

OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DE PENA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADO POR GESTOR PÚBLICO

Cleófas Abraham David Kalil Fadel¹

RESUMO

O termo probidade está diretamente ligado aos Princípios Constitucionais da Razoabilidade e da Proporcionalidade, assim como, honestidade, respeito e boa-fé. Ao contrário, desde que manifestado o dolo, tanto pela ação ou omissão de um ato, além de ofender os princípios constitucionais, a conduta do gestor público atrairá para si as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. Diante disso, caberá ao Juiz aplicar as punições previstas na lei com proporção e graduação conforme a gravidade da modalidade de improbidade administrativa configurada. Por isso, tem-se como objetivo avaliar a devida aplicabilidade dos princípios constitucionais, uma vez que as penalidades estão sendo impostas de maneira desproporcional, sem limites e coerência com o ato infracional.

Palavras-chave: Princípios. Razoabilidade. Proporcionalidade. Improbidade. Gestor Público.

ABSTRACT

The term integrity is directly linked to the Constitutional Principles of Reasonableness and proportionality, as well as honesty, respect and good faith. On the contrary, since manifest deceit, either by action or omission of an act, and offend the constitutional principles, the conduct of the public manager will attract to you the penalties provided for in the Administrative Misconduct Law. Thus, it will be up to the judge to apply the penalties provided by law with proportion and degree depending on the severity of the configured administrative misconduct mode. Therefore, we have to evaluate the proper applicability of constitutional principles, since the penalties are imposed disproportionately without limits and consistency with the offense.

Keywords: Principles. Reasonableness. Proportionality. Malfeasance. Public Manager.

¹ Advogado. Formado em Direito pela União Latino-americana de Tecnologia (FAJAR). Pós-Graduado em Gestão Pública pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pós-Graduando em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito [...]”. (GUERRA FILHO, 2000, p. 75-76).

A frase supracitada descreve em termos, a finalidade a que se propõe esse trabalho, visto o termo probidade estar diretamente ligado à honestidade, moralidade, respeito e boa-fé, e, em sentido oposto, o ato de improbidade ofende tais adjetivos, principalmente, entre outros, a razoabilidade e proporcionalidade.

Considerando que a boa-fé se presume, a responsabilidade dos agentes públicos é sempre analisada mediante a existência de culpa, sendo que, até mesmo o enriquecimento ilícito para configurar ato de improbidade, depende de dolo do beneficiado, seguindo assim atualmente, a orientação da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Ressalte-se que a boa-fé é um elemento que, na medida em que se encontra no pensamento do agente, torna-se a intenção com a qual ele faz ou deixa de fazer alguma coisa, pois, é praticamente impossível perscrutar o pensamento, mas é possível, sim, aferir a boa (ou má) fé, pelas circunstâncias do caso concreto, por meio da observação de um feixe convergente de indícios. (FERRAZ; DALLARI, 2012).

Portanto, os questionamentos que permeiam o pensamento do operador jurídico sério e comprometido em subsidiar à correta e verdadeira justiça, transpõem a aplicabilidade de princípios constitucionais, uma vez que o emprego das penalidades impostas por atos de improbidade administrativa, estão sendo denunciados e aplicados sem limites e coerência. Argumenta-se ainda, conquanto a observação dos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, no que tange às suas características e pressupostos, que estes consigam assegurar a aplicação correta das penalidades abordadas na Lei Federal nº 8.429/92, afim de que tais sanções sejam demandadas de maneira equânime.

E, deste modo, numa abordagem mais pluralista, obrigatoriamente entrará em questão as maneiras utilizadas pelos Órgãos Ministeriais, os quais extrapolam a utilização de seus mecanismos jurídicos concretos, superando a ordem principiológica, quanto ao uso de medidas excessivas em confronto ao resultado que se pretenda alcançar.

2 ELEMENTOS ESSENCIAIS NA APLICAÇÃO DE PENA

Independente se houver o cometimento de algum ato ilícito, a lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo.

Todavia, há de se verificar, pelo menos, a existência de um mínimo cometimento de má-fé do agente que revele algum comportamento desonesto.

E, no observar esse mínimo de má-fé é que se exige bom senso e pesquisa relacionada à verdadeira intenção do indivíduo, sob pena de sobrecarregar inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, as quais podem ser resolvidas na própria esfera administrativa. Por isso, que a aplicação das medidas severas sancionatórias da Constituição determina observância minuciosa aos princípios da razoabilidade, sob aspectos entre meios e fins, em relação à proporcionalidade.

Portanto, sem um mínimo de má-fé encontrado nessas hipóteses de ilicitudes cometidas pelo agente, não se pode cogitar a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, em decorrência de penalidades tão severas, atribuídas pelo legislador constituinte.

2.1 O princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade, instituto constitucional, encontra repercussão na aplicabilidade da providência administrativa, segundo o consenso social acerca do que é usual e sensato, e, a proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade, revela que nem todos os meios explicam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.

Dentre uma gama de nomenclaturas variadas, o princípio da razoabilidade pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, o qual visa compatibilizar meios e fins, objetivando evitar restrições que não são úteis e nem necessárias aos que dela se utilizam, decorridos da própria Administração Pública ao particular, ou, do aplicador, ao cidadão.

Mediante a sua forte ligação com a discricionariedade, os mesmos, quase se fundem em suas definições, sendo uma aferida pelos valores do homem médio e, outra, a atuação

desse homem frente às resoluções. Destaque-se aqui o trabalho da professora Lúcia Valle Figueiredo (2008, p. 50), que trata da congruência com as posturas normais ou as já adotadas pelo acusador e/ou julgador, diante desse contexto de Administração Pública, como um todo.

O fato de a lei conferir ao membro do Ministério Público ou administrador certa liberdade ou discricão para acusar ou atuar, significa que ante as diversas situações, deverá ser tomada a decisão mais adequada a cada qual delas, inclusive, a decisão de não manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos pretendidos e nem assumidos pela lei a ser aplicada, sufragando as providências insensatas que se queira adotar, muito menos, obrigar que seja aceito como critério exegético de uma lei.

Esse princípio se fundamenta nos arrimos constitucionais dos princípios da legalidade (artigos 5º, II, 37 e 84, CF/88) e da finalidade (incluindo o inciso LXIX do mesmo artigo, CF/88).

Portanto, ao examinar o tema da discricão administrativa ou judicial, podem-se tirar lições importantes, as quais poderão impedir consequências nefastas ao denunciado numa demanda judicial. E, mediante tais prerrogativas, o mestre português Afonso Rodrigues é magistral ao dizer que “[...] o fato de não poder saber o que uma coisa é não significa que não se possa saber o que ela não é [...]”, como reitera o autor Queiró (1968 apud MELLO, 2009), principalmente, denunciar sem arrazoar as penalidades conforme o delito cometido.

2.2 Atender ao interesse público

Ao tratar de razoabilidade, a obra de Augustin Gordillo (1977 apud DI PIETRO, 2009), estabelece que não se deva utilizar de medidas desproporcionadas ou até mesmo excessivas, mesmo que não venha transgredir a norma concreta e expressa, tendo como consequência, a prática de um ato caracterizado por irrazoável em relação ao que se deseja alcançar.

Com efeito, o princípio da razoabilidade, que se remete ao da proporcionalidade, se encontra esculpido na Lei nº 9.784/99, no artigo 2º, parágrafo único, a qual impõe à “Administração Pública a adequação entre os meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções”, além das necessárias ao cumprimento e atendimento do interesse público, incluindo, ainda, no seu artigo 29, “o meio menos oneroso aos interessados”.

Igualmente, com a Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-2004, que “dispõe sobre a Reforma do Judiciário”, trata da “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Em mesmo teor, o escopo desse princípio visa atender ao interesse público, desde que seja efetivamente integrada à discricionariedade, realçado pelo aspecto teleológico, com pertinência à oportunidade e conveniência, que de fato, busca-se “[...] valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus Standards ou ideologias, [...], a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma [...]” (DI PIETRO, 2009, p. 79).

2.3 O princípio da proporcionalidade

Enquanto princípio constitucional, o seu conteúdo somente poderá ser compreendido, se levar em conta o advento histórico de dois períodos com concepções distintas, ou seja, um primeiro Estado de Direito, onde em declínio e ultrapassado, vinculava-se inteiramente ao princípio da legalidade, que em seu apogeu, se firmava imperiosamente no direito positivo; porém, de outro modo, em um próximo instante, um segundo Estado de Direito, onde nasciam princípios ligados mais ao respeito aos direitos constitucionais do que propriamente na ordem positiva, servindo assim, de centro da ordem jurídica atual, o qual fizera nascer o princípio da proporcionalidade, numa emergente revolução constitucional relativa ao incremento e expansão do controle de constitucionalidade.

Num segundo momento histórico, tais precedentes, ao invés de declarações político-filosóficas, se tornaram atos vinculados, tendo o poder de conciliar direito formal com o material, provendo exigências de caráter transformador em uma gigantesca velocidade.

É de se observar que tal regramento produz uma controvertida ascendência do juiz sobre o legislador, sem abalar a separação dos poderes, no que tange a autonomia, poder decisório e liberdade do legislador para até mesmo, determinar fins e meios, que em contrapartida, deixa ao juiz certo prisma de espaço mais amplo do exame e controle de aplicação das normas, tecendo-se exclusivamente, através do uso e manejo do princípio da constitucionalidade, que em explicação ao proposto, segue:

[...] As limitações de que hoje padece o legislador, até mesmo o legislador constituinte de segundo grau – titular do poder de reforma constitucional – configuram, [...] a grande realidade da supremacia da Constituição sobre a lei, a saber, a preponderância sólida do princípio da constitucionalidade, hegemônico e moderno, sobre o velho princípio de legalidade ora em declínio nos termos de sua versão clássica, de fundo e inspiração liberal [...]. (BONAVIDES, 2004, p. 400).

Portanto, nota-se que existe uma preponderância em afirmar que este não é um direito da liberdade, mas sim, um direito que protege a liberdade, se assemelhando a natureza de direitos fundamentais e se inclinando para o entendimento de que por eles são determinados.

Destarte, ainda em seu caráter principiológico, segue-se parcialmente a linha primal da pertinência, necessidade e o uso do meio mais brando, que em sentido estrito, se prende ao mandamento de ponderação e/ou avaliação.

Uma lesão a tal manejo assume uma maior gravidade no âmbito dos sistemas hermenêuticos, oriundos da teoria material da Constituição, conforme esclarece Bonavides (2004, p. 402).

Apesar de estar em plena evolução e de seu recente emprego na jurisdição constitucionalista, o princípio da proporcionalidade está fadado a uma expansão ainda sobremaneira ao espaço tradicionalista, porém, ainda difícil de ser apurado, mas que foi consagrado na máxima clássica do Direito Administrativo, Jellinek (1986 apud BONAVIDES, 2004), onde se justifica “que não se abatem pardais disparando canhões”, o qual foi recepcionado e definitivamente consolidado, no âmbito constitucional.

2.4 A gestão pública em face da proporcionalidade

Em virtude do equilíbrio existente entre os Poderes do Estado e seus Gestores Públicos, existe um iminente perigo de que o equilíbrio entre ambos seja abalado, caso haja abusos ou um inadvertido emprego do princípio da proporcionalidade, resultando ainda, num temerário e provável sentido de instauração de um “Estado de Juízes”, se vier a ocorrer o cerceamento da ação do poder constitucionalmente legítimo dado ao legislador, como exemplo, na sua tarefa de elaborar as leis.

Contudo, o Juiz, também visto na qualidade de Gestor, pode se precaver, a fim de evitar a interferência no espaço aberto e criativo, conferido constitucionalmente ao legislador,

mesmo que suas decisões sejam pautadas pelo conteúdo prático-social, econômico, inclusive, político-jurídico.

E, mediante a circunstância em voga, descreve Bonavides, através do eminente jurista Hans Schneider (1976 apud BONAVIDES, 2004), a “função do legislador não deve ser avocada pelo tribunal constitucional quando este examina se o legislador se manteve ou não dentro dos limites que lhe foram traçados pela Constituição”. Porém, em oposição a esse argumento, Bonavides expõe (BONAVIDES, 2004) ser inadmissível o estabelecimento dessas limitações, entendendo que se deve preponderar o “elemento jurídico-estatal da liberdade”, em razão do princípio da proporcionalidade.

No entanto, quanto aos efeitos consequenciais das leis, é pertinente observar a consonância com as ordens superiores que se tangenciam nos valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, destacado por Bonavides, as quais estejam ligadas com a “ordem valorativa da Constituição”, guardadas pelos “princípios não escritos da lei maior”, compreendidos somente através do “axioma da estatalidade jurídica no princípio do Estado social”.

Principalmente, não se deve esquecer que a “dignidade do homem é o valor mais alto da Constituição” (BONAVIDES, 2004, p. 422), e, por isso, não pode ser ferido em seus aspectos espirituais, políticos e econômicos do ser humano, os quais não poderão sofrer limitações que lhe vierem a atingir intrinsecamente.

2.5 Princípios abrangentes entre si

Comparando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, nota-se que ambos possuem o mesmo significado em tese, embora algumas leis façam referências diversas as duas separadamente, servindo o último, apenas um aspecto do primeiro.

Entretanto, a preocupação com a ética no setor público e o combate à corrupção e impunidade fez surgir o princípio da moralidade, o qual foi incluído na Carta Magna como um reflexo de resposta social, resultando a partir daí a improbidade administrativa com mais força e maior abrangência, não apenas para punir infrações de agentes políticos por enriquecimento ilícito no exercício do cargo, contudo, determinando mais rigidez para todas as classes de servidores públicos.

Além disso, todos os princípios constitucionais são coerentes com a evolução do princípio da legalidade, levando à evolução para um Estado Democrático de Direito, conforme disposto no preâmbulo e artigo 1º da Constituição Federal.

No entanto, em consequência, houve certa repulsa ao positivismo jurídico quando se ampliou o princípio da legalidade, o qual veio abranger outros valores como ética, boa-fé, moralidade, proporcionalidade, razoabilidade e tantos outros consagrados pela doutrina, jurisprudências e regras expressas constitucionais. Em aspecto mais doutrinário, pediu-se a reconstrução dos axiomas jurídicos através desses conceitos e valores predeterminados, ora perdidos no positivismo.

Quando se fala de improbidade administrativa, deduzem-se principalmente a atos ilegais, além de já se caracterizarem por desonestos ou imorais.

A Lei de Improbidade Administrativa cuidou por definir atos de improbidade que implicam em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e os que atentam contrariamente aos princípios administrativos.

E, quando se trata de legalidade, é necessário diferenciar o sentido restrito do amplo, pois o primeiro diz respeito ao mero cumprimento da lei, e o segundo, abrange a razoabilidade, moralidade, proporcionalidade, e demais princípios elencados na doutrina em consonância com a lei.

2.6 Improbidade administrativa e sua evolução histórica

A importante e democrática Constituição Federal de 1988, inovou quando atribuiu relevância ao ato de improbidade administrativa, no capítulo que trata sobre a Administração Pública.

Anteriormente, não havia dispositivo que tratasse de sanções aos atos que importassem prejuízo à Fazenda Pública, resultantes da ilicitude do acusado.

Apenas em oito de maio de 1941, pelo Decreto-Lei nº 3.240 (BRASIL, 1941), as pessoas que eram indiciadas por causarem prejuízos à Fazenda Pública, tinham seus bens sequestrados, em virtude de que tais perdas se constituíam como efeito de condenação criminal, não podendo ser mantidas, mesmo com a extinção da ação ou de absolvição.

Posteriormente, a Constituição (BRASIL, 1946), em seu artigo 141, § 31, anunciava que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.

Contudo, havia necessidade de que esse dispositivo constitucional fosse regulado para o seu melhor cumprimento, efetivando-se, assim, posteriormente, pela Lei nº 3.164, de 1º de junho (BRASIL, 1957), conhecida como Lei Pitombo-Godoi Ilha. Esta regulava que tanto do sequestro como a perda de bens em favor da Fazenda Pública, tendo estes sido adquiridos pelo servidor público através de sua influência na função, cargo ou, emprego em entidade autárquica, ficavam sem prejuízo da responsabilidade de âmbito criminal, sendo decretadas pelo juízo cível e promovidas pelo Ministério Público ou qualquer outro cidadão.

Logo, a mesma lei instituiu a obrigatoriedade de que todo servidor público deveria efetuar o registro público de seus bens e valores pertencentes ao seu patrimônio privado. Ficava claro que se tratava de mera sanção cível, independentemente da responsabilização criminal, ainda que incidisse o fim da ação penal ou ocorresse à absolvição do réu.

No ano seguinte, foi criada a Lei nº 3.502 (BRASIL, 1958), a qual tratava do sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência no cargo ou abuso de função.

Posteriormente, a Constituição (BRASIL, 1967), com a Emenda Constitucional nº 1/69, especificadamente com alteração do artigo 150, § 11, para o artigo 153, § 11, regulava que “a lei disporá sobre perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública”.

Com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), foi dada ênfase à moralidade administrativa, que além de seus parágrafos, o artigo 37, § 4º estabeleceu que: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, e indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Observa-se que o referido texto mostra a sintetização do que já se vinha aplicando de maneira esparsa, em constituições e leis anteriores.

No entanto, bastava regular esse novo artigo e seu parágrafo, o qual foi preparado para receber uma lei que viesse a regulamentar as respectivas sanções resultantes de ato de improbidade administrativa.

Em dois de junho de 1992, foi promulgada a Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992), a qual “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”.

Mesmo não tendo em súmula a referência de “improbidade administrativa”, o que seria mais conveniente, ainda assim, essa lei se caracteriza nesse aspecto, sendo conhecida como “lei da improbidade administrativa”.

Não se pode esquecer que as penalidades previstas no artigo 37, § 4º da CF/88, só puderam ser aplicadas após a vigência dessa lei.

2.7 A lei de improbidade administrativa

Em função da natureza do ilícito e da sanção administrativa, é de se observar que no final do artigo 37, § 4º da CF/88, destaca-se que a lei estabelecerá a forma e gradação para atos de improbidade administrativa que vierem a corresponder a um ilícito penal, desde que caracterizado por crime definido no Código Penal e sua legislação complementar.

O que a lei acrescenta, é que poderá ocorrer “sem prejuízo da ação penal cabível”, significando que tal ato pode ser considerado como crime de âmbito penal, e, por outro lado, a natureza sancionatória corre predominantemente na esfera civil e política.

A improbidade administrativa por si só não se caracteriza como crime, mas, as medidas previstas no dispositivo constitucional podem indicar tanto uma sanção administrativa para servidor público, no caso de perda da função pública, ou destinada ao agente político, quando implicar a suspensão dos direitos políticos, ou ainda, de caráter civil, quando ocorrer à indisponibilidade de bens, pois, afeta o próprio direito de propriedade e nesse mesmo aspecto, o ressarcimento dos danos causados ao erário.

Para distinguir suas principais prerrogativas de maneira mais singular, em suma, a Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992), define seus sujeitos nos artigos 9º, 10 e 11, o cabimento das penas no artigo 12, a normatização do direito de representação no artigo 14, prevê ilícito penal no artigo 19, e, estabelece normas de prescrição de propositura de ação no artigo 23.

No entanto, alguns dispositivos se detêm estritamente de matéria na esfera administrativa, respeitando assim, a competência privativa de cada ente da federação.

E, conforme já assinalado anteriormente, os crimes definidos tanto na legislação civil e penal, podem também, se caracterizar como infrações na esfera administrativa, previstas na Lei nº 8.112 (BRASIL, 1990) (Estatuto dos Servidores Públicos Federais). Sendo assim, nada impede que sejam instaurados processos nas três instâncias, ou seja, criminal, civil e administrativa, havendo a comunicabilidade entre elas.

2.8 Elemento subjetivo: dolo ou culpa

Independente se houver o cometimento de algum ato ilícito, a lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo.

Todavia, há de se verificar, pelo menos, a existência de um mínimo cometimento de má-fé do agente que revele algum comportamento desonesto.

E, no observar esse ‘mínimo’ de má-fé é que se exige bom senso e pesquisa relacionada à verdadeira intenção do indivíduo, sob pena de sobrecarregar inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, as quais podem ser resolvidas na própria esfera administrativa. Por isso, que a aplicação das medidas severas sancionatórias da Constituição determina observância minuciosa aos princípios da razoabilidade, sob aspectos entre meios e fins, em relação à proporcionalidade.

E, somente no artigo 10 da referida lei, que é citada a ação ou omissão dolosa ou culposa mediante os dispositivos que definem os atos de improbidade.

No entanto, em algumas hipóteses, no que tange aos atos que causam enriquecimento ilícito, como exemplo, a culpa é presumida, afinal, às vezes não se consegue mensurar o tamanho do prejuízo causado em relação à dimensão dos bens contraídos ilicitamente e, a presença do elemento subjetivo, não só nesse caso, abrange a todos os atos de improbidade, visando assegurar a moralidade e a honestidade da Administração Pública.

Portanto, sem um mínimo de má-fé encontrado nessas hipóteses de ilicitudes cometidas pelo agente, não se pode cogitar a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública, em decorrência de penalidades tão severas, atribuídas pelo legislador constituinte.

2.9 Das sanções

O artigo 37, § 4º da Constituição Federal mostra uma das partes mais interessantes da lei de improbidade, senão, a mais importante, versada por sanções, sendo: “[...] a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e a restituição ao erário, na gradação e forma previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

No entanto, nem sempre as medidas adotadas nesse parágrafo possuem caráter sancionatório, pois em sua natureza, no caso da indisponibilidade de bens, objetivam acautelar a apuração dos fatos em face de uma possível dilapidação, ocultação ou transferência de bens, dificultando o ressarcimento do dano, servindo como uma forma de recomposição do patrimônio lesado.

Todavia, não se pode falar em ressarcimento de danos se não houver prejuízo ao patrimônio público ou ao erário, sob pena, em caso oposto a esse, enriquecimento por parte do próprio Poder Público. Essa conclusão decorre de norma expressa na lei nº 8.429 (BRASIL, 1992), contida no Art. 5º: “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”.

O que se verifica ainda, que além da primeira medida, a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública também possuem caráter civil e não criminal.

Na Lei de Improbidade, as sanções estão previstas no artigo 12, indo além dos dispositivos constitucionais, através de outras medidas, como a “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio”, a multa civil e “[...] a 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, [...]”, ressaltando que essas medidas não são punitivas, e sim, cautelares de simples reposição das coisas ao “*status quo ante*”.

No mesmo artigo, foi estabelecida uma gradação, em termos de gravidade, de maneira decrescente, no que diz respeito ao enriquecimento ilícito no primeiro plano, prejuízo ao erário em segundo, e, atos que atentam contra os princípios administrativos, em terceiro, conforme dispõe abaixo:

I – na hipótese do artigo 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública,

suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II – na hipótese do artigo 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III – na hipótese do artigo 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. (Lei 8.429/92, Art. 12).

É possível que um ato atente apenas contra os princípios administrativos e não aos demais atos de improbidade, como por exemplo, desvio de poder (artigo 11, I), sendo aplicada gradação de sanção menos severa.

Em outro aspecto, podem-se aplicar as sanções de maneira cumulativa, tendo como fundamento a natureza diversa de cada ato com sua respectiva sanção, previstas no artigo 12.

Enfim, o que se leva em consideração com maior esmero, é o fato de que tais atos venham ferir a moralidade da instituição pública.

Porém, o que não se pode aceitar, por haverem formas mais adequadas e precisas de levantar provas e fazer uma investigação mais apurada, é o fato de “achar” que se pode punir, utilizando-se de todas as sanções, sabendo que o cidadão “supostamente” cometeu um ilícito que abrange apenas um caráter sancionatório, até mesmo, ferindo somente princípios.

Também, sabe-se que pode ser criada uma Comissão Administrativa com o fim de levantar indícios, a qual se encontra mais próxima do gestor público ou agente, possibilitando apurar com maiores detalhes a situação, mantendo a imparcialidade sob o olhar atento do Ministério Público, obtendo resultados mais rápidos e eficazes, evitando assim, chegarem às esferas judiciais.

Na prática, o que o juiz leva em conta, de acordo com o previsto no artigo 12, trata-se da expressão “extensão do dano causado”, devendo ser entendida no sentido mais amplo, não só no aspecto econômico, mas também, e principalmente, ao patrimônio moral do Estado e da sociedade.

2.10 O ato de improbidade administrativa

Embora a lei fale de ato de improbidade, o termo não alude aos atos administrativos em si, pois, o vocábulo abrange o conceito de maneira mais extensa e ampla, visto agregar também uma omissão ou conduta, porém, tudo deve ser praticado no exercício da função pública. Obrigatoriamente, mesmo que seja cometido por terceiro, exige-se um reflexo danoso ao Estado, diretamente repassado através da função pública. É difícil conceber a ideia de que um ato de improbidade não tenha passado ou haja cumplicidade com o agente público.

Agora, de uma forma mais estrita, qualquer ofensa aos princípios administrativos elencados na Constituição Federal constitui ato danoso ou atos de improbidade administrativa.

A rigor, o artigo 21 da Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992) traduz que independe de qualquer ocorrência de ato, mesmo que haja efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas públicas pelo TCE ou TCU.

No que diz respeito a independe de “ocorrência de dano ao patrimônio público”, não seria sensato punir um indivíduo se o seu ato não causasse qualquer tipo de dano. Ainda, o texto trouxe “patrimônio público” substituindo “patrimônio econômico”, e, de uma forma mais clara, o legislador quis dizer no inciso I do mesmo artigo, quando se trata de “ocorrência de dano ao patrimônio público”, é que as sanções poderão ser aplicadas mesmo que não ocorra ato danoso previstos no artigo 11 da mesma lei.

Contudo, tais atos podem ainda não ter ocorrido, mas, se deem contra a moralidade, lealdade, boa-fé, honestidade e imparcialidade, e irão se caracterizar como ato de improbidade, visto terem ferido a moral da instituição.

Nesse mesmo aspecto, a lição de Marcelo Figueiredo (FIGUEIREDO, 1997, p. 101), é muito precisa, no seguinte teor:

Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material à administração, como também qualquer sorte de lesão ou violação à moralidade administrativa, havendo ou não prejuízo no sentido econômico. De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de ‘corrupção’ (sentido leigo). Muitas dessas práticas revertem em benefício do agente e nem sempre causam prejuízo ‘econômico-financeiro’ à Administração. O dispositivo, ainda, ao não exigir ‘a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público’, pode levar o intérprete a imaginar que o juiz será obrigado a aplicar as sanções da lei independentemente de dano. Não parece a melhor exegese, como vimos. Já desenvolvemos alhures a ideia de que ao Judiciário é cometida a ampla análise da conduta do agente. Assim, poderá, ao aplicar a pena, dosá-la em função

do prejuízo causado ao erário. Nota-se que, ausente qualquer tipo de prejuízo, mesmo moral, seria um verdadeiro ‘nonsense’ punir-se o agente. (FIGUEIREDO, 1997, p. 101)

Vale ressaltar que deve ser observado que os atos de improbidade administrativa, além de se constituírem em ilícitos ou infrações administrativas, são passíveis de serem punidos na esfera administrativa e podem corresponder a duas ou mais hipóteses descritas na lei, ou seja, estar caminhando paralelamente em instâncias, tendo como exemplo, a omissão ou retardamento de prática que deveria ser realizado de ofício, conforme previsão no artigo 11, inciso II; podem também causar prejuízo ao erário público, previsto no artigo 10; e, incidir ainda, no quadro de enriquecimento ilícito em razão da função do cargo que o agente exercia, previsto no artigo 9ª da Lei de Improbidade Administrativa.

2.11 Ação judicial

Vem se firmando predominantemente que a ação cabível para casos de atos de improbidade administrativa é a Ação Civil Pública, regulada pela Lei nº 7.347 (BRASIL, 1985), cabendo ao Ministério Público a competência para propor a aludida ação, o qual vem se alicerçando na redação do artigo 129, inciso III da CF/88.

Como medidas cautelares contidas na Lei de Improbidade, está a indisponibilidade de bens, o sequestro, investigação em contas bancárias, exame e bloqueio de bens, aplicações financeiras mantidas no exterior, afastamento do agente público para exercer cargo ou função, devendo tal ação ser proposta no rito ordinário, “(...) dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar” (Lei 8.429/92, Art. 17).

Ao ser proposta a ação é vedada qualquer transação, conciliação ou acordo, podendo ter como litisconsorte a pessoa jurídica interessada, ou, sendo ela a interessada em atuar, o Ministério Público será o fiscal da lei, sob pena de nulidade (art. 17, § 4º).

Em se tratando de indenização, será revertido ao próprio ente público, ou seja, a pessoa jurídica que foi prejudicada com o ato ilícito (artigo 18).

E, finalmente, ao falar de prescrição, o prazo é de cinco anos a contar após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou confiança, sendo imprescritíveis as ações de ressarcimento por danos causados pelo agente público.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

No estudo da Gestão Pública, precisa-se conhecer e dominar conceitos e tomar decisões esclarecidas e orientadas por embasamentos técnicos, além do próprio discernimento, inclusive, estar bem informado com as relações entre “Estado, Governo e Mercado”², conforme (COELHO, 2009, p. 10), respeitando as modificações que foram trabalhadas ao longo do tempo na prática de gestão.

Contudo, o Gestor deve levar em conta que existem princípios e limites a serem observados, os quais se vinculam à lei, podendo ainda, tomar decisões mais abrangentes, também estabelecidas pelo meio legal, ou seja, agir com discricionariedade. Pela concepção do Professor Hely Lopes, “Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização”, ao passo que “Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização” (MEIRELLES, 2010, p. 171-172)³.

Mediante tais conceitos, o princípio da razoabilidade, instituto constitucional, encontra repercussão na aplicabilidade da providência administrativa, segundo o consenso social acerca do que é usual e sensato, e, segundo Humberto Ávila⁴,

[...] a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa. (Ávila, 2015, p. 163).

Já, a proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade, revela que nem todos os meios explicam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado. Nos ensinamentos do Professor Ávila, o “postulado da

² Coelho, Ricardo Corrêa. Estado, governo e mercado. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração- UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36.ed. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 171-172.

⁴ Ávila, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos / Humberto Ávila. São Paulo: Malheiros, 2015.

proporcionalidade cresce em importância no Direito Brasileiro. Cada vez mais ele serve como instrumento de controle dos atos do Poder Público” (Ávila, 2015, p. 173)⁵.

No mesmo viés, surgiu a Lei 8.429/1992, cuja ementa define:

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. (LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992).

Apesar de ser conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, a própria ementa já explica para que veio, a fim de limitar o Gestor Público, no sentido mais amplo, no caso de cometimento de atos de improbidade administrativa, regulamentando o Artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988.

No entanto, Daniel Valadão (VALADÃO, 2010, pp.786-790), discorre em seu Artigo que “Diante da gravidade das sanções em sede de improbidade administrativa, um mínimo de má-fé do agente público para a sua responsabilização é imperioso, não sendo lícito que um administrador público inabilitado seja confundido com um administrador ímprobo”⁶.

4 METODOLOGIA

A pesquisa é um processo sistemático de construção do conhecimento que tem como metas principais gerar novos conhecimentos e/ou corroborar ou refutar algum conhecimento pré-existente.

A pesquisa adotada será documental, com revisão de literatura a partir de pesquisa bibliográfica, conforme descreve (CERVO; BERVIAN, 1983, p. 55), pois “busca conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado sobre determinado assunto, tema ou problema”.

⁵ ÁVILA, Humberto. 2015, p.173.

⁶ Tardeli Valadão, Daniel. Revista da Universidade Vale do Rio Verde, 2014, Vol.12(2), EISSN: 2236-5362, pp.786-790.

5 RESULTADOS

Os dispositivos constitucionais devem ser interpretados de maneira equânime e harmoniosa, sem disparates, de modo que não levem a conclusões sórdidas e contraditórias, necessitando, por parte do denunciante ou órgão julgador, deixar de lado uma leitura puramente sistemática e literal, interpretando todas as provas, sem desmerecer uma investigação mais apurada antes de impor sanções por ato de improbidade administrativa ao cidadão de bem, lembrando que nem sempre, tal ato, pode se constituir em crime.

No entanto, saber quais são os reais indivíduos a serem atingidos pelas sanções impostas por ato de improbidade administrativa é tema para ser levado à discussão, principalmente, quando os principais órgãos julgadores do país se contradizem em relação a alçada de foro para autoridades na esfera administrativa ou judiciária e político-administrativo, demonstrando suas divergências no que abrange a lei em sua forma tênue de exprimir seu poder sancionatório.

A Lei de Improbidade Administrativa, assim chamada, foi criada com o intuito de agregar o que já ditavam as leis anteriores que tratavam do mesmo assunto, porém, trouxe maiores definições e complementações às mesmas.

Apesar disso, no ano de 2005, o Supremo Tribunal Federal fez distinção entre os crimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF/88, no artigo 37, § 4º, que se refere à Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992), das do regime de crime de responsabilidade ditados no artigo 102, I, “c”, da Constituição, regulado pela Lei nº 1.079 (BRASIL, 1950), disciplinando que os agentes políticos regidos por normas especiais de responsabilidade não podem responder por improbidade administrativa com base na Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992), e sim, apenas por crime de responsabilidade que será proposta diante do STF, conforme incurso na Reclamação 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13-6-07, Boletim nº471, de 20-06-07, do STF.

Contudo, sabe-se que todos os gestores públicos respondem perante as esferas, criminal, administrativa, civil e político-administrativa. De tal forma, não existe razão para que os agentes políticos escapem à regra, afinal, pelo cargo e posição que ocupam, possuem maior compromisso com a moralidade e, principalmente, com a probidade administrativa.

Afinal, punir os agentes políticos somente com a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas por oito anos, se caracteriza em um retrocesso institucional e

uma ofensa aos princípios democráticos de direito, muito mais, no que tange a isonomia, conforme salientou o próprio Min. Joaquim Barbosa em seu voto vencido, nessa mesma Reclamação 2138/DF.

É perceptível que quanto maior o cargo público em questões de responsabilidades, dá-se a entender que existe certo protecionismo e menos rigor ao tratar dos crimes cometidos por ato de improbidade administrativa, e que o próprio Ministério Público, juntamente com os Magistrados Brasileiros, através do Conamp e AMB, ao proporem as ADIns 2.797 e 2.860, os quais foram julgados procedentes por sete votos a dois no ano de 2005 pelo STF, deram ensejo à esse retrocesso, voltando-se a situação pretérita as implicações da ação de improbidade administrativa, estando a referida Lei, limitada quanto aos agentes políticos sujeitos ao foro especial, conforme detém o artigo 52, I e II, da Constituição.

Portanto, contrariar a jurisprudência e a doutrina a fim de estender o privilégio de foro para posterior cessação de exercício de função pública, é deixar de interpretar corretamente o que é lógico e racional, no sentido de que esse mesmo privilégio protege apenas o exercício do mandato e não a quem o exerce.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posteriormente as análises realizadas, pode-se inferir que mediante as penalidades impostas por ato de improbidade administrativa, carece da argumentação pelo magistrado e, principalmente, pelo promotor de justiça, antes de ser imputado crime em quem não há crime, ou, mesmo que tenha determinada hipótese de ilicitude, se o agente público realmente contribuiu direta ou indiretamente para causar prejuízos ao erário público, ou ainda, se verdadeiramente existiu enriquecimento ilícito com todos os itens elencados anteriormente, para que assim, possam penalizar alguém proporcionalmente ao crime que supostamente cometeu. Também, os fatos podem ser resolvidos de uma maneira mais efetiva, se o Ministério Público vier a observar com mais cautela os documentos que chegarem a suas mãos, tendo provas realmente contundentes, observando antes de tudo, os prazos prescricionais, evitando submeter ao Poder Judiciário, acúmulos processuais indevidos e desnecessários, principalmente, quando se verificar, antes de iniciar um processo, que tais atos já se encontram prescritos.

Nesse viés, não se deve admitir que qualquer ato de improbidade administrativa se transforme em uma Ação Civil Pública só para o deleite do Promotor de Justiça, onde o mesmo venha tomar determinadas atitudes, para apenas mostrar à sociedade e ao próprio Ministério Público que está trabalhando.

Os atos de improbidade administrativa devem obedecer, acima de tudo, aos Princípios Constitucionais da Proporcionalidade, no que diz respeito ao emprego das sanções contidas na Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992), e da Razoabilidade, verificando se caracteriza ou não a ilicitude no cometimento de determinado ato. E, para se chegar a uma solução com uma justiça ampla e eficaz, moderna e que atenda aos princípios isonômicos e da República, os agentes políticos devem, obrigatoriamente, ser penalizados pela Lei de Improbidade Administrativa, sem qualquer restrição em virtude dos cargos que exercem, afinal, como diz a CF/88: “todos são iguais perante a lei”.

Portanto, a chave para resolver todo esse conflito é adotar medidas razoáveis, proporcionais e adequadas às penalidades impostas por atos de improbidade administrativa aferidas contra o gestor público.

REFERÊNCIAS

Ávila, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos** / Humberto Ávila. São Paulo: Malheiros, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, Mesa da Assembleia Constituinte, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em: 10/07/2016.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Congresso Nacional, 1967.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Seção 1. Brasília, 31 dez. 2004. p. 9.

Coelho, Ricardo Corrêa. Estado, governo e mercado. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração- UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009.

_____. Decreto-Lei n.º 1.079, de 10 de Abril de 1950. **Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.** Diário Oficial da União, Seção 1. 12 abril 1950. p. 5425.

_____. Decreto-Lei n.º 3.240, de 8 de Maio de 1941. **Sujeita a sequestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros.** Diário Oficial da União, Seção 1. Brasília, 10 maio 1941. p. 9160.

_____. Lei n.º 3.164, de 1º de Junho de 1957. **Provê quanto ao disposto no parágrafo 31, 2ª parte, do art. 141, da Constituição Federal, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Seção 1. 04 jun. 1957. p. 13802.

_____. Lei n.º 3.502, de 21 de Dezembro de 1958. **Regula o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função.** Diário Oficial da União, Seção 1. 21 dez. 1958. p. 26947.

_____. Lei n.º 7.347, de 24 de Julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Seção 1. Brasília, 25 jul. 1985. p. 10649.

_____. Lei n.º 8.112, de 11 de Dezembro de 1990. **Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.** Diário Oficial da União, Seção 1. Brasília, 11 dez. 1990. p. 23935.

_____. Lei n.º 8.429 de Junho de 1992. **Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Seção 1. Brasília, 03 jun. 1992. p. 6993.

_____. Lei n.º 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Diário Oficial da União, Seção 1. Brasília, 01 fev. 1999. p. 1.

CERVO, Amado L. e BERVIAN, Pedro A. (1983) **Metodologia Científica: para uso dos estudantes universitários**. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo, Malheiros, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9ª.ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 50.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, pp. 75 e 76.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36.ed. São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 95; 171-172.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

RECLAMAÇÃO 2138/DF. Relator: Min. Nelson Jobim. Julgamento em: 20/06/2007, publicado no DJe-070 de 17-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094.

STF - ADINS: 2.797 e 2.860 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 15/09/2005, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENTA VOL-02261-02 PP-00250.

Tardeli Valadão, Daniel. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, 2014, Vol.12(2), EISSN: 2236-5362, pp.786-790.