

LEONARDO LONGO MOTTA

**A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E ALGUNS ASPECTOS
RELEVANTES: PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROBIDADE E OS
SUJEITOS ATIVOS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

2013

A Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei nº 8429 de 2 de junho de 1992) veio a dar concreção ao princípio da moralidade administrativa, sob o pálio do enunciado no art. 37, *caput*, da CF de 1988.

Com efeito, houve um importante progresso, ainda que serôdio, na proteção da moralidade administrativa com a promulgação da LIA, a qual conferiu contornos concretos ao paradigma imposto pelo princípio da moralidade.

No artigo 37, *caput*, do Texto Maior, há, em rol não taxativo, a garantia de todos ao direito a uma administração pública proba, assegurando os princípios da eficiência, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade. Em seu § 4º, determina a repressão à improbidade administrativa, a qual, não raro, vem acompanhada de crimes contra a Administração Pública, como o peculato. Cumpre gizar que o referido § 4º é norma de eficácia limitada cuja aplicabilidade somente ganhou alcance prático com a promulgação da LIA.

Como cediço, a ausência da moralidade administrativa afeta diversos aspectos da atividade da Administração. Quando a imoralidade enseja atos de improbidade, passa a incidir sobre o caso concreto a LIA, que, a par de elencar as hipóteses configuradoras da falta de probidade na Administração, também estabelece as sanções aplicáveis a agentes públicos e a terceiros, quando responsáveis por esse tipo de conduta, ilegítima, imoral e ilícita.

Outrossim, a LIA contempla os instrumentos processuais visando à proteção dos cofres públicos, admitindo, entre outras, ações de natureza cautelar de sequestro e arresto de bens e o bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras, sem contar, logicamente, a ação principal de perdimento de bens, ajuizada pelo Ministério Público ou pela pessoa de direito público interessada na reconstituição de seu patrimônio lesado. Dentro desse cenário, o Ministério Público surge como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CF, art. 127).

Dessa feita, o Ministério Público e demais pessoas jurídicas interessadas, podem intentar ação contra ato de improbidade praticado por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual.

Mesmo após ter completado mais de 20 anos de existência a LIA enseja

diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Logicamente, para o escopo do presente texto, trataremos apenas acerca dos princípios circundantes à instituição constitucional da repressão à improbidade administrativa, quais seja, os princípios da moralidade e da probidade. Bem assim, trataremos, sobre o sujeito ativo da improbidade, alvo da LIA, tema este dos mais controversos.

Insta esclarecer que, a aplicação das sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa ocorre em processo judicial autônomo em relação às demais esferas de responsabilização, razão pela qual Alexandre Mazza afirma em seu Manual de Direito Administrativo que “a apuração do ato de improbidade independe do resultado nos processos civil, penal e administrativo. Isso porque, em regra, as diferentes instâncias punitivas são independentes entre si, de modo que o resultado em uma independente das demais”¹. José dos Santos Carvalho Filho, sobre o tema, assim leciona, *ad litteris et verbis*:

“Conquanto as sanções da Lei de Improbidade (art. 12) não tenham natureza penal (a Constituição fez a ressalva: “sem prejuízo da ação penal cabível”), são elas de natureza política (suspensão dos direitos políticos) e de natureza civil (indisponibilidade de bens, ressarcimento de danos, perda de função pública). Em relação à primeira, a matéria é de direito eleitoral, tendo, pois, a União competência privativa (art. 22, I, CF). A indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário configuram-se como matéria de direito civil, matéria para a qual a União também tem competência privativa (art. 22, I, CF). A perda da função pública, a seu turno, não revela mera sanção administrativa, (a demissão, tal como prevista nos Estatutos Funcionais), mas, ao contrário, é sanção autônoma com forte conteúdo político-penal, o que mantém a mesma competência federal prevista nos já citados mandamentos. Trata-se, pois, nesses aspectos, de lei nacional, e não de lei federal (esta quando destinada somente à União como ente federativo)”².

O controle jurisdicional por violação da moralidade também pode decorrer da promoção de ação popular (Lei nº 4.717/65), ajuizada por qualquer cidadão e com a finalidade de invalidar o ato lesivo ou contrário à moralidade e responsabilizar o agente.

Ressalte-se que a ação de improbidade impõe a aplicação de sanções específicas (CF, art. 37, § 4º, e Lei nº 8.429/92, art. 12, I, II e III), enquanto da ação popular somente pode resultar a anulação do ato ou contrato lesivos e a responsabilização civil dos responsáveis. Ambas, porém, não têm natureza penal e são processadas em primeira instância (sem descurar da controvérsia que será apontada adiante acerca do foro por prerrogativa de função).

As penas aplicáveis são perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público

1 MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. p. 491

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 2010. p. 522.

ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Nos termos do precitado art. 37, § 4º, os atos de improbidade administrativa, portanto, importarão a suspensão dos direitos políticos bem como a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei.

Cumpre observar que a declaração da improbidade terá de ser via processo judicial, não podendo dar-se através de mero processo administrativo. A a improbidade diz respeito à prática de ato que gere prejuízo ao erário público em proveito do agente. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo. Consoante famoso brocardo de José Afonso da Silva: “O ímprobo administrativo é o devasso da Administração pública”.

PROBIDADE x MORALIDADE

Um primeiro ponto que merece consideração, no que tange à Improbidade Administrativa, é a questão que tange à distinção entre moralidade e probidade. Muitos doutrinadores tradicionais e de escol não mencionam tal diferença, pois como ressalta Di Pietro, como princípios, moralidade e probidade “significam praticamente a mesma coisa”³.

Todavia, como a própria autora ressalva, não se trata, como pode fazer parecer uma análise fugaz ou superficial, de questão meramente acadêmica, na medida em que não se tratam de princípios implícitos. A moralidade administrativa, segundo Marya Sylvia Di Pietro, é um princípio mais recente que a própria probidade, porque ocorreu apenas com o advento da Constituição de 1988. Nas precisas palavras da doutrina da ilustre doutrinadora (*op. cit.* p. 803), *litteram*:

*“Vale dizer que, nessa Constituição, quando se quis mencionar o **princípio**, falou-se em moralidade (art. 37, caput) e, no mesmo dispositivo, quando se quis mencionar a lesão à moralidade administrativa, falou-se em improbidade (art. 37, §4º); do mesmo modo a lesão à probidade administrativa aparece como ato ilícito no artigo 85, V, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, e como causa de perda ou suspensão dos direitos políticos no artigo 15, V.”*

E continua, com a maestria usual, Di Pietro, *ipssima verba*:

*“Enquanto a lesão à probidade administrativa era definida no direito positivo, para os crimes de responsabilidade, com a característica da **tipicidade**, própria do Direito Penal, implicando definição precisa dos elementos constitutivos da infração, a moralidade administrativa aparece como **princípio**, ou seja, como proposição que se encontra na base*

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2009, p. 805.

do ordenamento jurídico, de conteúdo indefinido. Corresponde a um conceito jurídico indeterminado (...). Trata-se de conceito de valor, sem conteúdo preciso que possa ser definido pelo direito positivo". (op. cit. p. 803-4)

Como visto acima, a autora trata da epistemologia própria do dever de probidade e da moralidade, e a importância de seu conhecimento decorre do paradigma jusfilosófico do pós-positivismo, na medida em que a tipificação (positivação) dos princípios foi necessária para retomar o seu conteúdo axiológico, que fora perdido com o positivismo puro.

Como disse a autora, embora ambos sejam princípios, a probidade e a moralidade possuem axiologia distinta, à medida em que aquela já era definida no direito positivo, inicialmente prevista apenas para agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade, enquanto esta aparece como princípio, conceito jurídico indeterminado, e conceito de valor⁴.

Isso pode ser melhor compreendido com recurso à doutrina de Claus-Wilhelm Canaris, a quem certamente se confere toda autoridade para comparecer neste debate, *verbo pro verbo*:

“Em primeiro lugar, não é de imediato evidente que o sistema deva justamente ser composto de princípios. Põe-se antes a questão de saber se não poderia depender de outros elementos 'gerais', como por exemplo, de normas, conceitos, institutos jurídicos ou valores.” (Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1989, p. 80)

Não seria correto superar a questão, a não evidência da necessidade da composição dos sistemas com princípios, com referência àqueles que estão implícitos, tão facilmente apenas fazendo recordar que a obra do autor supracitado situa-se como uma das pioneiras no estudo da possibilidade teórica das contradições no sistema jurídico, porque é exatamente disso que, no substancial, se trata: o modo de organizar as normas, gênero composto das espécies princípios, conceitos, institutos jurídicos, valores e regras, no interior do sistema jurídico.

Daí a importância em se falar, hodiernamente, em legalidade em sentido amplo, e não somente em legalidade restrita ou estrita. A legalidade em sentido amplo, de acordo com Maria Sylvia, abrange não só a obediência à lei, mas também a observância dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, Ronald Dworkin, apontado como neo-jusnaturalista e considerado expoente principal da distinção regra-princípio, assevera que “às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-

4 DI PIETRO. *op. cit.*, p. 804.

se quase a uma questão de forma”⁵.

A nota fundamental da distinção entre os princípios da moralidade e da probidade é que, quando violadas, fala-se em improbidade como **ato ilícito**, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixando de haver sinonímia entre improbidade e imoralidade⁶.

Nessa toada, no julgamento da ADI 2661, o STF afirmou que o princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais. Na realidade, e especialmente a partir da Constituição de 88, a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a qualificar-se como pressuposto de validade dos atos que, fundados ou não em competência discricionária, tenham emanado de autoridades ou órgãos do Poder Público⁷.

A improbidade teria, segundo a doutrina⁸, sentido mais amplo e preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais, porquanto na LIA, a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei. Na esteira desse entendimento, de acordo com Dirley da Cunha Jr., na LIA, a violação à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade ali previstos. A improbidade administrativa compreende o ato de violação à moralidade administrativa e a todos os princípios da Administração Pública⁹.

Dirley da Cunha Jr. Leciona que, com base na LIA, podemos entender como ato de improbidade administrativa todo aquele que:

“à custa da Administração Pública e do interesse público, importa em enriquecimento ilícito (art. 9º); que causa prejuízo ao erário (art. 10) e que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11)”¹⁰.

SUJEITOS ATIVOS

Grande divergência doutrinária e jurisprudencial há no que concerne aos sujeitos ativos da improbidade administrativo, o que prevê o art. 1º da LIA, que assim disciplina:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor

5 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44)

6 DI PIETRO. Op. cit. p. 805.

7 Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23.08.2002, p. 70.

8 DI PIETRO, op. cit., p. 805.

9 *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm. 2011. p. 554.

10 CUNHA JÚNIOR, Dirley da, ibid.

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

Assim, prescreve que o ato de improbidade administrativa pode ser praticado por “**qualquer agente público, servidor ou não**”, ou seja, todas as categorias de agentes públicos, incluindo servidores estatutários, empregados públicos celetistas, agentes políticos, contratados temporários e particulares em colaboração com a Administração, tais como os requisitados de serviço (mesários e conscritos, por exemplo)¹¹.

A LIA também parece não deixar dúvida acerca sobre a aplicação aos agentes políticos, porque não faz qualquer restrição do seu alcance quanto aos agentes políticos. Em diversos dispositivos da lei há a referência a “exercício de mandato”, como nos arts. 2º, 9º, 13, §2º e 23, inc. I. Alexandre Mazza assevera que “a simples referência a '**mandato**' já autoriza a conclusão de que a lei pretende punir também agentes políticos que praticam ato de improbidade administrativa”¹².

Sobre o tema, José dos Santos Carvalho Filho nos convida a tão tormentosa controvérsia, dizendo que há três entendimentos sobre o assunto¹³:

Pelo primeiro, a ação de improbidade prevista na LIA é independente das ações que apuram crimes comuns e crimes de responsabilidade (ou infrações político-administrativas), estes regulados pela Lei nº 1.079/50, sendo, portanto, admissível a concomitância das ações.

Uma segunda corrente exclui a admissibilidade da ação de improbidade quando o sujeito passivo é agente político, porquanto se sujeitam a regime próprio de responsabilidade, diverso do que incide sobre os demais agentes públicos. A conclusão é a de que estão excluídos da Lei nº 8.429/92 todos aqueles agentes aos quais a Constituição atribuiu expressamente a prática de crimes de responsabilidade, aplicando-se-lhes apenas a Lei nº 1.079/50.

Em terceiro, advoga-se o entendimento de que a LIA e a Lei nº 1.079/50 convivem harmoniosamente no sistema, sendo independentes as vias respectivas, mas será incabível formular na ação de improbidade pedido de aplicação de sanções de natureza política (perda do cargo, suspensão de direitos políticos), já que elas emanam naturalmente

11 MAZZA, Alexandre. *op. cit.* p. 495

12 *Op. cit.* p. 496.

13 Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 543.

da ação penal de apuração de crime de responsabilidade. Em compensação, subsistiriam outras sanções sem tal natureza (como, v.g., multa civil, reparação de danos, proibição de benefícios creditícios ou fiscais etc). Tais sanções não decorreriam de crime de responsabilidade, regulado por lei especial, mas sim de conduta de improbidade sem caracterização delituosa.

De fato, examinando-se o elenco de sanções contemplado no art. 12 da Lei nº 8.429/92, é possível vislumbrar a existência, lado a lado, de sanções político-administrativas e exclusivamente administrativas. Daí a distinção feita por alguns intérpretes e que melhor se harmonizaria com o sistema atualmente em vigor e com o princípio da moralidade administrativa¹⁴.

O STF, em sintonia com o segundo entendimento acima mencionado, não livre de fervorosas críticas da doutrina, no julgamento da Reclamação Constitucional nº 2.138/07, passou a entender que a Lei de Improbidade não se aplica aos agentes políticos quando a mesma conduta já for punida pela Lei dos Crimes de Responsabilidade – Lei n. 1.079/50.

Comentando negativamente a decisão sufragada pelo STF, Maria Sylvia Di Pietro afirma, *ad litteris et verbis*:

“Essa não é a melhor interpretação dos dispositivos constitucionais, até porque contrária ao próprio artigo 37, §4º, da Constituição que, ao indicar as sanções cabíveis por ato de improbidade administrativa, deixa expresso que as mesmas serão previstas em lei, 'sem prejuízo da ação penal cabível'”. A improbidade administrativa e o crime de responsabilidade são apurados em instâncias diversas e atendem a objetivos também diversos¹⁵.”

Na ocasião daquele julgamento, foram votos vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Velloso. Di Pietro com eles concorda, aduzindo que nenhuma razão existe para que os agentes políticos escapem à regra, até porque, pela posição que ocupam, têm maior compromisso com a probidade administrativa¹⁶.

No entanto, apesar das críticas de egrégios doutrinadores, fato é que o STF decidiu por maioria, lamentavelmente, que a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos, quais sejam, o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela LIA), e o regime fixado no art. 102, I, c da CF.

Em tese, teria o STF proferido tal decisão visando evitar o *bis in idem* ou a dupla punição, estabelecendo um critério capaz de conciliar a aplicação de ambas as leis.

14 Id., ibidem. p. 543.

15 DI PIETRO. op. cit. p. 819.

16 Id., ibid. p. 819.

Como a Lei nº 1.079/50 é lei especial em relação aos agentes políticos, afastaria a incidência da LIA quando a conduta estivesse tipificada nas duas leis. Importante frisar que o entendimento do Supremo exige duas condições simultâneas para que a LIA deixe de ser aplicada: o agente político deve estar expressamente incluído entre os puníveis pela Lei n. 1.079/50; e a conduta precisa estar tipificada na Lei n. 1.079/50 e na Lei n. 8.429/92.

Assim, na esteira do entendimento do STF, e nos termos dos artigos 2º e 74 da Lei nº 1.079/50, os agentes políticos que estão sujeitos à prática de crimes de responsabilidade são: Presidente da República; Ministro de Estado; Procurador-Geral da República; Ministro do Supremo Tribunal Federal; Governador; e Secretário de Estado.

Esses, portanto, são os agentes políticos que, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal e atendidas as condições acima mencionadas, não se submetem às penas da Lei de Improbidade¹⁷.

Carvalho Filho acerca do foro, aduz que é o STF, e não o juízo de 1º grau, que tem competência para processar e julgar ação de improbidade contra Ministro da própria Corte. Por outro lado, já se proclamou que a mesma ação promovida contra Governador de Estado é da competência do STJ, por inevitável simetria com o art. 105, I, da CF. Em relação a prefeitos e vereadores, no entanto, por não serem contemplados na referida Lei nº 1.079/50, a jurisprudência os tem submetido ao foro de primeiro grau no caso da ação de improbidade¹⁸.

No tocante a prefeitos e vereadores, o STF ainda não se manifestou expressamente acerca de tal questão, contudo os juízos de piso vêm acatando ações de improbidade contra tais agentes políticos, sob argumento de que o Decreto-Lei nº 201/67 define crimes praticados por prefeitos e vereadores, sem diferenciar entre comuns e de responsabilidade. Aplicando-se a mesma lógica usada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à Lei nº 1.079/50, os agentes políticos da esfera municipal também estariam fora do alcance da LIA. Portanto, pelo menos em tese, prefeitos e vereadores continuam sujeitos à LIA, sem prejuízo da aplicação das penas descritas no Decreto-Lei n. 201/67. Cumpre gizar que o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, em seu art. 52, enumera hipóteses específicas de improbidade administrativa cometida pelos prefeitos, o que vem a corroborar tal entendimento¹⁹.

17 MAZZA, Alexandre. Op. cit. 497.

18 op. cit., idem. p. 545.

19 Art. 52. Sem prejuízo da punição de outros agentes públicos envolvidos e da aplicação de outras sanções cabíveis, o Prefeito incorre em improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, quando: (...)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANARIS, Clauss-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 10^a ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad: Nelson Boeira. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Sites Internet:

- <http://www.planalto.gov.br>
- <http://www.stf.jus.br>