moderna dos direitos humanos.<sup>13</sup> Já a cidadania *strito sensu* restringe-se a abrigar os chamados direitos políticos, e por isso tem um campo de abrangência menor do que o conceito amplo do termo, concernindo ao exercício das atividades diretamente relacionadas com a vida política.

Os direitos políticos, portanto, são a representação jurídica da cidadania em sentido estrito. Conforme Teori Zavascki, compreende-se “direitos políticos” como “o conjunto de direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros

<sup>(12)</sup> Que es la Democracia?, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995.

<sup>(13)</sup> Cf. Celso Lafer, A Reconstrução dos Direitos Humanos, Ed. Companhia das Letras, 1991, capítulo V, pp. 146/166.

instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo".<sup>14</sup> Para Antônio Carlos Mendes, os direitos políticos "são situações subjetivas expressa ou implicitamente contidas em preceitos e princípios constitucionais, reconhecendo aos brasileiros o poder de participar dos negócios públicos: (a) votando, (b) sendo votado, inclusive investindo-se em cargos públicos e (c) fiscalizando os atos do poder público visando o controle da legalidade e da moralidade administrativa".<sup>15</sup> Na ordem jurídica brasileira, estar no gozo dos direitos políticos significa votar em eleições, plebiscitos e referendos, habilitar-se a candidaturas a cargos eletivos e a nomeação para cargos não eletivos, apresentar projetos de lei nos casos em que é permitida a iniciativa popular do processo legislativo, ajuizar ação popular. Já não estar no gozo dos direitos políticos implica em não poder filiar-se a partido político (art. 62 da Lei 5.682/71), não poder investir-se em cargo público de qualquer espécie (art. 5.º, II, da Lei 8.112/90), não poder ser diretor ou redator-chefe de jornal e nem exercer cargo em entidade sindical (art. 530, V, da CLT).

Portanto, o condenado por improbidade administrativa ver-se-á na indigna posição de não-cidadão, em face da perda dos direitos políticos. Esta sanção poderá reverter-se de grande eficácia inibitória da imoralidade administrativa, na medida em que atinge frontalmente as ambições políticas inerentes aos administradores públicos, seja dos prefeitos, governadores e presidentes, seja dos seus acólitos mais próximos, como secretários e ministros, em regra cooptados na própria classe política e, por via de consequência, muito interessados em preservar a elegibilidade. Verifica-se que a lei foi rigorosa na fixação dos prazos de suspensão dos direitos políticos, de modo que, bem aplicada, poderá render bons frutos no combate à imoralidade administrativa.

As demais sanções previstas nos dispositivos não ensejam maiores dúvidas. Vale ressaltar, ainda uma vez, nosso entendimento de que, em face do art. 5.º da lei em apreço, a sistemática de aplicação da sanção de ressarcimento integral do dano difere da aplicação das demais reprimendas. É que a referida norma prescreve que sempre que ocorrer lesão ao patrimônio público, *por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro*, dar-se-á o ressarcimento integral do dano. Por conseguinte, qualquer que seja a espécie de improbidade administrativa, o ressarcimento integral do dano será aplicável, seja o ato doloso ou culposos, e ainda que o ato do agente público não se enquadre em qualquer dos tipos de improbidade, havendo lesão patrimonial, por conduta dolosa ou culposa, dar-se-á o ressarcimento. Já a aplicação das demais sanções previstas no art. 12, I, II e III dependerá dos elementos subjetivos previstos em cada um dos tipos de improbidade, ou seja: apenas por atos dolosos, nas hipóteses dos arts. 9.º e 11, e por atos dolosos e culposos, nos casos do art. 10.

Marcelo Figueiredo, em seus pioneiros comentários à Lei 8.429/92, afasta a obrigatoriedade do juiz aplicar em bloco as penas previstas no art. 12 da lei. A esse respeito, questiona se "sendo procedente a ação, as penas

<sup>(14)</sup> Direitos Políticos — Perda, Suspensão e Controle Jurisdicional, Revista Jurídica, n. 201, p. 118.

<sup>(15)</sup> Introdução à Teoria das Inelegibilidades, Ed. Malheiros, 1994, p. 73.

previstas se aplicam em bloco, ou o juiz pode 'discricionariamente' aplicá-las, uma delas, ou todas em conjunto? De fato é de se afastar a possibilidade de aplicação conjunta de penas em bloco, obrigatoriamente. É dizer, *há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente*" (grifo no original). E adiante: "parece demasiado arbítrio aplicar-se a pena de perda de função pública ao servidor que culposamente dispensar indevidamente dada licitação (art. 10, VIII, última parte, da lei). Fere a lógica e a razoabilidade punir-se com a perda de cargo, suspensão de direitos políticos de cinco a dez anos, servidor que, mediante conduta culposa (v.g. erro material involuntário comprovado), conclui indevido o processo licitatório. Poder-se-ia cogitar de eventual ressarcimento de dano (se houver) nada mais".<sup>16</sup> E conclui asseverando que "o Judiciário analisará amplamente o ato praticado pelo agente, tido por violador da probidade administrativa, para, nos limites e na extensão da lei, de modo flexível e criterioso, dentre as sanções legais, escolher as aplicáveis ao caso concreto".<sup>17</sup>

É inaceitável esta posição. *Primo*, porque não há ausência de critério como pretende o autor. O critério legal é o da imposição em bloco de todas as penalidades previstas na Constituição e na lei, pois os incisos do art. 12, quando elencam as diversas sanções, usam a conjunção aditiva "e", exprimindo a intensão de aplicação conjunta das reprimendas, e não a conjunção alternativa "ou", que poderia ensejar uma liberdade de escolha entre as penas ao aplicador. *Secundo*, porque o método proposto pelo autor, concedendo uma "margem de manobra" para o julgador escolher entre impor as penas isolada ou cumulativamente, resultaria em um grau de incerteza e insegurança jurídica incompatível com o Estado de Direito, na medida em que cada juiz teria ampla liberdade, à míngua de balizas legais, para escolher, dentre as penas cominadas, qual a que imporia ao condenado. Com a profusão de juízes e tribunais no país, logo teríamos casos idênticos de improbidade administrativa submetidos a sanções diferentes, alguns agentes públicos sujeitos a todas as penalidades, outros a uma ou duas das previstas, engendrando um quadro de desigualdade, de quebra perniciososa do princípio isonômico, que um mínimo senso de justiça deve rejeitar. Acresce que dentre as sanções cominadas inclui-se a suspensão dos direitos políticos, pena de graves repercussões na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo, e as leis restritivas de direitos, garantias e liberdades devem revestir-se de caráter geral e abstrato, e não ficarem submetidas a uma indisciplinada discricionariedade judicial.

Não há, portanto, discricionariedade para o juiz aplicar isolada ou cumulativamente as reprimendas cominadas no art. 12 do estatuto em exame. Confirmada a prática de ato de improbidade administrativa, cumpre ao magistrado impor ao responsável todo o conjunto de sanções arroladas nos incisos da norma mencionada. O seu parágrafo único, ao dispor que "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", permite ao julgador discricionariedade na dosagem das penas a que o legislador previu

<sup>(16)</sup> Ob. cit., pp. 67-68.

<sup>(17)</sup> Ob. cit., p. 78.

limites máximo e mínimo, como é o caso da suspensão dos direitos políticos e a multa civil. Neste caso, o juiz definirá o período de tempo em que o condenado terá suspensos seus direitos políticos, e o valor da multa civil que deverá pagar, recorrendo aos parâmetros fixados pelo legislador, sem deixar de aplicar todas as demais penas cominadas no respectivo inciso. Na falta de uma regra similar ao *stare decisis* anglo-saxão, está é a única exegese do texto legal que preserva a uniformidade do pensamento judicial, imprescindível à garantia do princípio da segurança jurídica.

Outrossim, ao nível da crítica é procedente o ataque à rigidez da lei, que pode levar a punições exageradas em relação ao fato punido, como observou Marcelo Figueiredo. Consoante anotou o ilustre publicista, a perda do cargo público por mera dispensa negligente de licitação fere a lógica jurídica e a razoabilidade, violando o princípio da proporcionalidade, que deve orientar não apenas o aplicador da lei, mas *a fortiori* o próprio legislador. A sanção de perda do cargo público deveria ter sido reservada para os casos mais graves, nomeadamente para os que importam em enriquecimento ilícito, de maior carga de imoralidade administrativa. Todavia, ao que parece que o legislador ordinário pretendeu ser bastante rígido com os agentes públicos ímprobos, e não pode o intérprete, sobrepondo seus critérios particulares, desfigurar os objetivos propostos legitimamente pelo legislador, dentro da sua liberdade de configuração da lei.

Passível de crítica é ainda o esquálido parágrafo único do art. 12, que estatui parâmetros insuficientes e inadequados para a dosimetria das penas de suspensão dos direitos políticos e multa civil, porquanto permite ao juiz utilizar-se somente de balizas de natureza patrimonial: a extensão do dano causado e o proveito patrimonial do agente. Não se preocupou o legislador com o grau de reprovabilidade da conduta em si, nem sempre aferível pelo prejuízo patrimonial causado ao erário. Muitas vezes a improbidade administrativa é praticada de modo acentuadamente desonesto, com dolo direto explícito, mas o dano material, por qualquer motivo, é inexpressivo. Nestes casos, as reprimendas deveriam ser dosadas de acordo com o grau de censura da própria conduta, e não apenas levando em conta o valor do dano causado ao erário ou o proveito patrimonial do agente. Contudo, nada impede e é recomendável que o magistrado considere a reprovabilidade da conduta ilícita, juntamente com os parâmetros previstos na lei, quando da dosagem da suspensão dos direitos políticos e da multa civil. Caso típico em que será imperiosa a abordagem do aspecto subjetivo da conduta revela-se na prática de atos de improbidade que causem prejuízo ao erário: na modalidade culposa o apenamento deverá ser inferior ao imposto quando cometido na modalidade dolosa, única solução que atende ao princípio da proporcionalidade.

Convém salientar que, conforme prevê o art. 20, a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado, embora possa o juiz ou a autoridade administrativa competente, quando for necessário para a regularidade da instrução processual, determinar o afastamento do agente público do exercício do seu cargo, função ou emprego (parágrafo único do art. 20). Portanto, o afastamento temporário é medida excepcional, que depende da demonstração da necessidade da sua adoção para a regular tramitação do processo judicial ou administrativo, exigindo expressa motivação.

Por fim, a aplicação das sanções previstas no estatuto independem de efetiva ocorrência de dano patrimonial ao ente público (art. 20, I) e da aprovação ou rejeição das contas do agente pelo Tribunal de Contas (art. 20, II).

## 7. Legitimidade ativa para a ação civil de improbidade administrativa

A legitimidade ativa para a propositura da ação civil de improbidade administrativa, que obedecerá ao rito ordinário, é do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada (art. 17, *caput*).

Como freqüentemente vem ocorrendo desde a Lei Fundamental de 1988, o Ministério Público foi convocado para protagonizar papel nuclear na defesa do interesse público, em consonância com as funções institucionais que lhe conferiu o art. 127 da Constituição, dentre as quais avulta a defesa do regime democrático e dos interesses sociais. Ao ajuizar ações cíveis que visem a declaração da improbidade administrativa e a aplicação das correspondentes sanções, estará o *Parquet* concretizando a defesa judicial da democracia, porquanto a imoralidade na gestão dos negócios públicos destrói a confiança no sistema representativo, base dos regimes democráticos, na medida em que os representantes da sociedade civil utilizam-se dos cargos públicos não para a consecução do interesse da coletividade, como há de ser, mas para a realização de seus interesses privados ou dos interesses de terceiros.

A importância da atuação do Ministério Público na fiscalização judicial da probidade administrativa foi realçada, ainda, pela exigência de intervenção do órgão nos processos ajuizados pela pessoa jurídica interessada. Nestes casos, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente, na qualidade de fiscal da lei, sob pena de nulidade do processo. Trata-se de um reconhecimento pelo Parlamento da relevante obra desenvolvida pelo Ministério Público na defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, desde a edição da Lei 7.437/85, mas sobretudo a partir da Constituição de 1988, e que agora permite ao *Parquet*, juntamente com a ação anulatória de atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, prevista na Lei 8.625/93 (LONMP), realizar um controle judicial abrangente e efetivo da probidade na gestão da coisa pública.

Entre as inúmeras imprevisões da lei está a concessão de legitimidade ativa a uma indefinida "pessoa jurídica interessada". Pensamos que apenas possuem legitimidade ativa as pessoas jurídicas enumeradas no art. 1.º da lei, porque somente aquelas serão vítimas dos atos de improbidade administrativa. Entretanto, a se conceder *legitimatío ad causam* a todas as pessoas jurídicas elencadas no art. 1.º e seu parágrafo único, estar-se-á admitindo a propositura da ação civil de improbidade administrativa por entidades para cuja criação ou custeio haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público. Vale dizer, toda e qualquer entidade referida pelo estatuto como sujeito passivo de atos de improbidade será considerada "pessoa jurídica interessada" para aforar a ação, desde que tenha suportado, ou pudesse ter suportado, prejuízo patrimonial.

A amplitude da legitimação ativa poderá provocar um excesso de ações de improbidade, nem sempre com lúdimos propósitos ou com um mínimo

de plausibilidade jurídica, como ocorreu após a extensão do número de legitimados para a ação declaratória de inconstitucionalidade, a partir de 1988. Como a Lei 8.429/92 qualifica de improbidade administrativa inclusive os atos culposos que causem prejuízo patrimonial ao erário, pode-se temer pelo uso abusivo da ação, gerando insegurança e intranquilidade ao administrador público. Todavia, a lei não faz distinções ao conferir legitimidade para as pessoas jurídicas interessadas, de modo que não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não o fez. Assim, poderá ajuizar a ação a pessoa jurídica “interessada”, ou seja, aquela que suportar o prejuízo material pelo ato ímprobo.

O § 3.º do art. 17 dispõe que quando a ação houver sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte. Concordamos com Marcelo Figueiredo em afastar a figura do litisconsórcio necessário, sugerida pelo dispositivo.<sup>18</sup> Trata-se de hipótese de litisconsórcio facultativo, devendo a “pessoa jurídica interessada” ser notificada para, se quiser, integrar a lide, na qualidade de assistente litisconsorcial, com o poder de suprir as omissões e falhas da inicial e apresentar ou indicar provas.

## 8. Conclusão

É preciso reconhecer que o discurso da moralização administrativa é tema recorrente na história política brasileira, sobretudo enquanto programa eleitoral conservador. Não obstante, é igualmente certa a carência de uma moral republicana e de uma cultura republicana na formação da sociedade brasileira, herdeira de um obtuso patrimonialismo, solidamente estabelecido desde o período colonial, que determina a utilização da esfera pública para a satisfação privada dos detentores do poder. Falta-nos a consciência cultural de que o espaço público é o espaço destinado à otimização das necessidades e dos interesses sociais, e bem por isso o exercício imoral da atividade administrativa não foi, até hoje, seriamente combatido. Para além da particular ausência de cultura republicana na sociedade brasileira, percebe-se uma preocupação mundial acerca da ética administrativa, em virtude da publicização de inúmeros escândalos envolvendo a elite política dos mais diversos países, desde a Itália, caso mais conhecido, passando por Japão, Inglaterra, França, em acontecimentos que terminam por quebrar a confiança da sociedade no aparato estatal.

Desde Locke, entende-se que a relação entre Estado e Sociedade, ou, por outra, entre governantes e governados funda-se no princípio da confiança, no *trust* referido pelo filósofo inglês. A quebra da confiança provoca a perda da autoridade do governante, o que subverte e coloca em risco a relação administrativa. De acordo com Celso Lafer, a autoridade não se confunde com o igualitarismo da persuasão, através da qual “se obtém o apoio e a cooperação dos Outros quanto a um curso comum da ação, nem com o monólogo da coersão, imposto pela força, pelo vigor ou pela violência”. Afirma Lafer que “a autoridade é um reconhecimento inquestionado que

<sup>(18)</sup> Ob. cit., p. 94.

vincula sem coersão e convence sem persuadir”,<sup>19</sup> para depois advertir que “quando a confiança desaparece, a autoridade, tanto de pessoas quanto de instituições, se vê solapada. Nada é mais destrutivo, por exemplo, da autoridade do Estado, ou, no plano da educação, da justiça e da religião, da autoridade da Universidade, do Judiciário e da Igreja, do que o desprezo que exprime a desconfiança em relação ao princípio da fundação”.<sup>20</sup> Assim, a imponência da autoridade esvai-se frente à ruptura da confiança do governado no governante, e obviamente a improbidade do administrador na condução dos negócios públicos é uma das mais salientes causas desta ruptura.

Como a sociedade moderna é gerida pela ansiedade da “transparência”, levada ao paroxismo pela liberdade de informação por meio da imprensa política investigativa, em realce nos dias atuais, a imoralidade administrativa, ao ser exposta ao público, provoca a quebra da confiança e, por via de consequência, através da erosão da autoridade, coloca em risco a própria ordem social, ao ferir o fato agregador do Estado.

Pois a preocupação com a moralização do exercício do poder público tem alinhado o instrumental jurídico para fiscalizar a improbidade administrativa, em consagração da dupla instrumentalidade do Direito, de um lado reprimindo condutas consideradas nocivas à sociedade, de outro participando do processo de evolução social. A Lei 8.429/92, que veio a lume por desígnio constitucional, a despeito de conter equívocos e insuficiências — que já se tornam regra nas legislação pátria —, oferece meios potencialmente eficientes para que o Poder Judiciário exerça o poder de controle e punição da imoralidade administrativa. Ao cumprir esta função de transcendental relevância, deverá a Justiça brasileira, compreendidos no conceito o Poder Judiciário e o Ministério Público, investir-se de uma cultura republicana que permita transformá-la na mão judicial da sociedade brasileira, para reverter vigorosa e definitivamente esta crônica da fraude e do engodo que tem sido o exercício da atividade administrativa no Brasil.

<sup>(19)</sup> Ob. cit., p. 206.

<sup>(20)</sup> Ob. cit., p. 207.