

O conteúdo da moralidade na Lei de Improbidade Administrativa: obrigação à conduta do homem público e direito fundamental difuso do cidadão*

The content of morality at Administrative Misconduct Law: the obligation of a public man and the citizen's fundamental diffuse right

*Richard Pae Kim***

*Valéria do Vale Porto****

* Artigo recebido em 10 de junho de 2013 e aprovado em 13 de julho de 2013.

** Juiz de direito em São Paulo. Doutor e mestre em direito pela USP. Pós-doutorado em políticas públicas pela Unicamp. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Unimep (SP). Professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura e da Escola Judiciária Eleitoral Paulista do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, São Paulo, Brasil. E-mail: rppk@uol.com.br.

*** Assistente técnico de Gabinete da Presidência de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Especialista em direito público pela Escola Paulista da Magistratura. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail: porto.valeria@gmail.com.

RESUMO

O presente artigo visa conduzir a uma reflexão sobre a obrigação do homem público a uma conduta proba e o princípio da moralidade como um direito fundamental difuso. Destacamos, brevemente, a moral e o direito. Sem preocupação de exaurir o tema, porque extenso e denso, analisamos os princípios implícitos na Lei de Improbidade Administrativa, a necessidade ou não de comprovação do dano e os sujeitos da improbidade administrativa. Finalmente, pelo princípio da precaução, abarca a moralidade e o direito eleitoral, resguardando, com a Lei da Ficha Limpa, a moralidade da atuação do homem público que se dispõe a representar o povo.

PALAVRAS-CHAVE

Moralidade — princípios — administração pública — improbidade administrativa — precaução

ABSTRACT

This work aims to lead to a reflection on the public man's commitment to a moral conduct, as well as on the principle of morality as a fundamental right of citizenship. Briefly, we point out aspects of Moral and Law. Without exhausting the subject of concern, because extensive and dense, we discuss implicit principles in the Public Misconduct Act, the necessity of demonstrating the damage and the subjects of administrative misconduct. Finally, by the precaution principle, we talk about morality and electoral law, concerned with protecting the citizen from the misconduct of those who can be elected.

KEY-WORDS

Morality — principles — public administration — corruption — precaution

Introdução

Vivemos sob a égide de um estado democrático de direito, em que a busca pela moralidade na conduta dos agentes públicos, em sua função administrativa, na gestão da *res publica*, tem sido uma constante e passou a ser um direito fundamental difuso de todos os cidadãos.

O objetivo deste estudo, portanto, é demonstrar a importância da moralidade, não só como um princípio constitucional, mas como uma obrigação à conduta proba e ética do homem público, que atue junto à administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, bem como a análise de um dos instrumentos jurídicos disponíveis para o controle da atuação no combate à corrupção e consequente impunidade, a Lei de Improbidade Administrativa.

Como se sabe, o agente público deve obediência ao princípio da legalidade administrativa, que importa na obediência estrita à lei, agindo compulsoriamente quando a lei determina, ou seja, quando se tratar de ato vinculado e poderá agir de forma discricionária quando a lei autoriza. Da mesma forma, deve obediência ao princípio da moralidade administrativa, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal. A Lei nº 8.429/1992, como veremos, instituiu uma das principais formas de combate à corrupção, à malversação de verbas públicas e ao desrespeito aos cidadãos que pagam seus tributos.

Os agentes públicos devem observar os ditames da justiça, dignidade, honestidade, lealdade e moralidade no exercício de seu mister. Necessária se faz a efetiva vinculação entre seus comportamentos com o interesse público. Em havendo quebra dessa relação, têm-se a prática de ato de improbidade administrativa e o nascimento, por consequência, da necessidade de se defender os interesses não só da administração pública, mas dos interesses difusos na garantia da moralidade da administração pública e na aplicação das sanções civis e administrativas contra aqueles que violaram a relação.

Também será objeto de análise a crescente aplicação do princípio da precaução que tem sido invocado sempre que seja necessária uma intervenção prévia e prudente a fim de evitar um possível risco ao exercício da atuação administrativa e política. Ou seja, com o fito de preservar a moralidade administrativa e no exercício das atividades políticas do Estado.

1. Moralidade administrativa e obrigação do homem público

Com o advento da Constituição de 1988, a República Federativa do Brasil constituiu-se em um estado democrático de direito. Superou-se, portanto, o estado de direito e o estado democrático, porquanto qualificou nosso conceito de Estado, irradiando os valores da democracia sobre todos os seus elementos

constitutivos e também sobre a ordem jurídica.¹ O império da lei, característica do estado de direito, é transposto pela justiça e equidade, pela moral e pelo direito, que formam o estado democrático de direito.

A partir do momento em que a própria Constituição ressalta que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente no caso da democracia participativa (art. 1º, parágrafo único), é legítimo igualmente para exercer o controle daqueles que atuam frente à administração pública direta, indireta ou fundacional, exigindo, por parte dos gestores públicos e demais agentes, a observância aos princípios constitucionais que a vinculam (art. 37, *caput*). Para isto, estabeleceu-se também a possibilidade de invalidação de qualquer ato lesivo à moralidade administrativa por meio da ação popular (art. 5º, LXXIII).

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso,

mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais — não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também, aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.²

Dessa forma, temos que a moralidade administrativa decorre do estado democrático de direito a partir do momento em que o princípio da legalidade passa a ter um sentido mais amplo do que somente o cumprimento da lei. Abrange a moralidade, probidade e os demais valores fundantes.

No escólio de Marcelo Figueiredo, na Constituição Federal temos quatro grupos de normas constitucionais a tratar sobre a moralidade: a) normas constitucionais advindas da moral social para a ordem jurídica; b) normas constitucionais que sancionam a improbidade dos agentes estatais; c) normas constitucionais que disciplinam o princípio da moralidade

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 119.

² BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 375.

administrativa; e d) normas constitucionais atinentes ao princípio da moralidade das leis e nas leis (atividade legislativa).³

Diante da limitação formal deste trabalho, concentraremos os nossos debates sobre as normas constitucionais que sancionam os atos de improbidade praticados pelos agentes públicos. Neste diapasão, prevê o artigo 37, §4º, da Constituição Federal que “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”.

Portanto, o comportamento do agente público deve sempre conformar-se com a moralidade e a finalidade administrativa, além da legalidade, dando legitimidade à sua atuação. Caso contrário, deve o violador desses princípios ser responsabilizado, aplicando-lhe as sanções de ordem civil, administrativa, política e penal, todas independentes entre si.

Como bem observou Fernando Rodrigues Martins: “a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor da Lei federal 8.429/92 são fatores de fortalecimento axiológico de um sistema jurídico de combate à corrupção e estancamento da impunidade, aperfeiçoando a relação entre obrigação e responsabilidade”.⁴ Com efeito, o dever de probidade se encontra constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos.⁵

Dessa forma, qualquer ato praticado com lesão ao erário ou aos princípios da administração pública está sujeito à invalidação pela própria administração ou pelo Poder Judiciário, por vício de improbidade, conforme prevê, inclusive, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (STF), que possui a seguinte redação:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

³ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 17.

⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 230.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 110.

Pela doutrina de Wallace Paiva Martins Júnior,

exsurge a moralidade administrativa como precedente lógico de toda conduta administrativa, vinculada ou discricionária, derivando também às atividades legislativas e jurisdicionais, consistindo no assentamento de que o “Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins”, tendo como elementos a honestidade, a boa-fé e a lealdade e visando a uma boa administração.⁶

A importância da moralidade administrativa atualmente encontra-se relacionada a uma das principais inovações no âmbito do direito administrativo. Cuida-se de um alargamento do princípio da legalidade. Há, portanto, uma maior limitação à discricionariedade administrativa, pois, como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

a sua atuação tem que ter fundamento na lei, mas também tem que observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição. Hoje, a discricionariedade é limitada por princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica, sem mencionar os valores inseridos nos artigos 1º a 4º da Constituição. A tal ponto vai a importância dos princípios que a sua inobservância caracteriza ato de improbidade definido no artigo 11 da Lei nº 8.429, de 25-2-92. São princípios e valores que devem ser observados pelo legislador e pela autoridade administrativa e que, em consequência, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, seja para decretar a inconstitucionalidade de leis, seja para declarar a nulidade de atos administrativos.⁷

⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

2. Obediência ao princípio da moralidade como direito fundamental difuso

O constituinte originário de 1988 estabeleceu, no capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, a moralidade administrativa como um direito fundamental do cidadão que tem legitimidade para propor ação popular, por exemplo, a fim de anular o ato lesivo àquela.

Instituiu-se, portanto, uma garantia por meio de um instrumento processual, qual seja, a ação popular,⁸ como instrumento formal a proteger um dos direitos fundamentais do cidadão, a moralidade administrativa. Esta se encontra ao lado de outros interesses fundamentais como o patrimônio público, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural, que da mesma forma são entendidos como direitos fundamentais difusos, passíveis de serem defendidos por meio de ações próprias, dentre elas, a ação civil pública e, mais especificamente, pela própria ação de improbidade administrativa.

A partir do momento em que o homem se estrutura em sociedade, e transfere parte do seu poder por meio de um pacto social, como diria Rousseau, pelo qual cada cidadão concorda em submeter sua vontade particular à geral, lhe é devido o controle da gestão desse patrimônio que sai das mãos do particular e passa às do governante, este como gestor dos bens e interesses da coletividade. Em suas palavras, “cada um de nós põe sua pessoa e poder sob uma suprema direção da vontade geral, e recebe ainda cada membro como parte indivisível do todo”.⁹

A moralidade administrativa alçou a posição de direito fundamental de cada cidadão, titular do poder,¹⁰ ao qual se deve prestar contas pela gestão adequada do patrimônio público. Por meio de uma atuação moralmente aceita, o gestor público deve administrar os bens e interesses do povo, não só sob o fundamento da existência de um dever funcional, mas essencialmente constitucional. Deve o homem público observar as normas para o bom desenvolvimento e manutenção das liberdades públicas, traçando políticas

⁸ Ver redação do dispositivo constitucional: artigo 5º, inciso LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2010. p. 49.

¹⁰ Cf. parágrafo único do artigo 1º da CF/88: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

públicas de acordo com a finalidade e interesse primário da administração pública. Desta feita, tratou o legislador constituinte, igualmente, de proteger a probidade administrativa e moralidade para o exercício de mandato eletivo, fixando normas que restringem ou impedem o exercício da soberania popular, constantes do Capítulo IV, que trata “Dos Direitos Políticos”, da Lei Maior.

Além do rol do §3º de seu art. 14, que trata das condições da elegibilidade, a Constituição Federal estipula que a lei complementar¹¹ estabelecerá outros casos de inelegibilidade. Editou-se, desta maneira, em 1990, a Lei Complementar nº 64, regulamentando, portanto, esse dispositivo constitucional. Outrossim, por ato de improbidade administrativa poderá o agente público ter suspensos os seus direitos políticos, nas hipóteses previstas nos arts. 15, inciso V e 37, §4º, da Carta Magna.

Em seu art. 37, *caput*, a Constituição Federal de 1988 expressamente trouxe a lume, dentre outros, a moralidade como um dos princípios a que se submete a administração pública direta e indireta de qualquer dos três poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas as agências reguladoras e executivas de qualquer uma das esferas do governo. Vemos, portanto, uma preocupação maior com a ética na administração pública, de combate à corrupção e contra a impunidade no setor público. A moralidade administrativa é princípio que informa a conduta administrativa, além de ser pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que a autonomia entre os princípios da legalidade e da moralidade consiste em que a lei pode ser imoral, já que a moral pode ultrapassar o âmbito da lei. A imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, podendo acarretar a invalidade do ato, a ser decretada tanto pela própria administração como pelo Poder Judiciário.¹²

Ressalte-se que, como os demais princípios gerais de direito, o princípio da moralidade se encontra implícito em todo o ordenamento jurídico, impondo deveres positivos na obrigação de agir e negativos na abstenção de certos atos contrários aos sentimentos coletivos; o da igualdade de direitos e deveres em face da ordem jurídica; o da proibição do locupletamento ilícito.¹³

¹¹ Cf. §9º, do artigo 14, da CF/88: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessão, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

¹² Di Pietro, *Direito administrativo*, op. cit., p. 78.

¹³ Martins, *Controle do patrimônio público*, op. cit., p. 236.

O fato é que, ao mesmo tempo que temos uma obrigação do homem público de cumprir as suas funções em obediência ao princípio da moralidade, temos as garantias, pelo fato de se apresentarem em forma positiva, ou seja, de poderem exigir um *facere* do Estado, que no escólio de Rodolfo de Camargo Mancuso devem ser denominados como “direitos subjetivos públicos”, como o direito de acesso à Justiça, o direito ao devido processo legal e o direito a uma administração pública proba e eficiente (cf. art. 5º, inciso LXXIII).¹⁴ Este último direito subjetivo, no nosso entender, é fundamental, eis que inserto no Capítulo I do Título II, da Constituição Federal que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, que tem como finalidade limitar o exercício do poder estatal e porque o seu núcleo duro deve ser protegido, pois corresponde a um direito de resistência (art. 60, §4º, da CF). Este direito subjetivo público difuso também possui conformação pelo dispositivo do art. 37, §4º, da CF, que acrescenta mais um mecanismo para a sua tutela.

O fato de a moralidade administrativa ser passível de ser protegida por cidadão (ação popular), pelo Ministério Público, pela própria administração (ação de improbidade) ou pelos legitimados ativos de uma ação civil pública, não retiram a sua fundamentalidade, pois, nesse caso, os direitos difusos, subjetivos públicos, embora possam ter as suas tutelas alcançadas por meio de ações específicas, com a previsão de diversos titulares (legitimados), o processo pode ser “chamado a operar como regulador de massas de interesses metaindividuais, respeitantes a temas complexos e controversos” ou o processo pode ser “chamado a operar como um instrumento para um controle externo da gestão da coisa pública”.¹⁵ É certo que há na doutrina discussão sobre a impossibilidade de se determinar o que cada titular do direito pode fazer ou exigir em determinadas circunstâncias concretas, ao contrário do que ocorre com os demais direitos fundamentais;¹⁶ entretanto, no caso da violação à moralidade administrativa, verificamos a possibilidade, pelos instrumentos processuais, da identificação dos legitimados para as demandas específicas, o que não afasta o reconhecimento de que exista um direito difuso que se exerce por sujeitos de representatividade transindividual.

¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: RT, 1998. p. 29.

¹⁵ *Ibid.*, p. 29.

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

3. Moral e direito

A moral é o conjunto de regras que visa moldar a conduta das pessoas. Segundo De Plácido e Silva, a palavra moral deriva do latim *moralis* (relativo aos costumes) e, na forma substantiva, representa a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é honesto e virtuoso, segundo os ditames da consciência e os princípios de humanidade. A moral, assim, tem âmbito mais amplo do que o direito, escapando à ação deste muitas de suas regras impostas aos homens como deveres.¹⁷

Para Hans Kelsen, a moral é o objeto da ética, sendo esta uma ciência. Em sua teoria pura do direito, ressalta que,

ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética. Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito. A tal propósito deve-se notar que, no uso corrente da linguagem, assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito frequentemente confundida com a Ética. Afirma-se desta o que só quanto àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida.¹⁸

Citado autor, portanto, separa o direito de moral, concluindo como dois sistemas diferentes, porquanto, para ele, somente a norma é elemento essencial do direito. Por outro lado, o que diferencia uma norma moral de uma norma jurídica é sua incoercibilidade. Pelo menos para o Estado. Entretanto, a partir do momento em que a norma moral entra para o direito, é juridicizada, o preceito que antes não era dotado de coercibilidade passa a ser.¹⁹

¹⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 541.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 67.

¹⁹ CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 39.

Ao tratarmos da moralidade administrativa, vale citar Hely Lopes Meirelles, que se reporta aos ensinamentos do institucionalista francês, Maurice Hauriou:

Não se trata — diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito — da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, oportuno e inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”. A moral comum, arremata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.²⁰

Assim, não se trata de aplicar ao administrador público as regras da moral comum, variável no tempo e no espaço, mas aquela jurisdicionalizada que se assemelha aos preceitos de direito positivo, presentes no estado democrático de direito como o nosso.

Nas palavras de Eurico Bitencourt Neto,

a ordem moral válida é aquela produzida dentro da coletividade. Só haverá, para Kelsen, autonomia da Moral, por seu reconhecimento como ordem normativa heterônoma, vale dizer, dirigida de fora ao sujeito, e não por ele mesmo estabelecida, internamente, no âmbito exclusivo de sua própria consciência. A ordem moral, nesta concepção, é realizada por práticas reiteradas e repetidas pela educação e pela

²⁰ Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 90.

imitação; concretiza-se pelo costume ou pela religião. Para Kelsen, pois a norma moral positiva é heterônoma; também o será sua sanção.²¹

A importância da moral para o direito é o conjunto de valores morais que expressam um período e uma determinada sociedade, tomando o termo moralidade o conjunto de relações efetivas e concretas que adquirem sentido de acordo com a moral de então.²²

4. Lei de Improbidade Administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, tem como objetos de tutela a preservação do patrimônio público, o respeito à moralidade administrativa e a preservação do cumprimento irrestrito aos princípios norteadores de uma boa gestão pública, bem como a persecução judicial daqueles que agem contra o acervo da administração pública, material e imaterial, aqui incluída a moralidade administrativa. A partir da lei foram criados mecanismos efetivos de luta contra a corrupção, em todas as suas formas, e malversação do dinheiro público e do interesse público.

A lei elenca as três modalidades de atos de improbidade administrativa, quais sejam: atos contra o enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), atos que causem lesão ao patrimônio público (art. 10) e atos que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11). Estabelece, igualmente, os sujeitos ativos e passivos dos atos de improbidade, cuida dos procedimentos investigatórios e da ação civil de improbidade administrativa. Disciplina sobre a declaração de bens, a prescrição, como já mencionada, e a infração penal.

Para José Afonso da Silva, a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa. Doutrina que

a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em

²¹ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 60.

²² *Ibidem*, p.62.

proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.²³

A natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa é preponderantemente de caráter administrativo. Preponderante dado o objeto jurídico tutelado que são a moralidade administrativa e o patrimônio público material e imaterial. Podemos dizer, ainda, que há a improbidade civil, que seria aquela que também atinge a moralidade e demais princípios, mas a diferença desta com aquela se dá pelo sujeito passivo atingido, ou seja, as vítimas são particulares, as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado e instituições civis, que não têm qualquer vínculo com a administração pública.

Temos a improbidade penal, tutelada pelo direito penal, que tipifica as infrações penais praticadas contra a administração pública, como o peculato, corrupção passiva, concussão, prevaricação.

Interessante ressaltar um dos pontos jurídicos que a referida lei representa, sob o aspecto da teoria geral de direito, levantado por Fernando Rodrigues Martins. Doutrina o autor sobre a interação entre dever, obrigação e responsabilidade, creditando a um pensamento do direito privado, em pleno diálogo de fontes com o direito público. Do dever (conservação do patrimônio público e moralidade administrativa)

surge uma obrigação (não enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, atos que não causem prejuízo ao erário, atos que respeitem os princípios da administração) e o efeito de seu descumprimento (responsabilidade). Neste aspecto há que se ressaltar que as normas de exigência de correção, de natureza penal, administrativa, e mesmo aquelas referentes ao enriquecimento ilícito (Lei Pitombo-Godoi Ilha e Lei Bilac Pinto) até então existentes, representavam um “leão sem dentes”, um “objeto sem sombra” dado seu fácil modo de incumprimento, negativa de vigência e dificuldades de acesso; enfim, tipos normativos de burla pela impunidade. A promulgação da Constituição Federal de 1988 e a entrada em vigor da Lei federal 8.429/92 são fatores de fortalecimento

²³ Silva, *Curso de direito constitucional brasileiro*, op. cit., p. 669.

axiológico de um sistema jurídico de combate à corrupção e estancamento da impunidade, aperfeiçoando a relação entre obrigação e responsabilidade.²⁴

Para Wallace Paiva Martins Júnior, o conteúdo do princípio da moralidade está na finalidade, visto que importa menos a intenção do agente público do que o resultado alcançado desde que compatível com os fins públicos de acordo com as normas da disciplina da administração pública. Mas não é só. O mesmo autor, citando Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ressalta que não se deve atribuir exclusividade à finalidade para fins de aplicação e compreensão do conteúdo do princípio da moralidade administrativa, eis que “o ato deve ter seu objeto com padrões como honestidade, justiça, equidade, retidão, equilíbrio, boa-fé, dignidade do ser humano, ética, proporcionalidade”.²⁵ Exemplifica, ainda, que “a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação”.²⁶

4.1 Princípios implícitos e a questão da necessidade ou não da comprovação de dano

De acordo com o art 4º da Lei de Improbidade Administrativa, os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. Mas não é só. Os agentes públicos devem observar, ainda, princípios implícitos que regem a administração pública. Passaremos ao estudo de alguns, analisando a sua correlação com o princípio em tópico.

O princípio da supremacia do interesse público consiste tanto na supremacia do interesse público sobre o particular, não sendo dado ao particular recusar sua observância alegando um direito privado, como a superioridade do interesse público geral, primário e difuso, em relação ao interesse secundário, não coincidente com aquele, típico do aparato administrativo do Estado.

²⁴ Martins, *Controle do patrimônio público*, op. cit., p. 230.

²⁵ Martins Júnior, *Probidade administrativa*, op. cit., p. 58.

²⁶ *Ibidem*, p. 59.

Do art. 5^o da Constituição Federal temos que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, configurando o princípio da igualdade. Proíbe-se o tratamento desigual, discriminatório e privilegiado no trato jurídico sem previsão legal relevante para tanto. São destinatários desse princípio tanto o legislador, ao elaborar as normas jurídicas, como o aplicador da lei à situação concreta.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são interligados, de forma implícita, e derivam do princípio da legalidade. Bem doutrina Pazzaglini²⁷ que a razoabilidade significa a propriedade ou justeza dos motivos que originam a atuação concreta da administração pública, sendo a proporcionalidade a adequação da resposta ao fato ou razão que a originou. Cuida-se de uma limitação à atuação discricionária por parte da administração pública. Tem aplicação específica aos atos discricionários, já que os atos vinculados têm sua razoabilidade e proporcionalidade fixadas pelo legislador, que não dá qualquer margem de liberdade.

São corolários do princípio da moralidade administrativa os princípios da lealdade e da boa-fé. O agente público deve proceder de boa-fé e com lealdade para com os particulares, garantindo-lhes o exercício de direitos e atividades, bem como prestando-lhes o serviço público com decoro e celeridade. Igualmente deve o agente público ser leal para com a administração pública, tanto tutelando o interesse da entidade como objetivando o melhor atendimento ao interesse público.

O princípio da segurança jurídica consiste na ideia de que lei ou ato normativo não pode prejudicar relações jurídicas já consolidadas, garantindo a estabilidade social. Desta forma, qualquer modificação de situação jurídica feita pela administração pública, que possa sancionar, agravar a situação dos administrados ou mesmo denegar-lhes pretensões, só poderá ser feita com a prévia e pública notícia.

No que tange ao princípio do dever jurídico da boa gestão administrativa, é dever jurídico do agente público aplicar a medida mais adequada, razoável e eficiente para obter o resultado de interesse público expresso ou implícito na lei a um caso concreto de sua atribuição.²⁸

²⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 24.

²⁸ *Ibid.*, p. 27.

A inobservância do princípio da finalidade pode levar ao desvio de poder, e conseqüente nulidade do ato. Isso porque tanto pode se dar essa violação nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública como, em que pese se tratar de interesse público, o fim perseguido é alheio ao fim que a lei dispunha para determinado ato.²⁹

O princípio da probidade administrativa decorre do dever de o agente público atuar com retidão, honradez, lealdade, integridade e honestidade no trato com a coisa pública.

Na lição de Émerson Garcia, o princípio da juridicidade consiste na atuação do Estado de acordo com o direito. Afasta-se a noção de legalidade estrita. Passa-se do direito por regras para o direito por princípios. Como já dito anteriormente, há um alargamento da legalidade, que abrange, então, valores juridicizados e princípios, que são norteadores da atividade estatal. A legitimidade dos atos dos agentes públicos está condicionada à necessária adequação a esse princípio, visto que só podem atuar nos limites que a norma lhes autorize.³⁰

Para a caracterização de um ato de improbidade administrativa devem restar demonstrados a conduta do agente, o resultado lesivo e o vínculo subjetivo existente entre eles. Portanto, despicienda se torna a comprovação do dano, visto não ser essência de todos os atos que importem em enriquecimento ilícito (art. 9º) ou que atentem contra os princípios jurídicos que incidem sobre a atividade estatal (art. 11). Cuida-se de conclusão lógica decorrente da interpretação aos incisos I e III do art. 12, em especial quando a lei trata de “*ressarcimento integral do dano, quando houver*”, o que demonstra de forma induvidosa a dispensabilidade deste.³¹

A Colenda 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) chegou a decidir sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AÇÃO POPULAR. SEBRAE. CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO DE

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 107.

³⁰ GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 261.

³¹ *Ibidem*, p. 264.

OBJETO PARA PROVOCAR DISPENSA. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. (REsp. 1.378.477, rel. min. Mauro Campbell Marques, DJ 18-11-2013)

Ora, evidente que, segundo as regras ordinárias de experiência (ainda mais levando em conta tratar-se, na espécie, de administradores públicos), o direcionamento de licitações, por meio de fracionamento do objeto e dispensa indevida de procedimento de seleção (conforme reconhecido pela origem), levará à contratação de propostas eventualmente superfaturadas (salvo nos casos em que não existem outras partes capazes de oferecerem os mesmos produtos e/ou serviços).

8. Não fosse isto bastante, toda a sistemática legal colocada na Lei n. 8.666/93 e no Decreto-lei n. 2.300/86 baseia-se na presunção de que a obediência aos seus ditames garantirá a escolha da melhor proposta em ambiente de igualdade de condições. 9. Dessa forma, milita em favor da necessidade de procedimento licitatório precedente à contratação a presunção de que, na sua ausência, a proposta contratada não será a economicamente mais viável e menos dispendiosa, daí porque o prejuízo ao erário é notório. Precedente: REsp 1.190.189/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 10.9.2010. 10. **Despicienda, pois, a necessidade de prova do efetivo prejuízo** porque, constatado, ainda que por meio de inquérito civil, que houve indevido fracionamento de objeto e dispensa de licitação injustificada (novamente: essas foram as conclusões da origem após análise dos autos), **o prejuízo é inerente à conduta**. Afinal, não haveria sentido no esforço de provocar o fracionamento para dispensar a licitação se fosse possível, desde sempre, mesmo sem ele, oferecer a melhor proposta, pois o peso da ilicitude da conduta, peso este que deve ser conhecido por quem se pretende administrador, faz concluir que os envolvidos iriam aderir à legalidade se esta fosse viável aos seus propósitos. (REsp. 1.280.321, rel. min. Mauro Campbell Marques, DJ 9-3-2012; grifo nosso)

No mesmo sentido, vasta é a jurisprudência:

Convém ressaltar que o ilícito de que trata o art. 11 da Lei nº 9.492/92 **dispensa a prova de prejuízo ao erário e de enriquecimento ilícito do agente**. A respeito da matéria, destaca-se a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDOSUBSIDIÁRIO. ENQUADRAMENTODOSATOSDESCRITOS NA INICIAL. CONDUTAS PREVISTAS NO ART. 11, DA LEI 8.429/92. PROVA DE DANO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO. 1. A jurisprudência do STJ entende que, para fins de análise do pedido subsidiário de condenação dos réus pela prática de atos lesivos aos princípios da administração pública para o “enquadramento das condutas previstas no art. 11 da Lei 8.429/92, não é necessária a demonstração de dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente” (AgRg no EREsp 1.119.657/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJ de 25-9-2012). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.066.824/PA, Rel. min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19-3-2013, DJe 18-9-2013) (AREsp. 324.640, rel. min. Sérgio Kukina, DJ 04-04-2014; grifo nosso)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. ATOS ILEGAIS PRATICADOS POR AGENTES. IRREGULARIDADES PRATICADAS EM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DANO PATRIMONIAL. DESNECESSIDADE. VIOLAÇÃO DO **DEVER DA MORALIDADE PÚBLICA**. DESNECESSIDADE DE PROVA DE DANO.

1. Verifica-se frustração de licitude de concurso público e prática de ato com finalidade proibida em lei (art. 11, I e V, da Lei 8.429/1992), na hipótese em que a) se realiza certame sem licitação, b) são inobservadas as disposições do edital, c) há atraso na abertura dos portões, d) viola-se o lacre dos pacotes que continham as provas, e) descumprem-se as obrigações contratadas pelas empresas recorridas.
2. O simples fato de a conduta do agente não ocasionar dano ou prejuízo financeiro direto ao Erário não significa que seja imune a reprimendas, nos termos dos arts. 11, caput, e 12, III, da Lei 8.429/92. Precedentes do STJ.
3. Recurso Especial parcialmente provido tão somente para anular o acórdão de origem, determinando-se nova apreciação da apelação

do Ministério Público, observadas as diretrizes de hermenêutica do art. 11, caput, da Lei 8.429/1992. (REsp 1.143.815 / MT, rel. min. Herman Benjamin, DJ 20-2010)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS **DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE** E ATENTADO AOS **PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo.

2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da **moralidade administrativa**, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, §1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal.

3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23-9-2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, j. 13-5-2008, DJe 21-5-2008).

4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11.

5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: “vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”.

Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.

6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, §1º, da Constituição da República.

7. O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade.

8. As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação etc.). Precedentes do STJ.

9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário.

10. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 765.212/AC, rel. min. Herman Benjamin, DJ 23-6-2010; grifo nosso)

AGENTES POLÍTICOS — Alegação de inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 — Descabimento — Art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa Precedentes — Preliminar rejeitada. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO — Inadmissibilidade — Órgão legitimado para propor ação civil pública por mandamento constitucional — Preliminar rejeitada. ILEGITIMIDADE PASSIVA — Inocorrência —

Lei nº 8.429/92 abrange também aquele que mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta — Preliminar rejeitada. CERCEAMENTO DE DEFESA — Inocorrência — **Desnecessidade de dilação probatória no caso concreto** — Preliminar rejeitada. PRESCRIÇÃO Inocorrência — art. 23 da Lei n. 8.429/92 — Preliminar rejeitada. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Aditamento indevido — Ato de improbidade caracterizado — Conduta ofensiva aos princípios que regem a Administração Pública, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. Violação ao art. 10, VIII e XI da Lei n. 8.429/92 configurado — Sentença mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP, Apelação 0046082-20.2009, rel. desembargador José Luiz Germano, data de julgamento 26-6-2012)

4.2 Sujeitos ativos da improbidade administrativa

É sujeito ativo de um ato de improbidade toda aquela pessoa física ou jurídica que se comporte contrariamente às normas jurídicas, ofenda o bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico.

In casu, sujeito ativo é qualquer agente público, servidor ou não, que pratique ato de improbidade administrativa 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 50% do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma da Lei nº 8.429/92, conforme dicção de seu art. 1º. Estende-se aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade contra entidades mencionadas em seu parágrafo único: entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, ou para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Pela divisão de Hely Lopes Meirelles, agente público é o gênero, ao qual pertencem os agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.³²

³² Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, op. cit., p. 75.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as espécies do gênero agentes públicos são os agentes políticos, servidores estatais e particulares em colaboração com o poder público.³³

Independentemente da classificação que se adote, o conceito de sujeito ativo para a lei de improbidade é mais amplo, abrangendo agentes públicos, servidores ou não, até mesmo particulares beneficiados, que mantenham ou não vínculo direto com a administração pública sendo, portanto, mais abrangente do que o conceito limitado de funcionário público do art. 327 do Código Penal.

No escólio de Fernando Rodrigues Martins,

enquanto no direito penal essa noção dá-se apenas em torno da figura “funcionário público” que exerce cargo, emprego ou função na esfera do Poder Público, na Lei de Improbidade Administrativa, em face do direito fundamental em jogo, o sujeito ativo foi elevado à categoria de “agente público”, ou seja, aquele que pode ser funcionário, representante, gestor, contratado, delegado, político e mandatário, mas que em seus atos, sobretudo, expresse comportamentos estatais, comportamentos de fé pública, de confiança nos atos administrativos ou, de qualquer modo, maneje ou gerencie verbas públicas.³⁴

Para o artigo 2º da Lei nº 8.429/1992, reputa-se ainda como agente público todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades descritas no art. 1º.

Analisando esse preceito, portanto, são abrangidas pela lei todas as pessoas físicas que, de qualquer forma, com ou sem vínculo empregatício, definitiva ou transitoriamente, exerçam alguma função pública ou interesse público, remunerada ou não, nos órgãos e entidades das administrações direta e indireta do Poder Executivo dos entes da Federação; nos Poderes Judiciário e Legislativo nas esferas de sua atuação; nos Ministérios Públicos Federais, Estaduais e Distritais; nos Tribunais de Contas da União, estados e municípios; nas empresas incorporadas ao patrimônio público; nas empresas

³³ Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 246.

³⁴ Martins, *Controle do patrimônio público*, op. cit., p. 244.

privadas dependentes de controle direto ou indireto do poder público; e nas entidades privadas de interesse público.³⁵

Sobre o tema, tem-se o entendimento da jurisprudência:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL Ação civil pública. 1. Prova emprestada — Aproveitamento das provas produzidas na Comissão Parlamentar de Inquérito e no Processo Criminal — Admissibilidade — Cerceamento de defesa não caracterizado — Precedentes. 2. Eleição para o cargo de Presidente da Câmara Municipal de Iaras — Compra de votos — Fatos demonstrados — Inobservância dos artigos 9º e 11, da Lei nº 8.429/92. 3. Sanções — Artigo 12 da Lei nº 8.429/92 — Necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade — Sentença reformada nesse aspecto — Agravos retidos e apelos de João e Sumara desprovidos. Recurso de apelação de Reginaldo parcialmente provido. (Apelação n. 0001205-64.2011.8.26.0136, rel. Cristina Cotrofe, 8ª Câmara de Direito Público, TJSP, julgamento em 26-3-2014)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL — IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — LEI Nº 8.429/92 — REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES — LEI Nº 8.112/92 — CONTRATO — EXTINTORES DE INCÊNDIO — SERVIÇOS NÃO REALIZADOS — PAGAMENTO — PREJUÍZO AO ERÁRIO — PENALIDADES.

1. EM DECORRÊNCIA DA INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL, O MINISTÉRIO PÚBLICO POSSUI INTERESSE PROCESSUAL PARA REQUERER JUDICIALMENTE A IMPUTAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO A SERVIDOR PÚBLICO MESMO QUANDO A PENALIDADE TENHA SIDO APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE.

2. NÃO HÁ VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO QUANDO O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRANSCORREU LEGALMENTE, O INDICIADO TEVE AMPLO ACESSO AOS AUTOS E PARTICIPOU DE TODOS OS ATOS DO PROCESSO.

³⁵ Pazzagli Filho, *Lei de Improbidade Administrativa comentada*, op. cit., p. 9.

3. DE ACORDO COM A LEI Nº 8.429/92, O SUJEITO ATIVO DO ATO DE IMPROBIDADE PODE SER QUALQUER AGENTE PÚBLICO, SEJA SERVIDOR EFETIVO OU NÃO, DE FORMA QUE, AINDA QUE OS ATOS DE IMPROBIDADE TENHAM SIDO DIRETAMENTE COMETIDOS POR OUTREM, É POSSÍVEL A ANÁLISE DA INCURSÃO DA EMPRESA BENEFICIÁRIA DOS ATOS ÍMPROBOS NAS PENALIDADES IMPUTADAS A QUEM OS COMETEU (LEI Nº 8.429/92, ART. 3º).

4. AGE COM DOLO EVENTUAL E CULPA O GESTOR DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS QUE ATESTA A REALIZAÇÃO DE RECARGA EM EXTINTORES DE INCÊNDIO NÃO EFETUADA, PERMITINDO O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA EMPRESA CONTRATADA, RESTANDO CARACTERIZADO O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, NOS MOLDES DOS ARTIGOS 10 E 11 DA LEI Nº 8.429/92.

5. A IMPUTAÇÃO DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS AO SERVIDOR PÚBLICO, TIPIFICADAS NA LEI Nº 8.112/92 NÃO EXCLUI A APLICAÇÃO DAS PENALIDADES DECORRENTES DA LEI Nº 8.429/92, E DIANTE DA INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA, É CABÍVEL, CUMULATIVAMENTE, A APLICAÇÃO DA PENA DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA AO SERVIDOR DEMITIDO.

6. PRELIMINARES REJEITADAS, CONHECIMENTO DOS APELOS INTERPOSTOS POR RICARDO VILLELA ALVES E CENTRALTEC, MAS NEGADO PROVIMENTO. APELO DO MPDFT CONHECIDO E DADO PROVIMENTO. (Apelação n. 088944-3, rel. Leila Arlanch, DJ 19-11-2013)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO – DEMISSÃO DO SERVIDOR – “COMPRA” DE DIPLOMA DE NÍVEL MÉDIO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONFIGURAÇÃO.

1. CONFIGURA ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, PASSÍVEL DE DEMISSÃO (LEI N. 8.112/90 132 IV) A CONDUTA DO SERVIDOR QUE “COMPRA” DIPLOMA DE NÍVEL MÉDIO E O UTILIZA PARA PLEITEAR AUMENTO SALARIAL. 2. A PENALIDADE DE DEMISSÃO APLICADA AO SERVIDOR É A ESPECÍFICA

PREVISTA NA LEI PARA A CONDUTA PRATICADA, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE OU FALTA DE ANÁLISE DOS ANTECEDENTES DO SERVIDOR. 3. NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR. (Apelação n. 0042023-74.2009, rel. Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, TJDFT, julgamento em 14-9-11, DJ 22-9-2011)

O artigo 3º da referida lei estende sua aplicação àqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. Há, portanto, uma equiparação a agente público dos terceiros estranhos à administração pública, que venham a incitar ou a levar o agente público à prática do ato de improbidade, entendendo-se ser suficiente mero apoio moral ou psicológico. Também temos a conduta de concorrer para o ato ímprobo, significando que ele de alguma forma auxiliou o agente público. Por fim, o terceiro pode não participar diretamente do ato de improbidade, mas dele se beneficiar, direta ou indiretamente. Sobre o tema, segue a acertada lição de Marcelo Figueiredo:

O terceiro, o particular, aquele que não é servidor ou agente público, segundo a lei, somente poderá ser coautor ou participante na conduta ilícita. De fato, o agente ou servidor público é quem dispõe efetivamente de meios e condições muito eficazes de realização das condutas materiais (positivas ou negativas), porquanto é dele o poder de praticar o ato estatal lesivo. Isso não impede que o particular ou terceiro seja o mentor intelectual da ação de improbidade, seja o verdadeiro “gerente” dos atos ilícitos. Contudo, a lei é clara: as figuras para terceiros circunscrevem-se a duas ações: “induzir” ou “concorrer”.³⁶

Podemos, então, classificar os sujeitos ativos do ato de improbidade em cinco categorias: agentes políticos; agentes autônomos; servidores públicos; particulares em colaboração com o poder público;³⁷ e, ainda, os particulares.

Assim, no nosso entender, a categoria de agente público deve ser analisada a partir de uma avaliação do vínculo existente entre o autor do ato e

³⁶ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53.

³⁷ Pazzaglini Filho, *Lei de Improbidade Administrativa comentada*, op. cit., p. 10.

o sujeito passivo imediato por ocasião de sua prática, como bem lembra Émerson Garcia, “ainda que quando da deflagração das medidas necessárias à persecução dos atos de improbidade outra seja a sua situação jurídica”.³⁸

Não há que se falar, portanto, em ato de improbidade se um particular agir contra a administração pública sem auxílio ou conduta, direta ou indireta, de um agente público, bem como um agente público agir contra bens ou interesses de um particular (veja TJSP: Ap. 343.833.3/4, 5ª C., rel. Sérgio Rui, 23.3.2006, v.u.).³⁹

Leciona Wallace Paiva Martins Júnior que “a incidência da lei não se esgota no servidor público, abrangendo também o particular em colaboração com a Administração Pública (tabeliães, jurados, mesários, concessionários de serviço público)”.⁴⁰ Aplica-se, portanto, a todo aquele que exerce função pública (mandato, cargo, emprego ou função pública), independentemente do modo de investidura (nomeação, designação, eleição, contratação, credenciamento, delegação de serviço público, convocação, requisição, parcerias e contrato de gestão). A amplitude do conceito de agente público é decorrência da compreensão do princípio da moralidade administrativa.⁴¹

Não podemos deixar de lembrar que, como terceiro, igualmente, concorre para a prática do ato de improbidade a pessoa jurídica. Isto porque, da leitura de seu art. 3º, temos que a lei não faz qualquer distinção em relação a terceiros. Logo, podemos concluir que as pessoas jurídicas, como sujeitos de direito, podem figurar como terceiros na prática de atos ímprobos, desde que incorporados ao seu patrimônio os bens públicos desviados pelo agente, sujeito ativo do ato de improbidade.

Como lembra também Émerson Garcia, será possível a desconsideração da pessoa jurídica nestes casos, caso se demonstre que a pessoa jurídica tenha se desviado de seus fins estabelecidos em seus atos constitutivos, servindo de instrumento à prática de atos ilícitos e buscando manter intangível o patrimônio de seus sócios, verdadeiros responsáveis e maiores beneficiários pelos ilícitos praticados.⁴²

³⁸ GARCIA, Émerson. Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6912>. Acesso em: 20 set. 2010.

³⁹ Vale lembrar que a condenação do agente público na seara penal não produz o mesmo efeito na esfera administrativa, pois deve a infração penal ser considerada também ilícito administrativo.

⁴⁰ Martins Júnior, *Probidade administrativa*, op. cit., p. 298.

⁴¹ *Ibidem*, p. 297.

⁴² Garcia e Alves, *Improbidade administrativa*, op. cit., p. 24.

Nesse sentido, já se posicionou o Colendo STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 AOS AGENTES POLÍTICOS. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. EXTINTA EMPRESA ESTADUAL. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO. PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO. COMINAÇÃO DAS SANÇÕES. ART. 12 DA LIA. REDUÇÃO DA MULTA CIVIL.

(...) 4. Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abarcados no conceito de agente público, previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei 8.429/1992. Precedentes. (...)

9. Recurso especial parcialmente provido. (REsp. 1.135.158, rel. min. Eliana Calmon, DJ 1-7-2013)

Quanto à possibilidade de se aplicar a Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos já submetidos ao regime da Lei de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950)⁴³, o STF, ao julgar a Rcl. 2.138/DF, em 13-6-2007, decidiu que:

(...) Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, §4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37,

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 781.

§4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição.

II.3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

II.4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos.

II.5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal — Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição.

III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Desde então, a doutrina passou a expressar a existência de dois posicionamentos. O primeiro tomou por base o precedente acima transcrito. Argumenta-se, igualmente, que as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa têm forte conteúdo penal, apesar de sua natureza civil, não se admitindo o *bis in idem*. Para os cultores deste posicionamento, há distinção, portanto, entre o regime fixado, pela Constituição Federal, em seu artigo 102, I, c (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950) e o previsto em seu art. 37, §4º, regulado pela Lei nº 8.429/1992.

O segundo entendimento, de outra parte, conclui pela incidência, sem exceção, da Lei nº 8.429/1992 a todo e qualquer agente político. Posição esta adotada amplamente pela doutrina majoritária e pela jurisprudência, inclusive pelo STJ, *verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. SECRETÁRIOS DE ESTADO. COMPETÊNCIA. PRERROGATIVA DE FORO. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. COMPETÊNCIAS IMPLÍCITAS COMPLEMENTARES. REMESSA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL.

1. Trata-se de Ação Civil Pública contra os recorridos em razão da prática de atos de improbidade administrativa, descritos como dispensa indevida de licitação, desvio de verbas públicas, autorização de despesas não previstas em lei e desvio de finalidade na implementação do “Programa do Leite”, com prejuízo aos cofres públicos no valor de aproximadamente R\$ 10 milhões. 2. Após sentença de procedência, o acórdão acolheu a alegação de inaplicabilidade de Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos e, em relação aos demais, anulou a sentença por cerceamento de defesa. O Recurso Especial pugna pela reforma do acórdão nesses dois pontos. 3. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela submissão dos agentes políticos à Lei de Improbidade Administrativa (Rcl 2.790/SC, Corte Especial, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 4.3.2010). 4. Todavia, o mesmo precedente estabelece privilégio de foro aos agentes políticos em ações de improbidade — com base em construção amparada em julgado do STF —, na relevância do cargo de determinados sujeitos, no interesse público ao seu bom e independente exercício e na ideia de competências implícitas complementares. 5. A Constituição do Estado do Rio Grande do Norte prevê prerrogativa de Foro a Secretários de Estado. 6. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos recorridos, agentes políticos, com remessa, de ofício, dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte para que julgue a demanda em competência originária. (Resp. 1.235.952-RN, rel. min. Herman Benjamin, DJ 15-6-2011)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LEI DE IMPROBIDADE. PREFEITO. APLICABILIDADE.

1. O recurso especial foi interposto nos autos de ação civil de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, ocasião em que se imputou ato de improbidade administrativa a assessor jurídico do Município de Pinhal, tendo em

vista a realização de “reserva de placa” para automóvel da prefeitura contendo os numerais correspondentes aos partidos políticos do PT e PDT, aos quais são filiados, respectivamente, o Vice-Prefeito e Prefeito daquela municipalidade. 2. Os prefeitos podem ser processados por seus atos pela Lei nº 8.429/92, eis que não se enquadram entre as autoridades submetidas à Lei n. 1.079/50. O precedente do Supremo Tribunal Federal — Rcl2.138/RJ — reforça a tese sobre o cabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera dos Poderes da União, Estados e Municípios, ressaltando-se apenas as hipóteses em que houver demanda ajuizada contra Ministros de Estado. Assim, os autos devem retornar ao Tribunal *a quo* para que seja processada a ação civil de improbidade administrativa. 3. Recurso especial provido. (Resp. 1.148.996-RS, STJ, rel. min. Castro Meira, DJ 11-6-2010)

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. PREFEITO, VICE-PREFEITO E SECRETÁRIO DE OBRAS. MUNICÍPIO DE PRESIDENTE LUCENA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE MAQUINÁRIOS E SERVIDORES PÚBLICOS PARA A CONSTRUÇÃO DE POSTO DE COMBUSTÍVEIS NA QUAL O PREFEITO MUNICIPAL É SÓCIO. LESÃO AO ERÁRIO. 1. A decisão proferida na Reclamação n. 2138/DF restringe-se às partes litigantes naquele feito. Cabimento da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa contra os agentes políticos. Precedentes da Câmara. 2. Conjunto probatório encartado nos autos que comprova a responsabilidade dos réus pela prática de atos de improbidade administrativa capitulados nos artigos 9º, inciso IV, 10º, inciso VIII e 11 *caput*, todos da Lei 8.429/92. 3. Nenhuma das sanções aplicadas aos agentes públicos desbordou do que prevê a lei, não havendo por que se falar em desproporcionalidade ou inadequação, atingindo os seus objetivos, quais sejam, de salvaguardar a probidade administrativa, devolver aos cofres públicos os valores desviados, multar a prática ilegal pelo próprio fato danoso e impedir a reincidência com a proibição de contratar com o Poder Público e suspensão dos direitos políticos. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSOS DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70044015642, Terceira Câmara Cível, TJRS, relator: Rogerio Gesta Leal, julgado em 1-12-11, DJ de 16-1-12)

Com o advento da EC 45/2004, acrescentou-se o §3º ao art. 102 da Constituição Federal, que dispôs sobre o instituto da Repercussão Geral a ser demonstrada no recurso extraordinário, significando que a competência do STF ficaria limitada às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica.

Dessa forma, ante os múltiplos casos idênticos alegados em Recurso Extraordinário, cuja matéria se referia à alegação de que aos agentes políticos não se aplicava a Lei nº 8.429/1992 ante a ocorrência do *bis in idem*, porquanto as condutas a eles atribuídas deveriam ser julgadas com base na Lei de Responsabilidade, a Corte Suprema reconheceu a existência de repercussão geral desta questão no TEMA 576 – ARE 683.235, rel. min. Cezar Peluzo, redator do Acórdão o min. Gilmar Mendes. Confirmamos trecho da decisão, *verbis*:

Não se desconhece que esta Corte, no julgamento da Rcl nº 2.138 (Rel. Min. NELSON JOBIM, Plenário, DJe de 18.4.2008, Ementário nº 2315-1), decidiu haver distinção entre o regime de responsabilidade dos agentes políticos e o dos demais agentes públicos. Julgo, todavia, ser, mais que oportuna, necessária deliberação desta Corte sobre a possibilidade de extensão dos fundamentos adotados no precedente ao caso de que ora se cuida, porquanto cada uma dessas causas versa sobre autoridades públicas diferentes (Ministros de Estado e Prefeitos), normas específicas de regência dos crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/1950 e Decreto-Lei nº 201/1967) e regramento constitucional próprio de cada autoridade. E têm sido frequentes recursos acerca da mesma matéria, de intuitivo interesse político e social.

Igualmente importante é a discussão sobre os requisitos para a aplicação das sanções aos sujeitos de um ato de improbidade, inclusive sobre a questão da obrigatoriedade ou não da análise dos elementos subjetivos dos atos de improbidade administrativa, ou se apenas é suficiente a verificação objetiva da ilicitude. Assim, o STF reconheceu a existência de repercussão geral desta questão no RE 656.558, que substituiu o AI 791.811, TEMA 309 – rel. min. Dias Toffoli. Relata em seu voto que

considero estar presente nos autos mais um elemento a justificar o reconhecimento da repercussão geral da matéria aqui versada, para que também sobre o alcance de outras das disposições do artigo 37

da Constituição Federal (caput e inciso XXI) venha o Plenário desta Suprema Corte oportunamente a se manifestar. A questão posta apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para todas as esferas da Administração Pública, que podem deparar-se com situações que demandem a celebração de contratos de prestação de serviços e que poderão, depois de estabelecida por este Supremo Tribunal Federal a exata compreensão dos comandos constitucionais em debate nestes autos, agir com maior segurança, evitando a celebração de avenças passíveis de anulação, bem como sujeitas a imposição de graves sanções para aqueles que tomarem parte em tal tipo de contratação.

4.3 *Sujeitos passivos*

O sujeito passivo mediato da improbidade administrativa é o Estado. Protege-se o patrimônio público e a gestão da coisa pública (bens, direitos, recursos com ou sem valor econômico). Assim, qualquer que seja o bem atingido, o Estado sempre estará presente como sujeito passivo formal, já que a norma violada fora por ele estatuída.⁴⁴

Para Fernando Rodrigues Martins, o cidadão também é o sujeito passivo mediato, pois ele sofrerá as consequências do desvio do patrimônio público.⁴⁵ De fato, não *sobrando* dinheiro para construção de escolas, hospitais, ou mesmo a manutenção destes, por exemplo, o cidadão se vê órfão da contraprestação estatal, ficando à deriva muitas vezes e jogado à sorte, tendo que pagar altos tributos ainda, entendimento da qual comungamos, daí porque se sustenta existir direito subjetivo público difuso, que autoriza a tutela deste interesse jurídico.

O sujeito passivo imediato é a pessoa jurídica efetivamente afetada pelo ato. A própria administração pública e entidades por ela custeada, beneficiada ou incentivada. Isto porque o art. 1º traz como sujeitos passivos do ato de improbidade administrativa: a) administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal, dos municípios e de território; b) de empresa incorporada

⁴⁴ Garcia e Alves, *Improbidade administrativa*, op. cit., p. 183.

⁴⁵ Martins, *Controle do patrimônio público*, op. cit., p. 241.

ao patrimônio público; c) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Seu parágrafo único estende o conceito de sujeito passivo à entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como àquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual. Nesse caso, há limitação da sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Silvio Antônio Marques divide os sujeitos passivos do ato de improbidade em duas classes: administração pública e entidades privadas.⁴⁶ Entende-se como administração pública direta os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos estados e do Distrito Federal, pelos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo dos municípios, pelos órgãos autônomos, tais como Ministério Público e Tribunais de Contas e pelos órgãos especiais, ligados a cada uma das esferas governamentais.⁴⁷ Referido autor ressalta que os Poderes Legislativo e Judiciário igualmente desenvolvem atividade administrativa como função atípica ao lado das funções típicas de cada um.

A administração pública indireta é composta pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas incorporadas ao patrimônio público. Incluem-se aqui também os consórcios públicos, criados pela Lei nº 11.107/2005.

As entidades privadas, para fins de aplicação da Lei nº 8429/1992, desde que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, ou tenham sido criadas ou custeadas pelo poder público, podem ser as associações, as organizações sociais (OS), as organizações da sociedade civil de interesse público (Oscip) e os serviços autônomos. Serão sujeitos passivos na medida da injeção do benefício ou custeio recebido.

5. A moralidade, o princípio da precaução e a Lei da Ficha Limpa

Embora oriundo do direito ambiental, com origem em especiais estudos na Alemanha, onde foi colocado como ponto direcionador do direito

⁴⁶ MARQUES, Silvio Antônio. *Improbidade administrativa*. Ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 45.

ambiental, o princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*) foi desenvolvido como um princípio que antecede a prevenção, ou seja, a sua preocupação não é evitar o dano ambiental, mas o de evitar os riscos ambientais. O postulado da precaução vem sendo utilizado quando se pretende evitar o risco mínimo ao meio ambiente, nos casos de incerteza científica acerca da sua degradação.⁴⁸

No princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro — ECO 92, este princípio encontra-se explicitado como elemento essencial para a proteção do meio ambiente, ao estabelecer o seguinte:

Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério de precaução conforme as suas capacidades. Quando haja perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar a adoção de medidas eficazes em função do custo para impedir a degradação do meio ambiente.

Conhecido também como princípio da cautela, pode ser invocado sempre que seja necessária uma intervenção acautelatória em face de um possível risco para a sociedade em geral, em especial, quando existam dúvidas razoáveis onde não se permita uma avaliação completa dos riscos.

Esse princípio da precaução, que tem sido utilizado não só na política visando evitar ou minimizar o risco, tanto real como antecipado, tem sido observado também no direito administrativo, em especial, nos procedimentos licitatórios ao estabelecer regras específicas para as fases de audiência pública e de habilitação, a fim de reduzir os riscos de contratação quando não se vislumbra efetivamente o interesse público ou para tornar mais segura a contratação com entes públicos ou privados, visando a segurança jurídica e o alcance das finalidades públicas.⁴⁹

Conforme Afonso Celso Candeira Valois, o conteúdo deste princípio

não implica, necessariamente, numa leitura formal, no impedimento da atividade, e sim na aplicação de alternativas viáveis que efetivamente

⁴⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002. v. I, p. 149-151.

⁴⁹ Ver DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. O princípio da precaução — dever do Estado ou protecionismo disfarçado. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 53-63, abr./jun. 2002.

assegurem a execução de determinada atividade dentro de condições suficientemente necessárias à prevenção do potencial de risco do dano previsto e estimado.⁵⁰

Com fundamento neste princípio, a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, denominada de “Lei da Ficha Limpa”, modificou a Lei das Inelegibilidades (LC nº 64/1990) e passou a definir, com maior precisão, o conceito de vida pregressa do candidato, definindo as hipóteses de “ficha suja” àquele que pretende assumir um mandato eletivo. Considerou a lei, portanto, inelegíveis, em obediência ao princípio constitucional implícito da precaução, a fim de não colocar em risco a probidade e a moralidade administrativa, aqueles que possuem vida pregressa manchada com as condenações, ainda que sem o trânsito em julgado (administrativo ou judicial), com total respaldo ao disposto no art. 14, §9º, da Constituição Federal.

Na dicção da Lei da Ficha Limpa, pelo seu art. 1º, inciso I, constituem hipóteses de inelegibilidade todos:

d) os que tenham contra sua pessoa **representação julgada procedente** pela Justiça Eleitoral, **em decisão** transitada em julgado **ou proferida por órgão colegiado**, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos **8 (oito)** anos seguintes;

e) os que forem condenados, **em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado**, desde a condenação até o **transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:**⁵¹

⁵⁰ VALOIS, Afonso Celso Candeira. *El principio de la precaución y nuances de su interpretación*. Disponível em: <www.procitropicos.org.br/portal/conteudo/print.php?itemid=1158>. Acesso em: 30 jul. 2012.

⁵¹ O menor de 18 anos de idade, conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, não pratica crime, mas ato infracional, razão pela qual o adolescente representado não é condenado a cumprir pena, mas em caso de procedência da ação socioeducativa poderá receber medida socioeducativa eventualmente cumulada com medida protetiva. Em consulta feita ao TSE (nº 554, classe 5ª) e, conforme a Resolução nº 20.527, “entende-se que o adolescente infrator possui plena capacidade de concorrer a pleito, é elegível, pois não lhe recai qualquer condição de inelegibilidade, não havendo ainda como interpretar de forma extensiva o conceito de penalidade criminal àquela medida”.

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;
 2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;
 3. contra o meio ambiente e a saúde pública;
 4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;
 5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;
 6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;
 7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;
 8. de redução à condição análoga à de escravo;
 9. contra a vida e a dignidade sexual; e
 10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;
- h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo **abuso do poder econômico ou político**, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;
- j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por **corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma**, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;
- l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de **improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito**, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;
- n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem **desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade**, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por **doações eleitorais tidas por ilegais** por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

Embora já julgada a questão da constitucionalidade desses dispositivos,⁵² há que se salientar que a aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 sobre fatos anteriores não viola o princípio da irretroatividade das leis, seja porque a inelegibilidade deve ser conhecida a qualquer tempo, por se tratar de elemento essencial para que o candidato possa participar do pleito e, ao fim, caso vitorioso, consiga ser diplomado; seja porque se entendeu que nas hipóteses de inelegibilidade há retrospectividade, denominado por alguns juristas, dentre eles, o constitucionalista J. J. Canotilho, de “retroatividade inautêntica”, pois nesse caso a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações ou relações já existentes, tendo-se como exemplos clássicos as modificações dos estatutos funcionais ou de regras de pendência dos servidores públicos (ver ADIs 3105 e 3128, rel. para o acórdão min. Cezar Peluso). Também não há que se falar em direito adquirido de se candidatar, mesmo porque a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico — constitucional e legal complementar — do processo eleitoral.

O princípio da presunção de inocência, aplicável no sistema penal e processual penal, passou a ser relativizado em sede eleitoral, a fim de atender o constitucionalismo democrático, ao princípio da moralidade inserido na própria Constituição, e porque as condições objetivas do art. 14, §§4º a 9º, da CF/88 impedem o indivíduo de concorrer a cargos eletivos e não se confundem com as hipóteses de suspensão ou de perda dos direitos políticos estabelecidos pela própria Constituição.

O fato é que, tendo o STF declarado a constitucionalidade desses dispositivos, todos aqueles que pelos motivos acima delineados forem condenados

⁵² Embora tenha entrado em vigor na data de sua publicação, dia 7 de junho de 2010, diversas questões sobre a sua constitucionalidade foram levantadas pela ADI 4.578 e pelas ADCs nºs 29 e 30. Em seu ilustre voto, o ministro Luiz Fux deixou bem claro que a controvérsia judicial — sobre a (in)constitucionalidade — demonstrada nos referidos autos cuidava exclusivamente das hipóteses de inelegibilidade introduzidas nas alíneas “c”, “d”, “e”, “f”, “g”, “h”, “j”, “k”, “l”, “m”, “n”, “o”, “p” e “q”, do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/1990, por força da Lei Complementar nº 135/2010, não havendo, portanto, discussão sobre a constitucionalidade dos demais dispositivos de ambas as leis complementares.

em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado serão considerados inelegíveis, adotando-se, assim, no sistema o princípio da precaução que, no nosso entender, tem como objetivo fundamental resguardar a moralidade da atuação do homem público que se dispõe a representar o povo.

Considerações finais

Há 192 anos da Independência, 125 de proclamada a República do Brasil e 26 anos da promulgação da nossa chamada Constituição cidadã, ainda estamos engatinhando na luta contra a corrupção e malversação do dinheiro público.

A Constituição Federal vigente estabeleceu, no capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, a moralidade administrativa como um direito fundamental do cidadão que tem legitimidade para propor ação popular, por exemplo, a fim de anular o ato lesivo àquela. A Lei de Improbidade Administrativa, por sua vez, trouxe garantias de que o agente público, em praticando atos de enriquecimento ilícito, que causem lesão ao patrimônio público e que atentem contra os princípios da administração pública, receba sanções de natureza civil, política e administrativa, sem prejuízo das sanções penais.

No âmbito do direito eleitoral, na busca da tutela de alguns princípios como o da moralidade, da segurança jurídica e da proteção à confiança, a Lei da Ficha Limpa consagrou em seu sistema o princípio da cautela, ou da precaução, com vistas à segurança coletiva, a fim de evitar o risco de que pessoas potencialmente imorais, que agiram ao largo da ética ou da probidade, venham a participar dos destinos políticos deste país. Como bem asseverado pelo senador Randolfe Rodrigues do PSOL em seu pronunciamento na Casa Legislativa em 8 de novembro de 2011, sobre a Lei da Ficha Limpa (cuja constitucionalidade estava para ser decidida pelo STF no dia seguinte),

em relação à ordem política e à ordem administrativa e, quando a Constituição caminha assim, do art. 14 até o art. 17 e depois no art. 37, o que prevalece é o princípio da cautela com a coisa pública, da precaução e da proteção do coletivo sobre a ameaça individual. Enquanto no art. 5º há a proteção do indivíduo, direito fundamental, direito humano de primeira geração, nos artigos seguintes, da ordem política e no artigo

que fala da administração pública, que é o art. 37, o que está preservado ali é o direito coletivo (difuso), o direito da sociedade. A sociedade tem que ser preservada em relação ao mau parlamentar. Repito e falo para concluir (...) a sociedade tem que ser preservada de indivíduos que têm uma vida pregressa, que não cumpram os pré-requisitos da probidade (...) a sociedade precisa ter candidatos, do latim *candido*, aquele que é puro, aquele que é limpo.⁵³

Também não podemos olvidar da história da mulher de César. Pompeia foi acusada de infidelidade, mas o imperador declarou ignorar o que se dizia a respeito da esposa, que acabou inocentada. No entanto, César se separou de sua mulher. Para quem o acusava de ser contraditório por defendê-la no Tribunal e condená-la em casa, ele teria afirmado: “não basta ser honesto, é preciso parecer honesto”. E observamos que há um movimento em todo o país para que se adote esse princípio da cautela, inclusive para aqueles que pretendem participar de concursos públicos ou para que sejam contratados pela administração pública. É evidente que a questão da constitucionalidade das leis que impuserem essas exigências deverá ser apreciada caso a caso, mas cuida-se de evidente movimento a demonstrar a aplicação deste princípio da precaução no direito administrativo.

O fato é que a moralidade administrativa cuida-se de princípio que permeia toda a Constituição Federal e por isso pode ser protegida por cidadão (em ação popular), pelo Ministério Público ou pela própria administração (na ação de improbidade) ou pelos legitimados ativos de uma ação civil pública. A legitimidade ampla e a diversos atores não retira a sua fundamentalidade, pelo contrário, pois, neste caso, os direitos difusos, subjetivos públicos, embora possam ter as suas tutelas alcançadas por meio de ações específicas, com a previsão de diversos titulares legitimados, os processos podem ser chamados a operar como regulador de massas de interesses transindividuais relativamente a temas complexos e controversos ou os processos podem ser chamados a operar como instrumentos de garantia para um controle externo da gestão do patrimônio público. É certo que há na doutrina discussão sobre a impossibilidade de se determinar o que cada titular do direito pode fazer ou exigir em determinadas circunstâncias concretas, ao contrário do que

⁵³ Pronunciamento no Senado e para a Rádio Senado e TV Senado. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/pronunciamento/detTexto.asp?t=390707>. Acesso em: 30 jul. 2012.

ocorre com os demais direitos fundamentais; entretanto, no caso da violação à moralidade administrativa, verificamos a possibilidade, pelos instrumentos processuais, da identificação dos legitimados para as demandas específicas, o que não afasta o reconhecimento de que exista um direito difuso que se exerce por sujeitos de representatividade transindividual. O direito, nesse caso, é indivisível e tem como fundamento a garantia de um bom governo e de lisura no trato da coisa pública.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1998.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. O princípio da precaução — dever do Estado ou protecionismo disfarçado. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 53-63, abr./jun. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. A “corrupção” e a improbidade: uma reflexão. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 253-260.

_____. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Probidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Émerson. Sujeitos dos atos de improbidade: reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 715, 20 jun. 2005. Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6912> . Acesso em: 20 set. 2010.

GARCIA, Émerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HARADA, Kiyoshi. Ato de improbidade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 31, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=361>>. Acesso em: 20 set. 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. São Paulo: RT, 1998.

MARQUES, Silvio Antônio. *Improbidade administrativa*. Ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas*. São Paulo: Atlas, 2009.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002. v. I.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Porto Alegre: L&PM, 2010.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

VALOIS, Afonso Celso Candeira. *El principio de la precaución y nuances de su interpretación*. Disponível em: <www.procitropicos.org.br/portal/conteudo/print.php?itemid=1158>. Acesso em: 30 jul. 2012.