

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO

INSTITUIÇÕES DE DIREITO DO ESTADO

CILON DA SILVA SANTOS

DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O

RESSARCIMENTO DO ERÁRIO E A IMPUNIDADE

Porto Alegre

2006

CILON DA SILVA SANTOS

**DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O
RESSARCIMENTO DO ERÁRIO E A IMPUNIDADE**

Dissertação apresentada à banca examinadora da
Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
como exigência parcial para obtenção de grau de
Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientação: Profa. Dr. Regina Linden Ruaro.

Porto Alegre

2006

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S237d Santos, Cilon da Silva

Do princípio da moralidade à improbidade administrativa:
o ressarcimento do erário e a impunidade. – Porto Alegre,
2006.

142 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) –
Faculdade de Direito, PUCRS.

Orientação: Profa. Dr. Regina Linden Ruaro.

1. Direito Administrativo. 2. Princípio da Moralidade.
3. Administração Pública. 4. Improbidade Administrativa.
5. Bens Públicos. I. Título.

CDD 341.361

CILON DA SILVA SANTOS

**DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O
RESSARCIMENTO DO ERÁRIO E A IMPUNIDADE**

Dissertação apresentada à banca examinadora da
Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
como exigência parcial para obtenção de grau de
Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 11 de outubro de 2006 pela Banca Examinadora

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Regina Linden Ruaro

Professor Doutor Fábio Medina Osório

Professor Doutor Ricardo Aronne

***Dedico a Ana Maria, esposa e
companheira de todas as horas e aos meus
filhos, João Ricardo, Lucas e Mateus.***

***Agradeço aos professores do
Mestrado em Direito da PUC/RS, pelo
exemplo e dedicação ao ensino, os quais,
como os antigos descobridores, conseguem
ultrapassar qualquer barreira na busca de
novos horizontes do conhecimento e, com
altruísmo, não se privam de compartilhá-los
com seus discípulos. A eles, as palavras de***

Rubens Alves:

***“Ensinar é um exercício de
imortalidade. De alguma forma continuamos
a viver naquele cujos olhos aprenderam a ver
o mundo pela magia da nossa palavra. O
professor, assim, não morre jamais...”***

***A meu pai, Ricardo Silveira dos
Santos, por ter-me ensinado, desde cedo, o
valor da honestidade...***

PREÂMBULO

“Enquanto na maioria dos países civilizados a regra é a plena eficácia das leis penais, com a punição exemplar daqueles que as tenham infringido, o comum, entre nós, tem sido a impunidade, tão nefasta em seus efeitos que podemos afirmar, sem nenhum exagero, constitui hoje o estímulo por excelência para as ações delituosas dos maus agentes do poder público, dia a dia mais audazes em suas investidas contra o Erário”.

“Convém lembrar que no Japão, não faz muito tempo, ao ter seu nome envolvido em um caso de suborno, um ministro de Estado chegou ao gesto extremo do suicídio, numa demonstração evidente e cabal de que lá aqueles que se valem da função pública para lograr proveito pessoal são levados, inapelavelmente, às barras dos tribunais”.

“No Brasil, entretanto, as denúncias de malversação do dinheiro público, de tão freqüentes, já integram nosso cotidiano e, o que é pior, chegam a ser vistas com naturalidade. Segundo o registro diário de nossos meios de comunicação, ‘rigorosos inquéritos’ são abertos,

sem que, no entanto, se tenha uma notícia sequer de que os indiciados foram punidos até mesmo com a simples condenação de reparação dos danos causados aos cofres públicos”. “Rara é a licitação para realização de uma obra pública sobre a qual não paire a suspeita de manipulação e fraude, em qualquer dos três níveis de governo”.

“Os inquéritos se amontoam nos vários órgãos do Ministério Público sem o oferecimento das correspondentes denúncias. E estas, mesmo quando oferecidas, se eternizam sob a apreciação do Poder Judiciário, onde talvez não se tenha presente que ministrar justiça com retardo é, em verdade, denegar justiça”.

“Os Tribunais de Contas, por sua vez, estranhamente obstados em sua ação fiscalizadora, pouco ou nada têm feito no efetivo combate aos freqüentes alcances do dinheiro público (...)”

(Justificação do Senador Pedro Simon – PMDB/RS, em Requerimento s/nº, de 1991, visando a constituição de uma subcomissão, no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, “para o fim de analisar as falhas e omissões legislativas que porventura contribuam para a malversação impune do dinheiro público e propor as medidas corretivas necessárias”. In: Combatendo a Impunidade – Projetos e Pareceres, Senador Pedro Simon, Centro Gráfico do Senado Federal, Brasília, 1991, págs. 7 e 8.)

RESUMO

Tomando como ponto de partida os conceitos de Administração Pública e seus princípios regentes, o presente trabalho visa, centralizando o enfoque no princípio da moralidade, desenvolver a idéia de que o administrador público, ignorando, superando ou desprezando tal norma matriz, bem como outras também norteadoras da atividade pública e seus diversos controles (internos, externos e jurisdicionais), venha a praticar, não raro, atos tipificados como de improbidade administrativa. Ou seja, em que pese a previsão, no ordenamento jurídico, de rigorosas regras de caráter preventivo e repressivo, aparentemente capazes de inibir a prática de atos nocivos aos interesses públicos, ainda assim esses óbices legais mostram-se insuficientes para impedi-la. A consequência é que tais atos, via de regra, acabam por ocasionar danos ao erário, de difícil ou quase impossível reparação. Para tanto, e priorizando o princípio da moralidade, aqui como aquele que estabelece uma relação mais estreita com a idéia de probidade, comportamento este fundamental à atuação eficiente/transparente da administração pública, inicialmente serão abordados temas gerais relacionados à moral comum, suas relações com o direito e com a realidade social, não sem antes passar pela Teoria dos Círculos Secantes e culminando, esta primeira abordagem, no reconhecimento do princípio como informativo do direito administrativo brasileiro. Na seqüência, será analisado o sub-princípio da probidade administrativa, apurando-se os conteúdos suficientes para que, a partir da base teórica então estabelecida, o estudo se focalize na figura da improbidade administrativa no direito brasileiro, ressaltando os mecanismos de repressão à conduta ímproba e os efeitos práticos dos controles estabelecidos para elidi-la. Serão enfocados, em seguida, os mecanismos de ressarcimento do erário, destacando-se as posições dos tribunais a respeito, bem como algumas circunstâncias que impedem ou dificultam sua pronta e efetiva concretização prática. E, como corolário natural para o desfecho do estudo, será abordada a figura da impunidade em relação aos atos de improbidade, com ênfase naqueles que importam enriquecimento ilícito do agente ou terceiros, com danos ao patrimônio público. Segundo se conclui, a impunidade é fator determinante para que se consolide, com o passar do tempo, a descrença da população em suas instituições, sinalizando, no seio da sociedade, uma idéia de “cultura de impunidade”, que serve para realimentar sentimentos de impotência e incentivar, paralelamente, a reiteração da conduta desonesta por parte de maus administradores da coisa pública.

Palavras-chave: moralidade; princípio da moralidade; administração pública; improbidade administrativa; danos ao erário; ressarcimento; impunidade.

ABSTRACT

Taking the notions of public administration and its basic principles as a starting point, this work aims at, focusing on the principles of morality, developing the idea that the public administrator, ignoring, overcoming, or obliterating such regulating norm, as well as other norms which control the public activities and their many controlling instruments (internal, external, and jurisdictional) practices, not seldom, acts of so-called administrative improbity. In other words, while there are, in the legal ordainment, a number of rigorous rules of preventive and repressive character, apparently capable of inhibiting harmful acts to public interests, such legal tools are not enough to actually prevent those acts. As a consequence, such acts end up causing substantial damage to the public budget, all of them very difficult or impossible of being repaired. Therefore, and prioritizing the principle of morality, defined as that which establishes a narrower relation to the idea of probity, core behavior to a both efficient and transparent acting of public administration, this work will initially deal with general issues related to common moral, its relation to Law and social reality, also dealing with the Theory of Secting Circles and culminating on the recognition of the principle as an informative axis in Brazilian administrative law. Following, the work will analyze the sub-principle of administrative probity, listing the contents sp that, from the theoretical approach previously presented, the study can focus on the image of administrative improbity in Brazilian law, citing the repression mechanisms to the improper conduct and the practical effects of the tools to prevent it. Next, the study will analyze the mechanisms of refunding the public budget, focusing on the position of the courts about it, as well as a number of circumstances which prevent or make it difficult the ready and effective pragmatic rendering. And, to finalize, the study will focus on the image of impunity in regard to acts of improbity, with emphasis on those acts which relate to illegal enrichment of the agent or someone else with damage to public budget. As a conclusion, impunity is a determining factor to the growing disbelief of the population in public institutions, signaling, in the core of society, an idea of a “culture of impunity” which helps feeding feelings of impotence and, on the other hand, the reiteration of dishonest acts from public administrators.

Keywords: morality; principles of morality; public administration; administrative improbity; public budget; refunding; impunity

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT	9
INTRODUÇÃO.....	12
1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E MORALIDADE	16
1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	16
1.1.1 Breve noção.....	16
1.1.2 Princípios regentes	20
1.2 MORALIDADE	23
1.2.1 Moral.....	24
1.2.2 Moral e Direito	28
1.2.3 Elemento moral no Direito	40
1.2.4 Pontos comuns entre Direito e Moral – Teoria dos Círculos Secantes	42
1.2.5 Moral e realidade social	47
1.2.6 Princípio da moralidade.....	48
1.2.6.1 Breve resumo histórico	48
1.2.6.2 Moralidade Institucional	51
1.2.6.3 Moralidade administrativa	52
1.2.7 Aplicação do princípio da moralidade ao Direito Administrativo brasileiro.....	54
2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	62
2.1 PROIBIDADE	62
2.1.1 Noção de probidade.....	62
2.1.2 Probidade e moralidade administrativa	63
2.1.3 O agente público probo	65
2.2 IMPROBIDADE	67
2.2.1 Noção de improbidade.....	68
2.2.2 Improbidade administrativa	69

2.2.3	A chamada Lei da Improbidade Administrativa	71
2.2.3.1	Da extensão do diploma legal quanto ao agente e à entidade.....	72
2.2.3.2	Da lesão ao erário, do enriquecimento ilícito e do ressarcimento dos danos.....	75
2.2.3.3	Dos atos de improbidade administrativa.....	77
2.2.3.4	Das penas	80
2.2.3.5	Da declaração de bens	83
2.2.3.6	Do procedimento administrativo.....	85
2.2.3.7	Das disposições penais	88
2.2.3.8	Da prescrição.....	91
2.2.4	Mecanismos de repressão à conduta ímproba: os controles	93
2.3	O RESSARCIMENTO DO ERÁRIO E SEUS MECANISMOS.....	98
2.3.1	Mecanismos de ressarcimento.....	100
2.3.1.1	Medida preliminar de afastamento do agente - superação provisória do princípio constitucional da presunção de inocência	101
2.3.1.2	Outras medidas preventivas: concessão de liminares – seqüestro, arresto, quebra de sigilo bancário, indisponibilidade e bloqueio de bens:.....	103
2.3.1.3	Ação civil pública.....	107
2.3.1.4	Ação de responsabilização por ato de improbidade (ou ação de responsabilidade civil por ato de improbidade)	113
2.3.1.5	Ação popular	115
2.3.2	Obstáculos ao ressarcimento pleno.....	122
2.3.2.1	Omissão na entrega ou na exigência de apresentação de declaração de bens.....	122
2.3.2.2	Deficiências do sistema processual – possibilidade de manejo indiscriminado dos mecanismos legais e protelação no desenlace da lide..	124
2.3.2.3	Remessas ilegais de valores para o exterior – facilidades e ausência de eficazes mecanismos internacionais de repressão.....	125
2.3.2.4	Vedação legal à realização de transação, acordo ou conciliação	126
2.3.3	Conseqüências dos entraves	127
2.4	A IMPUNIDADE	129
2.4.1	Noção.....	129
2.4.2	Impunidade civil.....	131
2.4.3	Conseqüência da impunidade: um reiterado convite à improbidade.....	134
CONCLUSÃO.....		137
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....		139

INTRODUÇÃO

A idéia deste estudo nasceu de constantes questionamentos, formulados, ao longo de mais de treze anos de cátedra, por alunos da cadeira de Direito Administrativo na Faculdade São Judas Tadeu, a respeito dos temas “improbidade administrativa” e “impunidade”. A cada semestre, ao enfocarem-se os princípios informativos da disciplina e, em especial, o da moralidade administrativa, o tema invariavelmente afluía, sempre por força da flagrante contradição entre o que se preconizava como um dos esteios da administração pública e aquilo que era seguidamente retratado pela mídia, ou seja, uma das faces mais sombrias da administração: os escândalos por desvio do dinheiro público...

Por óbvio, as questões não se centralizavam tão-somente nas causas, mas, com muito mais razão, nas conseqüências (para o Estado e para o agente público) dos atos de improbidade, bem como no interesse em saber-se quais os mecanismos de que dispunha o Estado para elidir tal prática e, mais objetivamente, para ressarcir-se dos prejuízos sofridos. As idéias de penalização criminal, política e administrativa, isoladas ou cumulativamente, jamais se mostraram suficientes o bastante para responder aos questionamentos. Da mesma forma, nunca serviram para abrandar a irrisignação gerada pela prática desonesta e a sensação de impotência frente à espoliação freqüente do patrimônio público.

Instigado pelas lições dos professores do Curso de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, os quais, mais do que transmissores de conhecimento e de cultura, sempre seguiram à risca o ideal de “ensinar a pensar”, passei a debruçar-me com mais atenção sobre o tema, inicialmente por meio de uma pesquisa incipiente, a qual, entretanto, à medida que o tempo passava (e os escândalos de malversação do dinheiro público persistiam), migrou de mera curiosidade para um objetivo bem mais ambicioso: o da própria dissertação de mestrado.

O Brasil é um país rico. Tão pujante que, ao longo de mais de quinhentos anos de exploração contínua, externa e interna, ainda se mantém em patamar invejável. Tal pujança, entretanto, não reflete seu lado nebuloso. Desigualdades sociais, pobreza absoluta e fome são alguns destes que, se de um lado demonstram a incompetência do governo na sua função de elemento condutor do Estado, de outro passam a integrar uma realidade social tida, por conveniência, como sem solução. Ou passível de ser solucionada apenas pelo próximo governo, arvorado em detentor de competência e de planos suficientes para tanto. Ou, quem sabe, pelo seguinte? Ou, ainda, pelo que lhe suceder?

No que interessa ao presente trabalho, tem-se que a improbidade administrativa e a impunidade, causa e conseqüência, ou vice-versa, apresentam-se como alguns dos fatores mais relevantes para o empobrecimento do Estado e, como decorrência, contribuem de forma efetiva para a impossibilidade de garantir-se, ao cidadão, aquele mínimo essencial previsto na Carta Maior, capaz de assegurar o princípio consagrado da dignidade da pessoa humana. E parece que ao governo o caminho mais simples para restabelecer seu caixa é a implementação de novos tributos ou o aumento de alíquotas dos já existentes. Longe de pensar-se serem aquelas as únicas circunstâncias das desditas do Estado, é imperiosa a busca dos responsáveis pelos prejuízos causados, visando um pronto e integral ressarcimento, seja agindo com

rapidez e severidade, priorizando a sanção indenizatória e utilizando, para tanto, os mecanismos disponibilizados pelo ordenamento, seja, caso o ordenamento jurídico não conte com mecanismos suficientes, mediante a implementação de outros tantos que possibilitem, na prática, tal desiderato com eficácia e presteza.

Há algum tempo foi noticiado, em revista de ampla circulação nacional (Época), que um escritório de advocacia brasileiro, contratado por diretores de determinado estabelecimento bancário, vítima de um desfalque que girava em torno de US\$ 250.000.000, conseguira rastrear, espalhados em diversos países, parte substancial de tal valor (em torno de US\$ 190.000.000). Identificados os destinatários, estavam sendo ultimados acordos visando o ressarcimento, senão da integralidade, de parte substancial do total desviado.

Ora, se um escritório de advocacia, por mais estruturado que seja, consegue tal façanha, como se explica que o Estado, com todo o aparato material e humano de que dispõe, por óbvio infinitamente superior, limite sua atuação, nesta área, tão-somente à punição político-administrativo-criminal (ou sua tentativa) dos responsáveis pelos atos lesivos aos cofres públicos, fazendo, disso, seu máximo troféu? E a questão do ressarcimento, como fica?

Com base na reflexão acima, a presente pesquisa tem como objetivo, portanto, apresentar aspectos da improbidade administrativa e dos problemas advindos da sua impunidade, enfocando os conceitos mais relevantes, tudo a partir do princípio da moralidade, a qual guarda uma maior relação com o ideal de uma administração pública proba, passando pela legislação específica a respeito da matéria e perquirindo, embora sucintamente, os motivos que entravam a plena eficácia dos controles postos à disposição.

Seria por demais ambicioso pretender-se, nos limites deste estudo, a solução de problemas de tal magnitude. Mas também seria omissão deixar-se de apontar algumas possibilidades de encaminhamento, pelas quais, inegavelmente, passaria tal solução.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E MORALIDADE

1.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1.1 Breve noção

Para que se entenda a Administração Pública, necessário se impõe, inicialmente, destacar o conceito de Estado, revelando os seus elementos e, a partir do estabelecimento de suas funções, extrair a noção pretendida.

Sob o ponto de vista político, ensina Hely Lopes Meirelles¹, citando Malberg, Estado é a pessoa jurídica de direito público, constituído por uma coletividade (povo) assentada em determinado território (sua base física) e sujeita a um governo soberano (elemento condutor que detém os poderes absolutos de ação, mando e coerção).

Como elemento condutor do Estado, seu governo soberano, com poderes de autodeterminação e auto-organização, outorgados pelo povo, escolhe seu próprio destino (e a Constituição baliza os objetivos principais a serem alcançados), organizando-se materialmente para tanto mediante a implementação de mecanismos suficientes para atingir o ideal pretendido.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 54-56.

Seguindo a teoria clássica de Montesquieu², que preconiza a tripartição dos poderes, não como divisão ou separação, mas visando a um equilíbrio entre eles (precursor do sistema do “*checks and balances*” - freios e contrapesos, adotado pelos norte-americanos e ingleses), a grande maioria dos Estados modernos de Direito segue aquela idéia de atribuir a cada poder uma função institucional distinta, em cujo centro referencial encontra-se a lei: o poder Legislativo, com a função normativa, ou seja, a de elaboração da lei; o Executivo, detentor da função administrativa, qual seja a de conversão da lei em ato concreto; e, finalmente, o Judiciário, com sua função judicial, isto é, a de aplicador da lei.

Assim, no que interessa este estudo, tem-se como função institucional do Poder Executivo a administração do Estado, o qual, para tanto, organiza-se em entidades e órgãos,

² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 298-299, refere, a respeito, que Aristóteles “*teria sido o primeiro a isolar, no funcionamento do complexo estatal, três tipos de atos: deliberações sobre os assuntos de interesse comum, a organização de cargos e magistraturas e atos judiciais. O valor da descoberta aristotélica é muito relativo. Em nada influenciou a vida política durante, no mínimo, o milênio que se seguiu à sua vida. Durante esse imenso lapso histórico, dominou, sem contestação, a vontade do monarca, que reunia em si mesmo as três funções estatais, embora, por razões de ordem prática, estas pudessem ser delegadas a prepostos, segundo o seu arbítrio*”. Destaca que “*a teoria apenas voltou a aflorar nos séculos XVII e XVIII, cabendo a Montesquieu a sua formulação mais acabada e perfeita juridicamente. Nota o grande pensador francês que em todo Estado há atos cujo conteúdo se limita a atingir certos indivíduos ou certas situações, determinadas ou determináveis, no momento de sua expedição. São os atos de efeitos concretos: a nomeação de um funcionário, uma ordem de prisão ou ainda a convocação para o serviço militar de toda uma classe de cidadãos. Contrariamente aos atos desta categoria, existem outros cuja característica essencial é exatamente a se reportarem a um conjunto de pessoas ou situações, insuscetível de ser determinado ou quantificado na ocasião em que é emanado. Estes, na verdade, referem-se a todas as situações concretas que venham a se subsumir à hipótese criada, descrita antecipada e abstratamente e destinada a ser aplicada, em princípio, indefinidamente. Assim se passa com relação às normas que imputam sanções penais aos atos delituosos, à lei civil que torna obrigatórios os contratos ou, ainda, à própria lei que institui a obrigação do serviço militar. A teoria de separação de poderes diz que, qualquer que seja a atividade estatal, esta deverá ser sempre precedida por normas do último tipo citado, isto é, normas abstratas e gerais, denominadas leis. Os atos concretos, ainda segundo a teoria ora exposta, só serão legítimos na medida em que forem praticados com fundamento nas normas gerais (...). Além dessas, é prevista uma terceira função: a judiciária. Esta consiste em dirimir, em cada caso concreto, as divergências surgidas por ocasião da aplicação das leis*”. Conclui, o autor, que o grande mérito da teoria de Montesquieu (que na forma tosca preconizada por Aristóteles se resumia na identificação abstrata dessas formas de atuar do Estado) foi o de afirmar que a tais funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos, ou seja, à divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica. Saliente-se que a evolução da teoria até os dias atuais sofreu temperamentos, principalmente para evitar situações como as de separações rígidas dos poderes, como as introduzidas pelas revoluções francesa e americana, criando um independência de poderes “*a ponto de se desgarrarem de uma vontade política central que deve informar toda a organização estatal*”. Daí, ensina o autor, a necessidade de harmonização (coordenação) e uma certa flexibilização, mediante a qual cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado, sendo uma em caráter prevalente e, as demais, a título excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquela.

de administração direta e indireta, atribuindo-lhes, e aos seus agentes, competência para atuar nos diversos segmentos de interesse público.

Dessa forma, a Administração Pública, conforme lição de Odete Medauar³, representa, sob o aspecto organizacional, “*o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo*”.

Por sua vez, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴, é possível definir Administração Pública, levando-se em conta o sentido material ou objetivo, como “*a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos*”. Sob o aspecto subjetivo, entende a administração pública como “*o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado*”.

Tem-se, dessa forma, sob qualquer dos enfoques, seja como atividade desenvolvida para a consecução dos interesses públicos, seja como conjunto de órgãos ou pessoas jurídicas estruturadas para realizá-los, que a Administração Pública se subordina a uma série de princípios, muitos deles previstos na própria Constituição e outros informadores do próprio Direito Administrativo.

³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 44-45, valendo destacar-se a administração pública sob o aspecto funcional, que, segundo a autora, significa “*um conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços, bens e utilidades para a população, como, por exemplo: ensino público, calçamento de ruas, coleta de lixo*”.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 59 a 62, na qual se sobressai o entendimento da doutrinadora de que a Administração Pública, sob a visão objetiva, caracteriza-se por ser uma atividade *concreta*, ao por em execução a vontade do Estado contida na lei, cuja finalidade é a *satisfação direta e imediata dos fins do Estado*, com regime jurídico de *direito público*.

Há que se levar em consideração, ainda, a importância do estudo da Administração Pública, o qual, segundo posicionamentos modernos, deveria ser ensinado já nas escolas ou em cursos de graduação e especialização, mediante implantação de disciplina específica, tudo com vistas a uma efetiva formação de gestores públicos, ao lado do incremento de uma real noção de cidadania. De certa forma, pode-se afirmar que a falta de uma maior cultura a respeito implica, dentre outros reflexos negativos, a ocorrência de déficit de um padrão mínimo de comportamento por parte de alguns administradores, consubstanciando-se numa visão distorcida do cargo público, o qual, muitas vezes, é encarado não como forma de servir ao Estado, mas como um meio de aproveitar-se da máquina administrativa em proveito próprio ou de terceiros. A implementação do estudo viria, em caráter preventivo, para servir de suporte à mudança de tal mentalidade, minimizando ou exorcizando definitivamente o distorcido enfoque.

O problema, pela espécie de modelo adotado e no qual o Direito Administrativo, como consequência lógica, vem a ser o direito do Governo (e aí se incluem os gestores públicos, de carreira e os políticos), tende a se perpetuar, urgindo uma mudança rápida e eficaz dessa concepção.

Aliás, a respeito, apresenta-se a perspectiva de uma nova formatação do Direito Administrativo brasileiro, destacando-se a posição moderna esposada por Juarez Freitas e manifestada em palestra no Simpósio Paranaense de Direito Administrativo, ao preconizar que aquele está deixando de ser o “*direito de Estado gestor*”, para ser o “*direito do Estado conformador ou regulador*”. Ou seja, o Direito Administrativo passa a ser “*mais do Estado e menos do Governo*”. Nesse sentido, “*preponderantemente das gerações e menos de um período de Governo limitado a quatro, cinco, oito ou vinte anos*”.

1.1.2 Princípios regentes

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 37, que a administração pública, direta e indireta, de todos os Poderes e dos diversos níveis políticos da organização institucional do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Trata-se, assim, de princípios regentes da administração pública constitucionalmente estabelecidos, condicionadores, na sua essência, da própria atividade administrativa.

Há que se ter presente, dessa forma, que a atuação do administrador público deverá ser balizada pela indispensável subordinação a esses princípios matrizes, cada qual, por sua vez, instituído a partir de valores elegidos pelo legislador constituinte como fundamental para o funcionamento eficaz e correto da Administração Pública.

Assim, o administrador fica vinculado à lei e, da mesma forma, o direcionamento da sua atuação deverá revestir-se de caráter público, jamais privilegiando o pessoal. Também não lhe basta atuar apenas na faixa da legalidade ou sob os privilégios da discricionariedade, ignorando o caráter ético e honesto de sua conduta, sempre exigível. Sua atuação, de outro lado, deve ser transparente, possibilitando o acesso de todo o cidadão aos atos editados. Deve, finalmente, exercer sua atividade com presteza, perfeição e rendimento funcional aceitável.

Juarez Freitas⁵, ao catalogar os princípios fundamentais que regem as relações de administração pública no Brasil, ressalta, além dos antes mencionados e previstos

⁵ FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 51-52 e seguintes. Na obra, o autor arrola os princípios regentes, examinando-os

expressamente no dispositivo constitucional destacado (artigo 37 – “*caput*”/CF), também os que seguem:

- a) o princípio da universalização do interesse público (subordinação das ações estatais ao princípio da dignidade humana);
- b) princípio da proporcionalidade ou da adequação axiológica (impeditivo de excessos e sacrifícios desnecessários);
- c) princípio da confiança ou da boa-fé recíproca nas relações da administração (menor precariedade possível nas relações de administração);
- d) princípio do amplo controle dos atos, contratos e procedimentos administrativos;
- e) princípio da unicidade da jurisdição ampla (não-cerceamento do acesso ao Poder Judiciário em casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos do administrado ou da Administração, bem como a desnecessidade de exaurimento das vias administrativas e da coisa julgada em sentido próprio na esfera administrativa, em que pese a possibilidade de preclusão em várias hipóteses);
- f) princípio da legitimidade (vinculado umbilicalmente à noção de subordinação do agente público à cláusula aberta, consoante a qual, em face da Administração Pública, os direitos e garantia expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados);

- g) princípio da responsabilidade objetiva da administração Pública e dos entes prestadores de serviços públicos;
- h) princípio da intervenção essencial do Estado (irrenunciabilidade da titularidade da prestação de serviços públicos, ainda que delegável sua execução).

O mesmo autor, entendendo que “*no sistema democrático, não há, a rigor, princípio jurídico absoluto*”, pelas diversas razões expostas em recente trabalho em homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho, ressalta a “*democracia como princípio jurídico*” e sua relevância, ao apontar que deve ser encarada, com a devida seriedade, a participação popular nas suas diversas faces⁶.

Assim, à luz dos princípios arrolados, explícita ou implicitamente, pela Constituição, bem como por aqueles resultantes de estudos implementados a respeito, é que deve ser

⁶ FREITAS, Juarez (ed.); FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (coords.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 167-197 (Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho). Concluindo seu estudo, ensina o autor: a) o princípio da democracia, em suas facetas, requer que o controle social, longe de inibir, fortaleça os demais controles (interno, externo e o jurisdicional); b) o exercício do controle social, respeitada a devida fundamentalidade, deve propiciar um *orçamento* interativo, permitindo ampla e efetiva participação no processo de discussão e de elaboração tanto no que diz com os gastos como em relação à qualidade e à eficiência da arrecadação; c) o controle social deve ser rarefeitadamente institucionalizado para não se burocratizar nem extinguir sua vitalidade; d) o controle direto da sociedade, em matéria orçamentária, não vincula, em sentido estrito, nem o Poder Executivo, nem o Poder Legislativo, porém deve exercer legítima e inafastável pressão processual, sob pena de vício do processo legislativo; e) em que pese haver, em alguns casos, necessidade de regulamentação formal do controle popular, deve ser acolhida a aplicabilidade direta e imediata do princípio da democracia, em seu núcleo essencial; f) o controle direto é mecanismo de democracia, contudo, havendo desvios, pode representar sua negação, especialmente se pretender superioridade em relação aos demais mecanismos de controle; g) há estreita relação entre o princípio da democracia e o princípio da transparência, devendo a lei orçamentária ser tida como viciada e inconstitucional se ausente uma participação popular mínima nas fases de discussão e de elaboração; o controle social afigura-se crucial para dar maior respeitabilidade à lei orçamentária e à própria Lei Complementar de Responsabilidade Fiscal, motivo pelo qual dispositivos, tais como o art. 48, parágrafo único, não podem ser vistos como ocupando lugar secundário no diploma; i) o controle direto da sociedade serve ao princípio da eficiência, não se voltando apenas ao propósito de limitar o exercício da discricionariedade dos agentes públicos; j) o controle social pode, com elastério, ser considerado como espécie de controle de constitucionalidade, ainda que rigorosamente inconfundível com o derradeiro controle jurisdicional, este último, comprometido com a defesa da Constituição até mesmo contra maiorias episódicas; k) o controle social deve viabilizar o aperfeiçoamento da democracia representativa, articulada com a democracia direta, cujo fortalecimento permite concretizar uma *nova gestão pública*, mais madura, legítima e justa.

pautada a atuação administrativa, significando dizer que “*relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais*”, conforme Hely Lopes Meirelles⁷.

Dentre eles, pretende-se pinçar e destacar o princípio da moralidade, eis que não se pode cogitar, sequer em tese, que o administrador público, em qualquer etapa de sua atuação ou sob quaisquer das formas com que desempenhe a função ou cargo público, venha a desprezar o elemento ético de sua conduta.

Relevante, o princípio, para o correto funcionamento da máquina estatal, o que reflete, no fundo, na credibilidade de seus agentes perante a coletividade, há que se adentrar, de início, na própria noção da moral comum, estabelecendo-se suas relações com o Direito e destacando-se seus pontos de identidade, tudo com vistas a extrair-se, das premissas propostas, um melhor entendimento da moralidade administrativa e sua função, dentre outras a de elemento inibidor de eventuais práticas danosas ao Estado.

1.2 MORALIDADE

Para que se consiga destacar, com a importância que merece, o instituto da moralidade administrativa, erigido constitucionalmente como um dos norteadores da Administração Pública e cuja concretização prática sinaliza transparência e credibilidade na atuação de seus agentes, necessário se torna uma incursão pelos caminhos da Moral, traçando suas relações com o Direito e com a realidade social, estabelecendo pontos comuns entre as duas ciências,

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 81-82.

extraíndo, das lições arroladas, elementos suficientes para o objetivo pretendido, qual seja o de contextualizar o princípio da moralidade como um dos que informam o Direito Administrativo brasileiro.

1.2.1 Moral

Moral, vocábulo derivado do latim *moralis* (relativo aos costumes), conforme explica De Plácido e Silva⁸ em seu Vocabulário Jurídico, designa, na forma substantiva, “*a parte da filosofia que estuda os costumes, para assinalar o que é honesto e virtuoso, segundo os ditames da consciência e os princípios da humanidade*”. Refere, ainda, que a moral, assim, “*tem âmbito mais amplo que o Direito, escapando da ação deste muitas de suas regras, impostas aos homens como deveres*”.

A moral apresenta-se, assim, como o conjunto de prescrições a respeito do comportamento lícito ou ilícito (honesto/desonesto, certo/errado), aceitas em determinada época por um certo grupamento humano.

Ensina Adolfo Sanchez Vasquez, citado por Enoque Ribeiro dos Santos⁹, que a moral surge a partir do momento em que o homem, superando sua natureza animal e essencialmente instintiva, passa a apresentar-se em grupos familiares (já demonstrando uma natureza social), com regulamentação de comportamento dos indivíduos entre si e destes com a comunidade. Neste ponto, a moral exige necessariamente não apenas que o homem esteja “*em relação*”

⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. III.

⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano Moral na Dispensa do Empregado**. São Paulo: LTr, 1998.

com os demais, mas, além disso, que tenha uma certa “*consciência*” – mesmo que imprecisa ou limitada – dessa relação, a fim de que possa comportar-se de acordo com as normas ou prescrições que o governam.

Na Grécia, os problemas morais estavam relacionados com a democratização da vida política, levando as idéias dos pensadores, neste campo, à vinculação com a existência de uma comunidade democrática limitada e local.

Sócrates, a partir da máxima “*conhece-te a ti mesmo*”, preconizava um conhecimento universalmente válido, balizado inicialmente por determinado conhecimento moral e, ao final, por um certo conhecimento prático (conhecer para agir com retidão). Para a ética socrática racionalista, os valores da bondade, do conhecimento e da felicidade se entrelaçam estreitamente.

Para Platão e sua “*ética*”, a moral e a política estavam estreitamente unidas, a partir do entendimento de que o homem se forma espiritualmente somente quando integrado no Estado e mediante sua subordinação à comunidade.

Aristóteles, por sua vez, mesmo considerando, como Platão, o fator político (comunidade), para que o homem pudesse levar uma vida moral, reiterava que tal convivência moral não era um fim em si mesmo, mas condição ou meio para uma existência verdadeiramente humana (a vida teórica, ou comum, na qual consiste a felicidade –

“eudaimonia”). E, sob essa ótica, a ação humana será balizada por esse fim último (o bem supremo) e será ética na medida em que o conduzir para ele¹⁰.

Na seqüência histórica, para os estóicos e epicuristas, a moral não mais se define em relação a *polis*, mas frente ao universo, eis que o problema moral é colocado sobre o fundo da necessidade física, natural, do mundo.

A ética cristã medieval, por sua vez, parte de um princípio de verdades reveladas a respeito de Deus, das relações do homem com o seu criador e do modo de vida prático que o homem deve seguir para obter a salvação no outro mundo, elevando-se de uma ordem terrestre para uma ordem sobrenatural, plena de felicidade e sem as injustiças, desigualdades e imperfeições terrenas. Cultuava a idéia de igualdade de todos perante Deus, embora admitisse as desigualdades sociais, chegando mesmo a justificá-las. Mas acenava com a proposta de um mundo *ideal* (sustentado na moral e ao alcance de todos), em contrapartida ao mundo *real* e suas injustiças.

Posteriormente, sob a ética tomista, Deus foi visto como bem objetivo ou fim supremo, cuja posse causaria prazer ou felicidade.

Na ética moderna, o homem adquire um valor pessoal, não só como ser espiritual, mas, também, como um ser corpóreo, sensível, não apenas dotado de razão, como ainda, e igualmente, de vontade. Passa a figurar, a partir daí, no centro da política, da ciência, da arte e também da moral. Neste sentido, a ética de Kant representa a mais perfeita expressão da ética moderna, preconizando a obrigatoriedade moral. O que o sujeito conhece é o produto de sua

¹⁰ A respeito, FELLINI, Juliano. **O Critério da Moralidade em Kant**. Porto Alegre: PUCRS, 2002. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002.

consciência, o mesmo se verificando em relação à moral: o sujeito – a consciência moral – dá a si mesmo a sua própria lei. E o homem, como sujeito cognoscente ou moral, é ativo, criador e está no centro, tanto do conhecimento quanto da moral¹¹.

Sob a visão contemporânea, uma nova moral se impõe para regular as relações dos indivíduos, tanto por força da transformação da velha sociedade, como visando garantir a unidade e a harmonia entre os membros de uma nova sociedade, norteadas pela idéia do Estado social. Isto porque o Estado liberal que se transformou de maneira pacífica, mediante o implemento de intervenções econômicas, colocando-se como árbitro nos conflitos entre capital e trabalho, superintendendo a produção, distribuição e consumo, tornou-se, por seu posicionamento evolucionista, em paradigma do desejado Estado social-democrático de direito, onde se mesclam e harmonizam as verdades parciais existentes tanto no individualismo como no socialismo.

¹¹ FELLINI, Juliano, Op. cit., p. 66-67, destacando como Immanuel Kant (1724-1804) vem subverter toda a tradição filosófica moral que centraliza na teleologia e na teologia o fundamento para a ética, no tocante a como o homem deve viver sua vida. Refere que Aristóteles procura responder a questão a partir do que seria o fim último do homem ou o seu bem supremo, ou seja, a felicidade: “*a eudaimonia está entre aqueles fatos comuns à espécie humana que, através de uma análise mais detalhada, nos levará a constatar que sob o termo geral ‘felicidade’ se esconde uma gama infinita de significados porque, por se tratar de um conceito empírico, inúmeras são as concepções que dele se fazem*”. Nessa linha, destaca que a tradição situa o fundamento ético sobre o caráter teleológico da natureza humana e encontra em Deus o criador e fundamento de tudo que existe. Entretanto, a moral kantiana resiste a esta ética, que busca fora da natureza humana o fundamento para o agir do homem, baseado em pressupostos de conhecimento de Deus e do próprio homem, para daí deduzir aquilo que é bom e mau. E a vontade divina seria a forma mais perfeita da própria vontade humana, porque supostamente criadora desta. Para o autor, o imperativo moral kantiano não redundará, tão-somente, em mera refutação da tradição filosófica no tocante ao fundamento ético, mas também provocará um redimensionamento desses elementos na nova estrutura por ele proposta. Aduz que “*os princípios morais não se fundam nas particularidades da natureza humana, mas naquilo que essa mesma natureza tem de mais peculiar e universal: a razão*”. Explica: “*É na razão, que determina aprioristicamente a vontade, que reside a dignidade humana. Por esse motivo, se a lei moral quiser infundir algum respeito no agente não deverá basear-se na Antropologia, mas na Racionalidade do agente. Somente um ser dotado de razão e vontade tem a capacidade de agir segundo a representação da lei. (...) só ele possuía a vontade que é a faculdade de escolher aquilo que a razão reconhece como bom. Como a vontade não possui uma liberdade plena, ações objetivamente necessárias podem, subjetivamente, não ser consideradas como tal devido às afetações patológicas que se interpõem entre a razão e a vontade. Por isso, a fim de que a razão determine imediatamente a vontade, os seus ditames assumirão a forma de imperativos que se tornam verdadeiras obrigações ao agente. Isso se deve ao fato de que a vontade humana não é santa. É essa imperfeição da vontade humana que exige que o imperativo da razão assuma a forma categórica, de maneira que nenhum outro componente antropológico determine a ação*”.

1.2.2 Moral e Direito

Para Victor Emanuel Christófari¹², embora tenha sido a Grécia o berço da Filosofia do Direito, não chegaram os gregos a separar e distinguir, seja na teoria, seja na prática, Direito de Moral, restringido-se a focalizar distinção apenas entre ordem religiosa e ordem moral.

Tampouco os romanos chegaram a um critério específico e diferenciador entre Moral e Direito, podendo citar-se Celso, que, ao definir o Direito como a arte do bom e do justo, confundiu ambos os campos, eis que o bom pertence à Moral, enquanto o justo relaciona-se ao Direito.

Cita o doutrinador José Carlos de Matos Peixoto e a referência histórica de que

a distinção entre o Direito e a Moral é relativamente moderna; quem primeiro a formulou foi o jurista alemão Cristianus Thomasius (1655-1728), nos princípios do século XVIII. Os juristas romanos não cogitavam dessa distinção, porque não se davam às abstrações especulativas; entretanto, eles sentiam as diferenças entre regra moral e regra jurídica: Paulo, por exemplo, disse que nem tudo que é permitido juridicamente é moral ('non omne quod licet honestum est'), mas não passou desta indicação vaga.

Diz que para Thomasius, Direito e Moral se distinguiriam pelos seguintes elementos:

a) o Direito é conjunto de regras de caráter negativo, proibitivo, enquanto Moral se constituiria de um conjunto de regras de caráter afirmativo; b) as regras jurídicas objetivam regular as relações dos homens com seus semelhantes (ação externa do homem, tratada quando exteriorizada), enquanto que as normas de moral são de foro íntimo (relativas à vida espiritual do homem, a seus deveres consigo mesmo, ao plano de sua consciência), e enquanto

¹² CHRISTÓFARI, Victor Emanuel. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. Canoas: EDULBRA, 1998.

a ação estiver em tal situação ninguém poderá interferir para obrigar o sujeito; c) a norma jurídica é perfeita porque é coercível, enquanto que a norma moral é imperfeita por lhe faltar tal atributo; d) o Direito tem por princípio o justo, enquanto que a Moral tem por princípio o honesto.

Tal doutrina, principalmente no que se refere à separação absoluta entre os momentos interno e externo da ação humana, sofreu diversas restrições ao longo dos tempos, segundo explica, referindo o exemplo de Immanuel Kant, que aperfeiçoando-a, sintetizou seu entendimento em duas máximas:

age de tal maneira que a máxima de teus atos possa valer como princípio de legislação universal” (Moral); “procede exteriormente de tal modo que o livre uso de seu arbítrio possa coexistir com o arbítrio dos demais, segundo uma lei universal de liberdade (Direito).

Por sua vez, Hans Kelsen¹³, na Teoria Pura do Direito, ao analisar a questão do Direito e Moral, inicialmente trata das normas morais como normas sociais. Nessa linha, afirma que ao lado de normas jurídicas existem outras que regulam a conduta dos homens entre si, ou seja, as normas sociais. Nesta linha de entendimento, a ciência jurídica não é a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Segundo o autor, estas outras normas podem ser abrangidas sob a designação de Moral. O caráter social da Moral é por vezes questionado, sob o argumento de que, além das normas morais que estatuem sobre a conduta de um homem em face de outro, há ainda normas morais que prescrevem a conduta do homem em face de si mesmo (proibição de suicídio, prescrição de coragem ou castidade,

¹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

etc.). Destaca, entretanto, que a consciência do homem a respeito disso está relacionado com sua vida em sociedade, eis que, para um indivíduo que vivesse isolado, não teriam sentido.

Após analisar a Moral como regulamentação da conduta interior e como ordem positiva sem caráter coercitivo, apresenta o Direito como parte da Moral, também como a relatividade do valor moral, finalizando com o posicionamento a respeito da separação entre Direito e Moral e com a justificação do Direito pela Moral.

Resumindo, Kelsen desvincula o Direito da Moral, projetando os dois sistemas como independentes, eis que, para ele, a norma é o único elemento essencial ao Direito, cuja validade não depende dos conteúdos da Moral. Aliás, tal posicionamento é coerente com o conjunto de sua obra e com seu enfoque do Direito como Teoria Pura.

Ao tratar do tema, Washington de Barros Monteiro¹⁴, refere que Direito e Moral têm uma base ética comum, idêntica origem, consciência social, ambos constituindo normas de comportamento. Em seguida, ao tratar das dessemelhanças, também postula que o campo da Moral é mais amplo, abrangendo os deveres do homem para com Deus, para consigo mesmo e para com seus semelhantes, enquanto que o campo do Direito é mais restrito, restringindo-se aos deveres dos homens entre si.

Menciona, ainda, seguindo a posição de Thomasius, que o Direito tem a coação, enquanto que a Moral é incoercível, e que também na sanção repousa a principal oposição entre regras de Direito e de Moral, pois enquanto as primeiras contam com este fator para coagir os homens a cumpri-las (o que é fundamental para a segurança e justiça no grupo

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil** – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1970.

social), as regras de Moral, tendo em vista os fins a que se destinam, se revestem, apenas, de sanções internas (remorso, arrependimento, desgosto íntimo, sentimento de reprovação geral), ineficazes por não submeterem indivíduos sem consciência de valores ou aqueles sem religião.

Adiante, destaca que a Moral visa à abstenção do mal e à prática do bem, ao passo em que o objetivo do Direito é o de evitar que se lese ou se prejudique a outrem. Defende que aquela se dirige ao momento interno, volitivo, psíquico, à intenção que determina o ato, enquanto que este se dirige ao momento externo, físico, ao ato exterior. Finalmente, conclui que enquanto a Moral é unilateral e mais difusa, o Direito é bilateral e mais definido.

Miguel Reale¹⁵, na sua Filosofia do Direito, elabora um esquema de distinção entre Moral e Direito, a partir do tríplice ponto de vista da *valorização* do ato, da *forma* e do *conteúdo*:

- a) quanto à valoração do ato, o do Direito é bilateral atributivo, visando mais ao ato exteriorizado a partir da intenção; por sua vez, os da Moral são unilaterais, visando mais à intenção e partindo da exteriorização do ato;
- b) no tocante à forma, os do Direito podem ser heterônomos; são coercíveis, objetivamente predeterminados e certos, assim como objetivamente certificáveis; do seu lado, os da Moral não revestem a forma heterônoma, são incoercíveis e não apresentam igual predeterminação tipológica;

¹⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

- c) finalmente, quanto ao conteúdo, os do Direito visam de maneira imediata e prevalecente ao bem social ou aos valores de convivência, enquanto que o objetivo dos atos de Moral é, imediata e predominantemente, o bem individual ou valores da pessoa.

Chaim Perelman ¹⁶, ao abordar o tema das relações entre Direito e Moral, refere que tradicionalmente os estudos a respeito, sustentados no espírito kantiano, insistem naquilo que os distingue:

o direito rege o comportamento exterior, a moral enfatiza a intenção, o direito estabelece uma correlação entre os direitos e as obrigações, a moral prescreve deveres que não dão origem a direitos subjetivos, o direito estabelece obrigações sancionadas pelo Poder, a moral escapa às sanções organizadas.

Ao sustentar que os juristas, descontentes com uma concepção positivista (estadística e formalística) do direito, insistem na relevância do elemento moral no seu funcionamento, de outra banda admite a existência de grupo minoritário que recomenda o estudo do direito como objeto de meditação e, às vezes, até de inspiração para o moralista. Em relação a este último aspecto das relações entre direito e moral é que centraliza sua análise do tema, formulando duas indagações a partir do reconhecimento da existência de regras promovidas em diversos ordenamentos como “princípios gerais do direito” e que alguns juristas não hesitam em considerá-las obrigatórias, mesmo na ausência de uma legislação que lhe concedesse o status formal de lei positiva.

Antes de se lançar na elaboração de preceitos muito abstratos – tais como o imperativo categórico ou o princípio utilitarista -, aos quais se reportariam todas as regras morais, o

¹⁶ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pág. 298 a 306

moralista não teria interesse em assinalar, no conjunto das regras de direito, aquelas que, por sua perenidade e por sua generalidade, expressam valores que se impõem aos juristas? Não deveria ele admitir a presunção, que parece razoável, de que tais regras, e os valores que elas protegem, as distinções que elas estabelecem, não deixam de ser pertinentes para o pensamento do moralista?

Destaca o autor que a regra geral (ou pelo menos sua presunção) é a conformidade entre as regras morais e as regras jurídicas. E, por essa razão, é que o estudo do direito, ao reconhecer para a moral sua pertinência costumeira, impedirá o teórico de lançar-se em simplificações exageradas referentes tanto ao conteúdo das regras quanto à sua aplicação a situações concretas. Ou seja, ele verá então, que os diversos princípios que os filósofos apresentaram como a norma suprema em ética, não são, na realidade, senão *lugares-comuns*, no sentido da retórica clássica, que eles fornecem razões que convém levar em conta em cada situação concreta e não axiomas, como os da geometria, cujas conseqüências práticas poderiam ser tiradas por meio de simples dedução. E conclui:

O raciocínio prático, aplicável em moral, não deve inspirar-se no modelo matemático, inaplicável ao caso, e sim na virtude, caracterizada pelo comedimento e pela consideração de aspirações diversas e de interesses múltiplos, qualificada de *prudência* por Aristóteles, e que manifestou tão brilhantemente em direito na *jurisprudencia* dos romanos.

Gustav Radbruch¹⁷, por sua vez, para fins de diferenciação entre direito e moral, evoca a antítese *exterioridade-interioridade*, e, a partir dela, apresenta as várias significações possíveis da fórmula.

¹⁷ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Traduzido pelo Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1997. p. 97 a 113.

Primeiro, quando relacionada ao próprio *substrato* do direito e da moral, e pela qual se sustenta a idéia de que o primeiro regula a conduta exterior dos homens, enquanto que a segunda a sua conduta interior, tida como a que melhor se deduz da concepção do direito como complexo de normas reguladores da vida dos homens em comum, pois só há vida comum quando o homem entra na sua atividade em relações com outros indivíduos.

Ressalta, entretanto:

A experiência jurídica mostra-nos contudo que há inúmeras formas de conduta ou de atitude *interior* que não deixam de ser juridicamente relevantes e isto tanto em certos casos em que a atitude interior é decisiva para o tratamento jurídico a dar a determinadas condutas exteriores (exemplos: as diferentes formas de culpa e de boa fé) como ainda em certos outros em que, eventualmente, a atitude interior só por si já produz determinados efeitos jurídicos (exemplo: o caso de perigo moral dum menor, quando ele determina só por si a intervenção e a proteção do Estado). Por outro lado, se a valoração jurídica se não limita a incidir apenas sobre a conduta exterior, também muitas vezes a valoração moral se não limita a incidir sobre a atitude interior dos indivíduos, podendo até dizer-se que é esta a esfera que mais escapa aos seus juízos.

Revela o reconhecimento de que tanto a conduta exterior se sujeita a valorações morais, como a interior é suscetível de ser objeto de valorações jurídicas, eis que não há um único domínio da conduta humana, quer interior, quer exterior, que não se sujeite, ao mesmo tempo, de apreciações morais e jurídicas. Mas esclarece:

Todavia aquilo que em princípio parece ser uma distinção de objecto entre a moral e o direito pode manter-se ainda, mas simplesmente como uma distinção entre duas *direcções* opostas dos seus respectivos *interesses*. Isto é: a conduta exterior só interessa à moral na medida em que *exprime* uma conduta interior; a conduta interior só interessa ao direito na medida em que *anuncia* ou deixa esperar uma conduta exterior.

O segundo enfoque relaciona a antítese aos *sujeitos do fim* da norma (*Zwecks-subjekte*) no direito e na moral, ou seja, aos donos ou titulares dos respectivos fins, partindo

da concepção de que o valor jurídico caracteriza as ações como *boas para a vida em comum*, enquanto que o valor moral as caracteriza como *boas em si mesmas*. Melhor explicando, enquanto que o valor jurídico é sempre o valor que uma ação tem para outros ou para a coletividade (*ad alterum*, segundo a Escolástica), o valor moral, por sua vez, representa o valor da própria ação (*ab agenti*).

Assim, em face do sujeito da obrigação se acha sempre um outro interessado, credor ou pretendente de alguma coisa, enquanto que em face da obrigação moral apenas simbolicamente pode se estabelecer a existência de um pretendente ou interessado no seu cumprimento (Deus, nossa consciência, a humanidade). Conclui o autor, afirmando:

Nos domínios do “jurídico” pode falar-se de “direitos e obrigações”, de “créditos e débitos”. Nos da moral, porém, o chamado dever moral não é um débito; não é um dever para com um credor, mas simplesmente um dever.

Distingue, ainda, a moral do direito, e sempre com base na oposição “exterioridade-interioridade”, também no aspecto “*modo como*” as respectivas normas obrigam, pois enquanto a moral exige que cumpramos os nossos deveres pelo sentimento puro do dever (não se satisfaz sem a consciência harmônica com a norma), o direito admite outros modos de cumprimento dos nossos deveres jurídicos (é menos exigente e requer apenas a conduta conforme ao preceito). Reportando-se a Kant, explica que a moral reclama “*moralidade*” (espírito de moralidade); o direito, por sua vez, apenas “*legalidade*” (observância exterior)¹⁸.

¹⁸ Apesar de considerar exata a distinção, entende Radbruch não ser exato ver nela uma distinção entre dois modos diferentes de obrigar, explicando: “*Um dever de pura legalidade é uma contradição nos próprios*”

Nessa linha, entende que as normas jurídicas, em sua forma pura, têm mais uma natureza de escalas de valores pelas quais se mede e avalia a vida em comum dos indivíduos, do que a de ordens que lhe sejam dirigidas; ou seja, em harmonia com este primitivo caráter, mais se constituem por *normas de valoração* do que de *normas preceptivas*. Ressalva, entretanto, que o direito não apenas pretende julgar a conduta humana, mas também determina-la em harmonia com os seus preceitos e impedir toda conduta contrária a eles. A respeito, afirma:

Por isso é que as escalas de valores jurídicos, de que falámos, se volvem em “imperativos” – quer dizer: em disposições preceptivas e proibitivas determinantes da vontade humana e não porventura apenas em “normas preceptivas” que, valorando, actuem sobre essa mesma vontade.

Finalmente, na mesma vertente de raciocínio sustentada sob a ótica da distinção a partir da antítese *exterioridade-interioridade*, estuda a diversidade a partir das *fontes* da sua obrigatoriedade, relacionando ao direito uma qualidade de *heteronomia* e à moral uma qualidade de *autonomia*. Ou seja, o direito seria heterônimo “*por se dirigir às pessoas que lhe estão sujeitas, como uma vontade estranha que se lhes impõe do exterior, obrigando-as*”. Por

termos, se por dever se entende uma relação de subordinação duma vontade a uma norma, como aliás não pode deixar de se entender, pois mal se concebe uma outra determinação deste conceito. Com efeito, se quisermos admitir ‘deveres de outra legalidade’, isso equivalerá a falar duma pura obrigatoriedade da vontade e então termos de nos decidir a chamar dever, duma maneira geral, a toda a relação entre o substrato duma norma, qualquer que seja a natureza desse substrato -, e ainda que falar, não só de deveres do pensamento em face das leis lógicas, como até dos deveres estéticos do mármore em face do cinzel do escultor. Por isso, como é fácil de ver, ‘moralidade’ e ‘legalidade’ não representam de maneira alguma modos diferentes de a obrigação se fazer sentir ou de as normas obrigarem. A sua distinção significa tão-só que unicamente a norma moral encontra na vontade humana um substrato susceptível de ser obrigado (verpflichtbar). O substrato da norma jurídica que é não a vontade, mas a conduta, exclui portanto, conceitual e necessariamente, a obrigatoriedade como susceptibilidade de ser obrigado, e a referida distinção não vem pois a significar outra coisa senão que no direito e na moral são diferentes os substratos. Tal distinção não pode significar, por outras palavras, senão o facto de que só a moral tem por objecto o homem individual com todos os seus móbeis de acção, ao passo que o direito tem apenas como objecto a vida dos homens em comum na qual somente a conduta exterior destes interessa (a interior apenas indirectamente) e não os seus motivos de proceder”. Op. cit., p. 103 e 104.

sua vez, a moral revestiria o caráter de autônoma, “*por as suas leis apenas se imporem às consciências por força de sua própria personalidade moral, levando-as a aderirem àquelas*”.

Em relação a uma obrigação heterônima, isto é, imposta por uma vontade alheia, ressalva Radbruch, porém, uma contradição nos seus próprios termos: “obrigação” pressupõe reconhecimento de um dever e é manifesto que uma vontade alheia pode, se acompanhada do poder material de coagir, “*produzir, quando muito, em ter-de-ser (um müssen), mas nunca um dever-ser (um sollen)*”.

Na mesma linha de raciocínio afirmam que a expressão autonomia só pode ter sentido quando, em relação ao prefixo *auto* nela contido “*entendermos não um qualquer ‘querer’, mesmo que seja um desejo de nossa consciência – não qualquer realidade empírico-psicológica – mas a própria personalidade moral, isto é, uma coisa puramente normativa, ideal e irreal, ou – por outras palavras – a própria norma vinculante*”. Isto porque, não seria a consciência quem obriga, mas sim a norma que nela nos fala.¹⁹

Segunda ensina, não obstante as diferenças destacadas entre o direito e a moral, há, igualmente, estreitas relações entre ambos, relações estas não no sentido de ser o direito o “*mínimo ético*” de JELLINEK, ou o “*máximo ético*”, de GUSTAV SCHMOLLER. A respeito, afirma:

Entendemos que ambas estas concepções – tanto a do mínimo como do máximo éticos – afinal desconhecem, ou parecem desconhecer, a possibilidade dos trágicos conflitos que se dão entre o direito e a moral, como são aqueles que, provenientes

¹⁹ A partir de tal constatação e reportando-se a Rudolf Laun, *Recht und Sittlichkeit* (discurso do reitor da Universidade de Hamburgo, 1925), o autor chega ao seguinte dilema: “*ou havemos de conceber o direito como Vontade – e nesse caso teremos de renunciar por completo a todas as tentativas para fundamentar a sua validade normativa, a sua força vinculante, a sua obrigatoriedade em suma – ou havemos de o considerar, pelo contrário, pura manifestação de um ‘dever-ser’, dum ‘sollen’, e, portanto, como vinculante, obrigatório e valioso – e então teremos de o ir fundamentar autonomamente nele próprio, isto é, numa exigência da própria personalidade moral daqueles que se lhe acham sujeitos*”. Op. cit., p. 108

do carácter preceptivo do direito e do carácter convincente da moral, por exemplo, nos surgem na figura do ‘criminoso por convicção’ ou de consciência. Pelo contrário, nós pensamos que o direito e a moral só coincidem, quanto ao conteúdo das suas exigências, causal e parcialmente. A relação entre os seus respectivos domínios normativos consiste, em nossa opinião, sobretudo no seguinte: a moral é ao mesmo tempo, por um lado, o Fim do direito, e, por outro, o fundamento da sua validade obrigatória”.

Ainda a respeito, destaca que só a moral é capaz de servir como base à força obrigatória do direito, eis que, dos preceitos jurídicos considerados como imperativos ou manifestações de vontade, talvez possa derivar, quando muito, um “*müssen*” (um “*ter-de-ser*”), mas nunca um “*sollen*” (um “*dever-ser*”). Sustenta tal posição com base no entendimento de que só poderia se falar de normas jurídicas, de um dever-ser jurídico, de uma validade jurídica e, portanto, de *deveres* jurídicos, quando o imperativo jurídico for dotado pela própria consciência dos indivíduos com a força obrigatória ou vinculante do dever moral. Não vê nessa concepção, entretanto, uma anulação da separação dos conteúdos entre a moral e o direito, não devendo nem mesmo conduzir à idéia de incorporar o direito na moral “*ou a ver na norma jurídica uma norma moral com conteúdo determinado*”. O fato de propugnar uma “*naturalização do dever jurídico*”, nada mais é do que um caso particular de fenómeno, ainda pouco estudado, de uma *dupla valorização* que, por vezes, certos valores assumem.

É o que se passa quando, por exemplo, o valor puramente lógico da verdade, “*tornando-se também objecto duma valoração ética, reveste o carácter dum bem moral, dando lugar a um dever cujo cumprimento é uma virtude chamada veracidade*”. (...)

Ora, assim como a independência das leis lógicas, relativas à verdade como valor, ou as leis estéticas, relativas ao valor do belo, não vêm de maneira alguma a ser afectadas pelo facto de estes valores se acharem simultaneamente elevados ao plano dos valores morais, do mesmo modo pode dizer-se que a autonomia do domínio jurídico também em nada é prejudicada pelo facto desta sua anexação à moral.²⁰

²⁰ Segundo o autor, KANT dizia, com razão, que “*todos os deveres pertencem já à Ética, embora nem por isso a legislação relativa a todos eles se ache compreendida na Ética, e embora até a de muitos se ache fora dela*”.

Revela, ainda, que a sanção do direito pela moral só se torna possível, porém, pelo fato do direito, apesar de sua diversidade de conteúdo, ter a moral como fim, o que não significa, pelo fato de fortalecer os deveres morais com uma sanção jurídica, que poderíamos considerá-lo um “servidor da moral”, para ajudar ao cumprimento dos deveres desta.

A norma moral, que só se satisfaz com o cumprimento dos seus preceitos por amor deles próprios, nada tem a ganhar com o fato de ao lado dela poderem surgir, a reforçá-la, outros imperativos de diferente natureza, embora com um conteúdo idêntico. Verdadeiramente, se o direito serve a moral, não é isso pelos deveres jurídicos que impõe, mas sim graças aos direitos que outorga. É do lado destes últimos, e não do lado dos primeiros, que ele se acha voltado para a moral. Porquanto, se ele outorga direitos aos indivíduos, é só a fim de estes poderem cumprir melhor os seus deveres.²¹

O *momento ético* que reside no direito subjetivo, somente neste contexto é que vem a salientar-se, quando se verifica que tanto a idéia de “o meu direito” como a idéia de “o meu dever”, provoquem o sentimento de integração a uma consciência mais vasta que nos envolve, ou o sentimento de “*que estamos enfim venerando religiosamente no homem a própria humanidade*”.

O meu direito é, na essência, o direito que tenho de cumprir o meu dever moral; donde, inversamente, resulta para mim o dever de defender o meu direito. Nos seus direitos o homem luta afinal pelo seu dever e pela sua personalidade, e foi por isso mesmo que, no seu *Kampf ums Recht*, JHERING pôde pregar essa luta, justamente como um dever da nossa auto-afirmação moral. Sem dúvida, o tipo ideal de “luta pelo direito”, da luta em que sob a forma de um interesse o homem defende a sua personalidade moral, pode no seu desenvolvimento conduzir a dois extremos

Assim, conclui que “a moral não faz mais que submeter-se aqui a uma legislação estranha, abandonando-se à dialéctica específica dum outro domínio da razão e assinando, por assim dizer, numa *letra em branco*, a aceitação dum dever, cujo conteúdo exacto há-de vir a fixar-se depois num outro domínio normativo. É ela quem, embora pondo no direito e na justiça o selo que os há-de transformar em normas duma actividade moral, os abandona depois, para a determinação do seu conteúdo, a uma legislação diferente da sua e portanto extra-moral”. Op. cit., p. 110 -111.

²¹ Op. cit., p 111.

opostos. Se pode conduzir a um puro combate pela personalidade moral, sem contemplações para com o próprio interesse, até a completa renúncia de si mesmo (*Michael Kohlhaas*), pode também, por outro, conduzir a uma simples luta de interesses sem nenhum fundo de preocupação moral, ou até mesmo à pura chicana desacompanhada de qualquer conteúdo de interesse (*Shylock*). O direito é apenas a possibilidade da moral e por isso mesmo também a possibilidade da imoralidade. Ele torna possível a moral. Não a torna forçosamente necessária, porque o acto moral, por natureza de seu próprio conceito, não pode ser senão um acto de liberdade. Mas porque o direito apenas torna *possível* a moral, por isso mesmo deve também tornar possível a negação da moral.²²

Concluindo seu estudo a respeito, Radbruch destaca que a relação entre a moral e o direito apresenta-se como muito especial. Isso porque o direito “*começa por se encontrar ao lado da moral, mas estranho a ela, diferente dela e, até, possivelmente, oposto a ela, como acontece com os ‘meios’ colocados ao lado dos ‘fins’*”. Mas posteriormente, “*como meio para a realização de certos valores morais, o direito toma, porém, parte no valioso deste fim*”. E, deste modo, “*embora com reserva da sua autonomia, é absorvido pela Moral*”.

1.2.3 Elemento moral no Direito

Interessante enfoque sobre o elemento moral no Direito, em capítulo que trata do Aspecto Mecânico do Fato Social do Direito, é apresentado por Pontes de Miranda²³ na sua obra Sistema da Ciência Positiva do Direito.

Destaca, inicialmente, que mesmo nos ajuntamentos ilícitos, na *societas sceleris*, nas “camorras” e “máfias”, nos grupos de bandidos, há atos justos e injustos, morais e imorais,

²² Op. cit., p. 111 e 112

²³ MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo III - Investigação Científica e Política Jurídica.

muito embora, para as sociedades *acima* deles, aquelas que são mais gerais e as transcendem, sejam todas imorais pela origem. Assim, se não houvesse estas formas superiores, não existiriam a “imoralidade” e a “ilegalidade” daqueles grupos. Conclui-se, assim, ser uma questão paradigmática.

Explica que a honra do ladrão, do assassino, do jogador só não existe para nós que os vemos de um “ponto mais alto” da evolução moral e jurídica. Subjetivamente ela *é*, porque sente o indivíduo; objetivamente, encontramos-la na análise do grupo, através de um sinal (ângulo) que compreende, em seu espaço interior, o conteúdo moral. Suas linhas apresentam-se, assim, tais como obstáculos ou verdadeiras impossibilidades, devido às quais não pode a categoria social posterior, que transcende à dos núcleos inferiores, *ver* o que realiza, noutra ordem, a matéria ética dos atos e dos valores. Conclui que dia virá em que “explorar outros povos” e “entrar em guerra” produzirão a mesma impressão, a mesma revolta íntima que a leitura das cenas antigas de escravidão e o fato criminoso do homicídio.

Ou seja, momento chegará em que se terá de integrar o organismo super-humano, como a única solução possível ou, pelo menos, a única contida nos fatos (possibilidade efetiva) para a conservação e perpetuação da vida.

Para o autor, a humanidade integral e unificada, sob a visão sociológica, é uma fatalidade derivada da conjunta atuação de vários elementos, nem todos simples e, talvez, uns produzidos pelo outros: a limitação da superfície terrestre; o crescimento da população universal; a gradual intensificação das necessidades individuais; o intercâmbio; a consciência (fenômeno social) da identidade do homem, nesta incluídos todos os elementos de sentimentos e convicção, como os morais, os religiosos, os políticos, os econômicos, os científicos, considerada a ciência na sua gênese e na sua produtividade sociais.

Em conseqüência, aduz que o homem do futuro será e não poderia deixar de ser o *homo-synthesis*, a mistura, a seleção, a nata humana, que há de ficar da fusão inevitável das raças. E diz que é para lá que caminha a humanidade, eis que o território do globo é limitado e fixo, as populações crescem constantemente e crescerão ainda mais com a difusão da ciência, as medidas higiênicas e os progressos decorrentes da socialização dos bens da vida. Assim, as lutas e, depois, os períodos de paz, com o intercâmbio das deslocações, realizarão a caminhada dos povos para uma relativa unidade, para uma maior harmonia.

O posicionamento parece traduzir uma antevisão ou profecia, por parte do autor, do atual fenômeno da globalização. Conclui que, de tal convicção, precisamente científica, deve tirar-se a norma da ação eis que a verdadeira política, conforme ensina, somente poderá ser a que tire *imperativos* de quanto lhe ministrem os *indicativos* da ciência.

1.2.4 Pontos comuns entre o Direito e a Moral – Teoria dos Círculos Secantes

Inegável, no estudo da Moral e Direito, ao lado das dessemelhanças já apontadas, a constatação de pontos comuns entre as normas morais e de direito, eis que ambas, constituindo-se em normas de comportamento, têm uma base ética comum, uma idêntica origem, qual seja, a consciência social.

A pretensão deste estudo, nesta linha, é extrair, destes elementos comuns entre as duas ciências, pontos capazes de justificar a moralidade como princípio de Direito, no campo da Administração Pública.

Tanto o Direito quanto a Moral regulam atos de seres livres (os homens), tendo ambas, como objetivo final, o bem-estar do indivíduo e da sociedade.

Para Washington de Barros Monteiro²⁴, o Direito frequentemente se refere às prescrições da Moral, elevando-as a momentos culminantes da ordem jurídica, como, por exemplo, o artigo 17 da lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1916, ao preconizar que “*as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*”.

Nesse sentido, segundo explica, os campos do direito e da moral entrelaçam-se e se interpenetram de mil maneiras, embora não se confundindo, mas, ao contrário, separando-se nitidamente. Aliás, as normas morais tendem a converter-se em normas jurídicas (dever do pai de velar pelo filho; indenização por acidente de trabalho, etc.).

Ao estabelecer as relações entre Direito e Moral, Du Pasquier²⁵ refere que ambos teriam uma faixa de competência comum, além da qual cada um manteria sua área particular, independente, tanto para o Direito quanto para a Moral.

Para ilustrar essa relação entre os dois sistemas, valeu-se Du Pasquier da figura geométrica dos círculos secantes.

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. Op. cit., p. 4.

²⁵ *apud* CHRISTÓFARI, Victor Emanuel. Op. cit., p. 88.

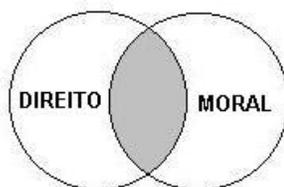


Figura 1 – Relações entre Direito e Moral

Fonte: Du Pasquier apud Victor Emanuel Christófari, 1999.

A partir de tal projeção e observando-se o mundo, notar-se-iam questões sociais que se incluíam nos dois setores ao mesmo tempo, como, por exemplo, a assistência material devida pelos filhos aos pais necessitados. De outro lado, seriam detectados assuntos restritos exclusivamente ao campo da Moral, tal como a gratidão pelo bem recebido. Finalmente, outros assuntos relacionados exclusivamente ao Direito, como, por exemplo, questões de competência jurisdicional.

No que concerne ao presente estudo e ao princípio da moralidade como informador do Direito Administrativo (leia-se Administração Pública), poder-se-ia afirmar que, aproximando-se o círculo das normas legais, estabelecidas pelo Estado a respeito de tal matéria, do conjunto de valores morais elegidos pelo grupo social e também representado, graficamente, por um círculo, comparando-os, inevitavelmente se constataria a existência de normas comuns, ou seja, regras de conduta que pertenceriam tanto a um campo quanto a outro.

Daí que, sobrepondo-se, ou, ainda melhor, imbricando-se os círculos, o resultado seria a constatação gráfica de uma área comum, nela incluindo-se normas legais com conteúdo

visivelmente moral e outras, embora não tão aparentemente mas também revestidas, em sua raiz ou origem, de inegável conteúdo moral.

Tem-se, assim, mediante essa simples visualização, a possibilidade de situar o princípio da moralidade nessa área comum, mas, por óbvio, numa posição hierarquicamente superior às normas legais/morais ali estampadas, eis que princípio. Para identificar-se graficamente esta posição, ter-se-ia de imaginar círculos secantes numa visão tridimensional (figura 2), assemelhando-se a cones entrelaçados e em cuja área comum se colocariam, em projeção hierárquica da base para o vértice, as normas legais/morais e, em faixa superior, pairando soberano sobre elas, o princípio da moralidade.

Poder-se-ia, então, afirmar, socorrendo-se da teoria dos círculos secantes de Du Pasquier e com perdão da ousadia, que o princípio da moralidade estaria configurado como o patamar mais alto das normas atinentes à Administração Pública, desde que identificadas estas, explícita ou implicitamente, por seu conteúdo moral. E a idéia de Maurice Hauriou, no sentido de que moralidade administrativa se traduz por moral jurídica (“*conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração*”) não restaria afastada, mas apenas temperada (ou acrescida) da idéia de que as regras de conduta são matizadas por elementos da moral comum, direta ou indiretamente, conforme demonstrado. Ou seja, não se está afirmando que moralidade administrativa se confunde com moral comum, mas que boa parte das regras de conduta da administração, estabelecidas por força de lei, são balizadas por conteúdos morais comuns, extraídos de valores originários da sociedade, eis que o povo, dentro do nosso sistema político, vem a ser, em última análise, o único e legítimo detentor do poder do Estado.



Figura 2

Nessa linha, as regras de conduta do administrador público - gestor da coisa pública -, em substância e como consequência lógica e inevitável, estariam eivadas de valores de cunho moral, extraídos da própria coletividade que ele representa.

A representação geométrica desta realidade seria este pequeno cone (figura 3), comum aos dois campos e onde estariam colocados em linha ascensional, da base para o vértice, desde as regras de direito mais simples e revestidas de caráter moral, passando por outras gradativamente mais elaboradas, chegando-se aos princípios constitucionais (e aos princípios gerais do direito), aqueles carregados de uma efetiva carga de conteúdo moral.

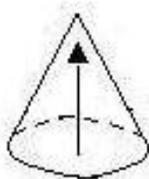


Figura 3

1.2.5 Moral e realidade social

A moral nasce e se desenvolve em diferentes épocas e sociedades como resposta aos problemas básicos apresentados pelas relações entre os homens, e, em particular, por seu comportamento efetivo.

Nesse sentido, segundo ensina o já referido autor Enoque Ribeiro dos Santos²⁶, “*existe uma estreita vinculação entre os conceitos morais e a realidade humana, social, sujeita historicamente à mudança*”.

Sustenta que em toda moral efetiva são elaborados certos princípios, valores e normas. Ou seja, mudando radicalmente a vida social, muda também a vida moral, e os princípios, valores e normas nela encarnados entram em crise, exigindo sua justificação ou sua substituição por outros. Explica que surge, daí, a necessidade de novas reflexões ou de uma nova teoria moral, em face da incompatibilidade dos anteriores conceitos, valores e normas, em face de uma nova realidade social.

A essa necessidade se credita o surgimento e sucessão de doutrinas éticas fundamentais em conexão com a mudança e sucessão de estruturas sociais e, dentro delas, da vida moral.

Já segundo o professor Rui Carlos Duarte Baciotti²⁷, a moral cumpre uma função social vital, manifestando-se historicamente desde que o homem existe como ser social, anterior, portanto, a determinada forma de organização social (sociedade dividida em classes)

²⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Op. cit., p. 22.

²⁷ BACIOTTI, Rui Carlos Duarte. **Direito e Moral**. [s.l.]: [s.ed.], [s.d.]. Disponível em: <www.suigeneris.pro.br>. Acesso em maio 2005.

e à própria organização do Estado. Ou seja, na medida em que a moral prescinde da coação estatal, é perfeitamente possível sua existência anterior ao Estado organizado e deste independente. Diferentemente, o Direito, por uma dependência de dispositivos externos de coerção, obviamente de natureza estatal, tem sua existência ligada ao aparecimento do Estado organizado.

1.2.6 Princípio da moralidade

1.2.6.1 Breve resumo histórico

Antes de abordar-se o tema da moralidade como princípio, relevante resgatar-se algumas idéias sobre as polêmicas relações entre Direito e Moral, as quais, segundo Rudolf von Ihering, se constituem no “Cabo Horn da ciência jurídica”, em face de se revelarem tormentosos e fascinantes.

Assim, sob a visão filosófica da relação entre os campos da Direito e Moral, tem-se sempre presentes os ensinamentos de Christian Thomasius, ao delimitar em três as disciplinas da conduta humana: a Moral (“*honestum*”), a Política (“*decorum*”) e o Direito (“*justum*”), concluindo, a partir das idéias do honesto e do justo, demarcadoras da Moral e do Direito, que enquanto os deveres morais são de natureza íntima, de foro interno, incoercíveis, os deveres relacionados com o Direito são externos e, como tais, sujeitos à coerção.

Com algumas poucas variações, Immanuel Kant segue a mesma linha, ao dividir a metafísica dos costumes em duas áreas, preconizando que a teoria da virtude (Moral) permitia

garantir a liberdade interna do indivíduo, enquanto que a do Direito visava assegurar-lhe a liberdade externa na convivência com os demais integrantes do grupo social.

Descendo-se às indagações do Direito, em suas relações com a moral, sob a visão científica e no enfoque positivo, são variadas as posições dos autores, dentre as quais se destacam, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁸, reportando-se a José da Silva Pacheco, as lições deixadas por Ripert, Radbruch, Del Vecchio e Carnelutti, tidas entre as que ganharam um especial relevo, “*porque souberam marcar, com nitidez, a imprescindibilidade do conceito moral, mesmo sob o mais ortodoxo positivismo jurídico*”.

Destaque especial é dado a Miguel Reale e à sua teoria tridimensional do Direito, pois ao positivar a integração entre *fato, valor e norma*, permitiu elevar-se o conteúdo moral, que reside no elemento “*valor*”, tendo-o como essencial ao Direito.

Num outro plano na perquirição das intersecções relevantes entre Moral e Direito sob um enfoque bem mais palpável, segundo Diogo Figueiredo, poder-se-ia referir a distinção entre a moralidade na criação da lei (a moral *no* Direito) e a moralidade na aplicação da lei (moral *do* Direito), o que nos leva, em relação ao primeiro ponto, à questão especulada pela Filosofia do Direito e projetada simbolicamente na imagem dos círculos concêntricos.

Trata-se, entretanto, de projeções no mundo do *dever-ser*, quando o que mais interessa, a respeito, encontra-se na procura do “*quanto de ético se realiza ou se deixa de realizar na aplicação do Direito*”, ou seja, até que ponto a norma moral inspira e condiciona a aplicação da norma legal.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 52-53.

A respeito tem-se a doutrina do *abuso de direito*, oriunda do Direito Romano, como “*a primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico*”, conforme ensina Antonio José Brandão, citado por Diogo Figueiredo²⁹, a qual é encarada como regra de correção, que objetiva evitar desvios morais quando da aplicação do sistema de direito, como de resto também podem ser com ela alinhadas a teoria da boa-fé e a teoria da imprevisão.

Aliás, Ripert justificava aquela teoria, argumentando que “*o Direito não foi dado ao homem se não para fins sociais; existe abuso em trair a sociedade que no-los deu...*”. Extrai-se, da justificativa, o conteúdo moral, vinculado ao social, a quem o homem deve obediência quando da aplicação do Direito.

A partir da fixação da teoria foram abertas as portas para outros conceitos jurídicos, impregnados do fator moral, tais como o que veda o enriquecimento ilícito, o da obrigação moral, dentre outros.

No tocante ao Direito Público, segundo os doutrinadores, as regras jurídicas com conteúdo moral ainda levariam muitos séculos para uma efetiva implementação, tendo-se como marco histórico de tal fato a jurisprudência do Conselho de Estado da França, responsável pelo sistema do contencioso administrativo do País, ao instituir a teoria do *desvio de poder*.

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 54-55.

1.2.6.2 *Moralidade Institucional*

Inicialmente, antes de adentrar-se no tema da *moralidade administrativa*, cumpre uma passagem, embora breve, sobre o tema da *moralidade institucional*, eis que aquela, segundo se extrai da obra de Hamilton Rangel Júnior³⁰ a respeito da matéria, é conseqüência dessa.

Para a conceituação da moralidade e sua configuração, parte, o autor, das idéias de *ética* como cognição, de *moral* como regramento consuetudinário e de *moralidade* como instrumento, as quais servem para sustentar o entendimento de que a subjetividade do comportamento humano seja limitada ao âmbito da individualidade, assim como a objetividade dessa mesma conduta seja adstrita à esfera da coletividade, evitando-se, com isso, que não sejam arbitrárias, uma com a outra, na busca do bem-estar durante o convívio social. Conclui que “*a moralidade, no Direito, é o conjunto de instrumentos jurídicos voltados a afastar a arbitrariedade entre a subjetividade, individual, e a objetividade, coletiva*”.

Existe uma moralidade, portanto, cuja noção ultrapassa a moral comum e que se constitui em instrumento inibidor de arbitrariedades decorrentes dos choques entre a subjetividade da conduta humana (no âmbito da individualidade) e a objetividade desse mesmo comportamento, que deve ficar restrito à esfera da coletividade.

³⁰ RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da Moralidade Institucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

1.2.6.3 *Moralidade administrativa*

Além das regras de conduta que, ao longo dos tempos, inspiraram diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, seja no campo do direito público, seja, ainda, no do direito privado, merece destaque a introdução, sustentada na moral, de algumas regras e princípios do Direito Administrativo nacional.

Destaque-se, a respeito, a já referida questão da “moralidade administrativa”, eleita pelo legislador constituinte como um dos princípios da Administração, resultando, sua inobservância, em diversas sanções, assinaladas na própria Constituição Federal e em farta legislação infraconstitucional (ação popular, ação de responsabilidade fiscal, ações decorrentes de improbidade, etc).

Conforme já visto, no limiar dos séculos XIX-XX e tendo como pano de fundo as decisões do Conselho de Estado francês, considerado o maior órgão do contencioso administrativo daquele país e que proporcionava à doutrina, sempre sob o enfoque da legalidade, inúmeros exemplos para estudo da teoria das nulidades do ato administrativo, surge a tese elaborada por Maurice Hauriou no sentido de que algumas daquelas decisões anulavam atos da Administração não por contrariedade à lei, mas, isto sim, por ofensa a regras de boa gestão pública³¹. Assim, há de creditar-se ao renomado autor a idéia matriz para o que hoje se entende como moralidade administrativa, lembrando-se que posteriormente, na 10ª edição de seu “*Précis de Droit Administratif*”, ao tratar do assunto deu contornos definitivos ao conceito, ao definir a moralidade administrativa como “*o conjunto de regras de*

³¹ CORDEIRO, Alexandre Delduque. A Recepção do Principio da Moralidade Administrativa no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes**, ano 7, n. 7, p. 105-114, 2002, sustenta que a obra de Hauriou foi combatida por conterrâneos, dentre os quais Marcel Waline, o que não impediu que o conceito extrapolasse as fronteiras da doutrina francesa, sendo recepcionado pelo Direito Brasileiro, que lhe deu novas roupagens, inclusive erigindo-o como um dos princípios norteadores da Administração Pública.

conduta tiradas da disciplina interior da Administração”, daí inferindo-se que ao administrador cabe distinguir não só entre o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto. Ou seja, há uma moral institucional, contida na lei e imposta pelo Poder Legislativo, mas, paralelamente, coexiste uma moral administrativa que, segundo ensina, “*é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário*”.

Muito embora, segundo entendimento do mencionado autor - considerado o sistematizador do conceito -, a moralidade administrativa se diferencie da moralidade comum por estar relacionada a regras de boa administração, não há como se ignorar a influência, na consolidação do princípio, de exigências relacionadas com o comportamento honesto, reto, que se espera de todo e qualquer cidadão, ditadas pelas regras da moral dita comum, tudo conforme antes descrito, em lições que relacionam estreitamente moral e direito.

A respeito, e lembrando o ensinamento de Thomasius, enquanto o Direito teria por princípio o justo, a Moral traria como sua base fundamental o honesto. Tal conclusão não significa, entretanto, que o princípio da honestidade, fundamento da Moral, não possa alicerçar norma específica de Direito, como é o caso do princípio em tela.

1.2.7 Aplicação do princípio da moralidade ao Direito Administrativo brasileiro

A moralidade, assim, encontra-se erigida como princípio constitucional, muito embora alguns autores, segundo refere Maria Sylvia Zanella Di Pietro³², não aceitem sua existência como princípio, já que o conceito de moral administrativa, para eles, seria vago e impreciso ou estaria já absorvido pelo próprio conceito de legalidade, posição essa adotada na linha preconizada pelos críticos de Hauriou.

Entretanto, conforme já abordado, a distinção entre Direito e Moral é antiga, extraindo-se, daí, que licitude e honestidade seriam os pontos diferenciadores entre ambos, na linha do brocardo latino atribuído ao jurisconsulto Paulo, segundo o qual nem tudo que é legal é honesto (*“non omne quod licet honestum est”*). Embora inerente, tal diferenciação, à esfera privada, coube a Hauriou o mérito de trazer o debate ao direito público quando da introdução da idéia de “moralidade administrativa”.

Em que pese divergentes posições doutrinárias a respeito, principalmente em relação a se constituir, a ofensa à moralidade, em um vício de desvio de poder e que redundaria, no fundo, em ofensa à própria lei ou a seu espírito, sem sombra de dúvidas que sua recepção, pelo Direito Brasileiro, desborda da simplista afronta à legalidade, revestindo-se de elementos próprios relacionados à boa-fé na gestão da coisa pública. E, nessa linha, nada mais natural de que viesse a se constituir em princípio constitucional norteador da Administração Pública, não obstante a já mencionada indeterminação conceitual.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 77-80.

Princípio constitucional, na lição de Uadi Lammêgo Bullos³³, apresenta-se como o enunciado lógico que serve de vetor para soluções interpretativas e, quando examinado com visão de conjunto, confere coerência geral ao *sistema*, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo sua força sobre as normas constitucionais.

Para ele, o princípio da moralidade é uma *pauta jurídica*, reconhecida expressamente pelo constituinte de 1988 e, por isso mesmo, sua observância é obrigatória, estando sujeita, inclusive, ao controle judicial. Nessa linha, por não se constituir em disposição meramente declaratória, o princípio serve de respaldo ao controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública.

Sustenta o autor que o vetor da moralidade administrativa possui quatro aspectos interligados entre si, que variam em fundamento, grau, densidade e expansão, esclarecendo-os:

em fundamento porque, num sentido amplíssimo, a moralidade administrativa equivale ao conjunto de preceitos tirados da estrutura interna da Administração, os quais têm em vista a moral profissional, isto é, a conduta honesta, proba e honrada do “bom administrador” (Hauriou). Em grau, porquanto, numa acepção ampla, evidencia o comportamento zeloso, sério, dedicado, isento dos vícios e das mazelas humanas, as quais comprometem o espírito público do mandatário de uma coletividade. Em densidade, porque o pórtico da moralidade administrativa, estritamente tomado, é algo que equivale à boa-fé e à lealdade, não como categorias que se confundam com ela, mas em oposição à astúcia, à malícia e à dissimulação. Em expansão, posto que, num campo muito restrito, o administrador é aquele que equaciona a receita e a despesa, tratando com lisura e decência as finanças públicas, sem desvirtuar os dinheiros do Estado, zelando pelo erário, ao invés de causar-lhe danos, através de atos eivados de improbidade³⁴.

³³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 578

Essas quatro propriedades, agregadas, vêm a se constituir, dessa forma, no núcleo do princípio constitucional da moralidade administrativa.

Conforme já destacado, a moralidade foi erigida em princípio constitucional pelo legislador constituinte de 1988, sendo interessante uma breve abordagem sobre os motivos elencados, à época, para tanto.

Ensina Juarez Freitas que o princípio tem por objetivo vedar as condutas eticamente inaceitáveis e transgressoras do senso moral da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência. Reveste-se, portanto, de autonomia jurídica, “*conquanto experimentando pronunciada afinidade com todos os demais princípios*”.

Alerta o autor que o constituinte conferiu tal autonomia a despeito de “*todas as imensas e profundíssimas conseqüências técnicas e hermenêuticas que daí advêm*”.³⁵

Revela, finalmente, afastando em parte um parâmetro histórico na conceituação da moralidade administrativa, que o princípio “*não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração*”, mas, completa, é extremamente mais e “*diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer os liames sociais*”.³⁶

³⁵ FREITAS, Juarez (ed.); FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (coords.). Op. cit., p. 67 e seguintes, destacando-se a posição do autor no tocante a alguns desdobramentos do princípio, identificando-os: a) está expressamente albergado nos artigos 37 e 5º, LXXIII, da Constituição; b) encontra proteção autônoma através de ação popular; c) tem na probidade administrativa um sub-princípio diretamente descendente e de maior significação jurídica e política, figurando como uma das hipóteses de crime de responsabilidade do Presidente da República o atentar contra a probidade na administração.

³⁶ FREITAS, Juarez (ed.); FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (coords.). Op. cit., p. 69-70, na qual ainda revela, com sua peculiar e habitual percuciência, que “*um controlador arguto, à base da mencionada*

Hely Lopes Meirelles³⁷, que sempre encarou a moralidade como um dos princípios básicos da Administração, destaca o seguinte ensinamento do doutrinador luso Antonio José Brandão:

(...) a atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá ainda que corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence – princípios de Direito Natural já lapidarmente formulados pelos juristas romanos. À luz dessas idéias, tanto infringe a moralidade administrativa o administrador que, para atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda. Em ambos os casos, os seus atos são infiéis à idéia que tinha de servir, pois violam o equilíbrio que deve existir entre todas as funções, ou embora aumentando ou diminuindo o patrimônio gerido, desviam-no do fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum.

Saliente-se, ainda, que a moralidade administrativa está relacionada, umbilicalmente, a idéia de bom administrador, cuja atuação é pautada não apenas por força de competência ou por preceitos de ordem legal, mas, de igual forma, pela chamada “moral comum”, inspiradora, conforme já visto, de vários dispositivos legais pertinentes à atuação do agente público.

Nessa linha, citando ensinamento de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, releva destacar as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, em seus *efeitos*, os quais servem apenas para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Entretanto, ao falar-se de “boa administração”, estar-se-á referindo subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou outra, imprimem valor jurídico à vontade psicológica do administrador. Aliás, do

submissão do administrador não apenas à lei, mas ao Direito, já conseguiria alcançar resultado idêntico”. Completa, esclarecendo: “Igualmente é certo que o princípio da proporcionalidade, ampliada a sua aceção, conduz a resultados semelhantes. A despeito disso e à vista do quadro de raízes dos males administrativos, revela-se adequado e benfazejo imprimir-se o pretendido tratamento diferenciado, como que a solicitar o rompimento das antigas amarras na luta contra a improbidade, por exemplo, perante situações em que, não se configurando o enriquecimento ilícito nem o dano material, sobrevêm inequívocos danos morais à sociedade (são os atos de improbidade administrativa trazidos pelo art. 11 da Lei nº 8.429/92)”.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 84.

mesmo autor é a posição quanto à possibilidade de controle judicial da moralidade administrativa, até mesmo através do mandado de segurança, o que pressupõe a existência de um direito líquido e certo à observância desse princípio no ato impugnado.

Odete Medauar³⁸, por sua vez, menciona que o princípio da moralidade é de difícil tradução verbal, talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública. Argumenta que a percepção da imoralidade deve ser extraída de um enfoque contextual, levando-se em consideração, portanto, o cenário (realidade ou momento) fático em que a decisão da autoridade administrativa foi ou será tomada. Caracteriza-se, assim, por destoar desta realidade e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração. Significativo o exemplo arrolado pela autora a respeito, ao destacar que em momento de crise financeira, num período de redução de privilégios ou mordomias, numa época de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos em aquisição de automóveis de luxo para servir autoridades, mesmo que tal aquisição revista-se de legalidade.

Conforme antes mencionado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que nem todos os autores admitem a existência deste princípio, isto por que alguns entendem como vago e impreciso o conceito de moral administrativa ou por ser este absorvido pela própria noção de legalidade.³⁹

³⁸ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 142.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 77-80.

A autora, entretanto, subsidiada em lições doutrinárias e na evolução do direito positivo brasileiro, esclarece que não se pode confundir o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa, concluindo:

sempre em que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios da justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

José Augusto Delgado, em artigo publicado na Revista dos Tribunais⁴⁰ sobre o tema, para formular a conceituação jurídica do princípio da Moralidade Administrativa parte da sua diferenciação com o da Legalidade, destacando, inicialmente, que a força deste último se alicerça na parêmia *suporta a lei que fizeste*, enunciada por Leon Duguit e desenvolvida por José Cretella Júnior, segundo duas proposições: *a) num Estado de Direito (...) nenhuma autoridade pode tomar decisão individual que não se contenha nos limites fixados por uma disposição material, isto é, por uma lei em sentido material; b) para que um país possua um Estado de Direito, é preciso que nele exista uma alta jurisdição, que reúna todas as qualidades de independência, imparcialidade e competência, diante da qual possa ser apresentado recurso de anulação contra toda decisão que tenha violado ou pareça ter violado o direito.*”

Ressalta que a validade da atuação administrativa está condicionada à total obediência das leis editadas pelo Estado, razão pela qual as decisões tomadas por qualquer autoridade, independentemente da sua posição hierárquica, sempre deverão estar vinculadas às normas de regência, atinentes ao seu círculo de atuação funcional.

⁴⁰ DELGADO, José Augusto. O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**, ano 81, n. 680, p. 34 -46, 1992.

O princípio, portanto, não suporta exceções, atuando de modo absoluto, “*de forma a exigir a efetiva vinculação da prática do ato administrativo de qualquer espécie com a legalidade material e formal*”. Entretanto, “*enquanto o princípio da legalidade exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração*”.

Diferentemente do princípio da legalidade, cujo cumprimento dispensa o administrador de dedicar sua atenção ao motivo da própria ação – basta que se encontre autorizada por lei –, o princípio da moralidade exige uma postura que faça com que os seus atos exteriorizem a própria idéia do dever de haver atuado com base em “*regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa*”, segundo lição de Henri Welter, referida por Hely Lopes Meirelles.⁴¹

Na seqüência, José Augusto Delgado destaca que a moralidade tem a função de limitar a atividade da administração, sustentando, com pertinência:

Não satisfaz às aspirações da Nação a atuação do Estado de modo compatível só com a mera ordem legal. Exige-se muito mais. Necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. Está, portanto, o administrador obrigado a se exercitar de forma que sejam atendidos os padrões normais de conduta que são considerados relevantes pela comunidade e que sustentam a própria existência social. Nesse contexto, o cumprimento da moralidade além de se constituir um dever que deve cumprir, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 89.

Estabelecidas as idéias básicas de Moral, suas relações com a realidade social, seus pontos comuns com o Direito, bem como fixada a moralidade como princípio basilar do Direito Administrativo - e, em consequência, da própria Administração Pública - cumpre agora adentrar-se no campo da improbidade (ou imoralidade) administrativa, figura fundamental ao desenvolvimento deste estudo e à fixação dos pontos controversos que se pretende abordar na seqüência.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 PROBIDADE

Conseqüência do efetivo comprometimento com o ideal da moralidade, erigido em princípio da Administração Pública, é que se tem, na probidade, o corolário natural daquela idéia. Entretanto, como sua negação natural, surge no Direito a figura da improbidade, aqui restrita à seara administrativa, que é a que interessa ao estudo.

Assim, para que se recolham substratos teóricos visando a um perfeito dimensionamento da questão “improbidade administrativa” e sua posição no ordenamento jurídico pátrio, bem como os desdobramentos atinentes aos mecanismos de sua repressão, impõe-se algumas incursões, embora breves, pela noção da probidade, sua relação com a moralidade administrativa, bem como com a figura do agente *probo*.

2.1.1 Noção de probidade

O vocábulo *probo* vem do latim “*probus*”, significando reto, justo ou leal. Em seu sentido jurídico, segundo ensina Plácido e Silva⁴², o termo é utilizado em sentido originário, exprimindo “o sentido de justo, íntegro, honrado, cumpridor de seus deveres, cauteloso em suas obrigações, criterioso no modo de proceder”.

⁴² SILVA, De Plácido e. Op. cit., p. 454.

Probidade, assim, entende-se como a “*honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa*”. Revela, ainda, a qualidade de honesto, a integridade de caráter, o procedimento justo.

Nessa linha, tem-se a probidade como comportamento humano que se exige de todos os integrantes de uma sociedade. Em outras palavras, espera-se que as condutas do homem se baseiem na honestidade, na retidão de caráter, no procedimento justo e no cumprimento criterioso de deveres inerentes à condição de inserido em determinado contexto social.

Assim, se do cidadão comum, por sua simples condição de integrante do grupo social, já se exige conduta reta, proba, que não ofenda direito alheio, com muito mais razão deverá se exigir do agente público tais qualidades no desempenho da atividade pública, pois representa a todos e age em nome da coletividade, com vistas a realizar o seu bem comum.

2.1.2 Probidade e moralidade administrativa

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴³, difícil é a tarefa de estabelecer distinções entre probidade e moralidade administrativa, visto que, no fundo, em razão de relacionarem-se com a idéia de honestidade na Administração Pública, tais expressões praticamente adquirem o mesmo significado.

Nessa linha, ao exigir-se probidade ou moralidade administrativa, não se clama, apenas, pela legalidade formal e limitada, da atuação administrativa, com base na lei. Ou seja,

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit.

necessário se torna, ainda, uma perfeita observância aos princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que, segundo ensina a mesma autora, assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

José Afonso da Silva⁴⁴, por sua vez, ao tratar dos princípios constitucionais da administração pública, engloba, num mesmo item, o princípio da moralidade e da probidade administrativa, afirmando ser esta última uma *“forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos”*.

A respeito, tem-se como marcante o ensinamento de Juarez Freitas⁴⁵ quando, após revelar que o constituinte brasileiro pretendeu conferir autonomia ao princípio da moralidade, sustenta, para tanto, os desdobramentos do princípio e, em especial, o que arrola a probidade administrativa como um *“subprincípio diretamente descendente e da maior significação jurídica e política”*, destacando ainda que *“em sua ligação umbilical com o da moralidade, aparece mais propriamente como especificação do que qualificação daquele”*. Ou seja, o princípio da probidade administrativa apresenta-se como corolário do princípio da moralidade.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 571.

⁴⁵ FREITAS, Juarez (ed.); FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (coords.). Op. cit., p. 67 e seguintes

2.1.3 O agente público probo

Conforme já ressaltado, se de todo o ser humano é esperada uma conduta honesta, reta, íntegra, honrada, dentro do grupo social em que vive, com muito mais razão tal qualidade pode e deve ser exigida do agente público (administrativo, político, etc.), que deverá, segundo Marcello Caetano⁴⁶, “*servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer*”. Ou seja, seguindo lição do mesmo autor, “*o dever de probidade impõe assim (...) uma conduta de absoluta isenção, de modo a que não seja suspeito de prevaricar, de deixar-se corromper ou de outro modo ser infiel à entidade servida e aos interesses gerais que lhe cumpre realizar e defender*”.

Há que se levar em conta, ainda, que o agente faz parte de um contexto de Estado, cujo objetivo maior, no fundo, é o de assegurar a justiça social a todos os seus cidadãos, pelo que lhe são concedidos poderes, inclusive o discricionário, com a liberdade de direcionar os recursos públicos para atingir tal desiderato.

Caso venha a se desviar do norte traçado, mediante a prática de atos desonestos, tal situação se refletirá não apenas no campo da moral comum, mediante ocasionais e meras reações de desaprovação do grupo social. Bem mais do que isto estará sujeito a responder, perante todo e qualquer um que se julgar prejudicado pelos reflexos nefastos de sua ação, pois o comportamento moral e a conduta ética revestem-se de condição essencial para o exercício da atividade pública.

⁴⁶ CAETANO Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. Tomo II. p. 684 e seguintes.

Não pode o agente jamais se esquecer de que, integrando o Estado, suas ações devem direcionar-se aos interesses gerais de toda uma coletividade, não podendo, jamais, colocar tais interesses em segundo plano...

Assim, segundo a já referida e clássica lição extraída de Maurice Hauriou, o agente público, no desempenho de suas atividades, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, ou seja, não deverá decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o oportuno e o inoportuno, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e desonesto.

Tal exigência é tão forte que a cada cidadão, individualmente considerado, desde que detentor de direitos políticos, é possibilitado o acesso à Justiça, sem custo, através de Ação Popular, para anular eventual ato lesivo. E isso sem contar, ainda, com as possibilidades de ação que se extraem da lei instituidora da Ação Civil Pública, da Lei da Improbidade Administrativa e da Lei de Responsabilidade Fiscal, caso o administrador, ultrapassando as barreiras dos controles estabelecidos pelo Estado (ou conseguindo frustrá-los), venha a praticar ato contrário aos interesses públicos, nas diversas modalidades preconizadas pela legislação.

Praticado ato que atente contra as regras internas da boa administração, com ou sem prejuízo direto ao Erário, desde que estes últimos sejam indicadores de enriquecimento sem causa do agente, tem-se como caracterizada a improbidade administrativa, como tal sujeitando seu autor às penas estabelecidas.

Nunca é demais lembrar que dos agentes públicos sempre se espera, quando do exercício das suas atividades, fiel obediência aos princípios da legalidade, moralidade,

impessoalidade e publicidade. Aliás, nesse sentido, relevante a lição extraída do voto do desembargador Rui Stoco, da 3ª Câmara Cível do TJSP, no Agravo de Instrumento nº 092.762-5/3-00, julgado em 06.04.99⁴⁷, ao referir:

Como não se olvida, dos órgãos de poder, do agente público ou do servidor público se exige postura e comportamento público sem jaça. A estes não basta a honestidade. Impõe-se, ainda, que ostentem a aparência de honestidade; comportamento ilibado e sem sombras. Leve distração com relação a estes cânones, simples suspeita ou mera dúvida acerca do comportamento de um cidadão comum não seriam suficientes para impor aflições restritivas em seu patrimônio. Mas em se tratando daqueles agentes é quantum satis para tais providências afligentes.

2.2 IMPROBIDADE

A improbidade, como já ressaltado, vem a se constituir na real e efetiva negação da virtude (obrigação) da honestidade, consubstanciada esta em condição para o desempenho regular e correto das atividades públicas, a qual deve priorizar, sempre, os interesses gerais da coletividade, ou seja, os interesses do próprio Estado.

Como premissas para a conceituação da “improbidade administrativa” é que se abordará, a seguir, a noção da improbidade, demonstrando que tal desvio de conduta se perpetua ao longo dos tempos. A seqüência do estudo desembocará na chamada Lei da Improbidade Administrativa e nos instrumentos postos à disposição para elidir a conduta ímproba, abordando-se a questão dos controles e sua (in) suficiência prática.

⁴⁷ STOCO, Rui. Agravo de Instrumento nº 092.762-5/3-00, julgado em 06.04.99. In: Revista dos Tribunais, n. 764, p. 118, jun. 1999.

2.2.1 Noção de improbidade

Derivado do latim, *improbitas* (má qualidade, imoralidade, malícia), juridicamente, liga-se ao sentido de *desonestidade, má-fama, incorreção, má-conduta, má-índole, mau-caráter*, segundo explica De Plácido e Silva⁴⁸ em seu Vocabulário Jurídico.

Revela, assim, a qualidade do homem que *não procede bem*, por não ser honesto, que *age indignamente*, por não ter caráter, que *não atua com decência*, por ser amoral.

Resumindo, é a “qualidade” do ímprobo, sendo este, por sua vez, o moralmente mau, o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral (do latim *in e probus*, é atributivo de toda a pessoa que procede atentando contra os princípios ou regras da lei, da moral e dos bons costumes, com propósitos maldosos ou desonestos). Pode ser taxada de ímproba, portanto, a pessoa sem caráter, que não é honrada, revelando, seus atos, desonestidade, abuso, má-fé ou fraude.

Para os romanos, a improbidade impunha a ausência de “*existimatio*”, qualidade que atribui aos homens o bom conceito. Ou seja, ausente tal qualidade (a *existimatio*), os homens transformam-se em “*homines intestabiles*”, tornando-se inábeis e, portanto, sem capacidade ou idoneidade para a prática de certos atos.

O ato de improbidade, em regra, implica ora em violação de um dever legal, ora de um dever moral, caracterizando-se, ainda, como o afastamento de uma obrigação geral de

⁴⁸ SILVA, De Plácido e. Op. cit., p. 799.

conduta. Segundo Délio Maranhão⁴⁹, ato de improbidade é *“todo aquele que ofende as normas de moral que em certo meio e em certa época não se admite sejam violadas”*.

2.2.2 Improbidade administrativa

Em sentido amplo, improbidade, segundo Uadi⁵⁰, engloba os aspectos subjetivo e objetivo, eis que, sob o primeiro enfoque, os atos ímprobos conspurcam a moralidade, a honestidade, a lisura dos negócios públicos, o desempenho lícito, legítimo e reto do comportamento humano, enquanto que, sob o segundo aspecto, violam um dever previsto na Constituição e nas leis.

A constitucionalização da improbidade administrativa (espécie de imoralidade administrativa) equivale a um reclamo contra a corrupção, a desonestidade, o desrespeito à coisa pública, o enriquecimento ilícito e a má-fé.

No âmbito do Direito Administrativo, o termo “improbidade”, está associado, em sentido amplo, à idéia da conduta irregular do agente público, ao passo que, sob uma visão mais específica, extraída da própria lei que regula a matéria, relaciona-se com as figuras de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, infringência aos princípios e preceitos constitucionais, vinculando-se a um espectro alargado de desonestidade.

O princípio da moralidade é mais amplo se comparado aos da probidade e da boa-fé. Isto porque a probidade se volta para um particular aspecto da moralidade, enquanto que a

⁴⁹ MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1985. p. 223.

⁵⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 614.

boa-fé está mais relacionada à questão confiança, já que, servindo de matriz da relação administrador-administrado, reporta-se, “*lato sensu*”, à tutela de um bem, de um valor ético-social, este último exteriorizado pela confiabilidade. A quebra da confiança importa na ruptura da boa-fé.

Daí se deduz que as idéias de probidade e boa-fé estão embutidas na própria concepção de moralidade, o que torna inútil, na prática, detectar-se suas diferenças conceituais categóricas.

Voltando a Uadi, refere constituir-se em excesso a pretensão de se extraírem resultados diversos de figuras complementares. Como exemplo, seria despiciendo, na realidade, saber se um agente público agrediu a moralidade administrativa sem incorrer em improbidade ou se, pela quebra do elemento confiança, maculou a boa-fé. O essencial será a apuração dos atos violadores da honestidade, da lisura dos negócios públicos, do desempenho lícito, legítimo e reto da conduta, que agridem um dever imposto ao administrador, seja pela regra Constitucional, seja pela regra legal.

José Afonso da Silva⁵¹, por sua vez, sustenta tratar-se, a improbidade administrativa, de uma forma de *imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a terceiros*.

Complementando a idéia, pode-se afirmar que tanto as ações quanto as omissões dolosas de agente público por força da ocupação de cargo, emprego ou função, que tenham como objetivo a obtenção de vantagem para si ou para terceiros, com ou sem danos efetivos e diretos para o Estado, qualificam-se como improbidade administrativa. De resto, também não

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 571.

há como excluir os atos ou omissões que, embora não causem dano específico ao erário nem impliquem enriquecimento ilícito do agente, venham a atentar contra os princípios que norteiam a Administração Pública.

Dentro da ótica de que a probidade administrativa, segundo José Afonso da Silva, é uma forma de moralidade administrativa que mereceu, por parte do constituinte brasileiro, uma consideração especial, ao prever, caso ofendida, a punição do ímprobo, a improbidade administrativa pode ser vista como uma imoralidade qualificada por dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a terceiro. Impende incluir-se, no rol, também os atos que, mesmo não causando dano material ou proporcionando o enriquecimento ilícito, importam em ofensa aos princípios regentes da Administração Pública, conforme já mencionado, porquanto implementados no ordenamento dispositivo legal específico. Cumpre salientar que, dentre as formas mais comuns de sanção (penal, civil e administrativa), situam-se, ainda, as que redundam na perda dos direitos políticos, conforme exceção do inciso V ao *caput* do artigo 15 da Constituição Federal⁵², o qual se reporta aos termos do seu artigo 37, § 4º.

2.2.3 A chamada Lei da Improbidade Administrativa

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, foi editada visando a dispor sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito quando no exercício de

⁵² Diz o texto constitucional no artigo mencionado: “É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”

mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, conforme se extrai de sua ementa.

A norma constitucional de origem encontra-se estampada no § 4º, art. 37, da Carta de 1988, ao dispor 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*”.

O diploma sofreu alteração em 25.10.01, com a MP nº 2225, de 04 de setembro de 2001, estando estratificado em vinte e cinco artigos, por meio dos quais o legislador ordinário pretendeu atender às premissas constitucionais exigidas.

Cabe uma breve análise do diploma, destacando-se os dispositivos que mais se relacionam com o presente estudo.

2.2.3.1 Da extensão do diploma legal quanto ao agente e à entidade

O diploma em análise trata, em seu primeiro Capítulo, das Disposições Gerais, indicando, inicialmente, quais os atos de improbidade praticados por qualquer agente público que serão punidos na forma desta lei.

A extensão do termo “agente público”⁵³ engloba tantos os servidores agentes administrativos, como também os agentes políticos e todos aqueles que estiverem, de qualquer forma, relacionados com a administração pública, exercendo, ainda que em caráter temporário ou mesmo sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função, decorrentes de eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, nas entidades que menciona.

A administração pública aí é tomada em seu sentido mais amplo, ou seja, envolve a direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Territórios, percebendo-se que o dispositivo, quanto à dimensão emprestada, mostra visível inspiração no artigo 37 da Constituição Federal, que em seu “*caput*” refere, objetivamente, os Poderes de todos os níveis da organização política do Estado.

Mas a regra em comento vai mais além, ao incluir, também, as empresas incorporadas ao patrimônio público, ou, ainda, as entidades para cuja criação o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Cumprir destacar que o dispositivo em tela ainda inclui, em seu parágrafo único, entidades que recebam subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual⁵⁴.

⁵³ Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, 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 mencionadas no artigo anterior.

⁵⁴ Neste último caso, limita-se a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos, conforme dispõe a parte final do mencionado parágrafo.

Constata-se então e sem maiores dificuldades, pela dicção legal, que a linha mestra do dispositivo é o patrimônio público em sua forma mais abrangente, incluindo não apenas os bens que constituem o patrimônio próprio das entidades estatais, autárquicas, paraestatais, fundacionais e empresariais do Estado, mas também os que, embora pertencentes a entidades não enquadradas especificamente naquele rol, sob os mais diferentes aspectos e formas estão relacionadas com o Erário Público, através de liames estabelecidos em decorrência de incorporação empresarial, de investimentos em sua criação ou manutenção e, ainda, por subvenções, benefícios fiscais ou creditícios de órgãos do Estado.

Vê-se, portanto, que onde o Erário está presente, também o está o diploma legal em análise.

Questão que chama a atenção é a estampada no artigo 3º, ao referir que as disposições da lei são aplicáveis, no que couber, àquele 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.

Inspirou-se o legislador, certamente, em dispositivo do Código Penal que trata do concurso de pessoas ou de agentes, mas, independentemente dos reflexos criminais da responsabilidade paralela, não restam dúvidas de que, com a implementação de tal regra, ampliou-se de forma considerável também a possibilidade de responsabilização civil pelos danos causados ao erário, o que poderia ocorrer, com maior frequência, em processos de licitação ou em contratações irregulares.

2.2.3.2 *Da lesão ao erário, do enriquecimento ilícito e do ressarcimento dos danos*

Após dispor que os agentes públicos, assim considerados na acepção ampla do termo, são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos, inspirado, mais uma vez, no “caput” do artigo 37 da Constituição, o diploma passa a tratar das hipóteses de dano ao patrimônio público, de enriquecimento ilícito e da conseqüente responsabilização pelo ressarcimento dos prejuízos causados.

A lesão, dispõe a lei, poderá decorrer de ação ou omissão, dolosa ou culposa, tanto do agente quanto de terceiro, obrigando ao integral ressarcimento dos danos causados aos cofres públicos.

Por sua vez, na hipótese de enriquecimento ilícito, haverá a perda, pelo agente ou terceiro beneficiário, dos bens ou valores acrescidos ao respectivo patrimônio.

Os dois comandos estão estampados nos artigos 5º e 6º da lei, a qual refere ainda, no artigo 7º, que, ocorrendo as hipóteses em destaque, caberá à autoridade administrativa, responsável pelo inquérito, representar ao Ministério Público, a fim de que este encaminhe os procedimentos legais com vistas à indisponibilidade dos bens do indiciado⁵⁵. Questão importante é saber-se quando tal deverá ocorrer: logo de início, ao longo do inquérito ou somente no seu final.

⁵⁵ Segundo SILVA, De Plácido e. Op. cit., p. 817, o vocábulo “indiciado”, “derivado de *indiciar* (mostrar por indícios, revelar, denunciar), designa a pessoa a quem se fez uma *imputação criminal*, em virtude de que se iniciou contra ela a *ação penal*. Corresponde, em sentido, ao *denunciado*, *indigitado*, *acusado* ou *incriminado* (...)”.

Presume-se que a notícia ao Ministério Público se faça tão pronto a autoridade conte com indícios suficientes para apontar a culpabilidade do agente, o que poderá ocorrer logo em seguida à abertura do inquérito ou mesmo ao longo do seu desenrolar, mas sempre que o conjunto de provas coletadas revele aquela circunstância, não necessitando, dessa forma, sua formal conclusão. Tal posicionamento parte da exegese do dispositivo em tela, o qual, ao empregar o termo “indiciado”⁵⁶ e objetivar indisponibilidade de bens, visa assegurar, desde logo, o êxito do futuro processo de ressarcimento. Por óbvio que aguardar o desfecho do inquérito poderá redundar, na prática, na inviabilidade material do ressarcimento, em face da possibilidade de que os bens que lhe assegurem venham a ser transferidos a terceiros ou ocultos, frustrando o processo.

O diploma em análise, conta, ainda, com regra expressa no sentido da responsabilidade do sucessor daquele que causar lesão ao erário ou se enriquecer ilicitamente, sujeitando-o às cominações legais, mas sempre no limite das forças da herança⁵⁷. Assim, a norma permite que, em relação ao agente falecido, também se proceda à indisponibilidade dos bens da herança, inferindo-se que incidirá tanto sobre o espólio ainda não processado, quanto sobre aquele em andamento, bem como, no caso de processo de inventário e partilha já concluído, sobre os bens transmitidos.

⁵⁶ Em relação ao *indiciado* há indícios, conjeturas, que serão apurados e reconhecidos, ou não, a final, pela sentença do julgador. Em que pese o caráter basicamente criminal, emprestado pelo autor, o termo também é utilizado no inquérito administrativo para indicar o agente que está sendo investigado.

⁵⁷ Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

2.2.3.3 *Dos atos de improbidade administrativa*

O Capítulo II da lei em estudo trata dos atos de improbidade administrativa, catalogando-os em três grupos distintos: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Em relação aos primeiros, considera ato de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito, auferir qualquer espécie de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades antes mencionadas, ou seja, naquelas que, conforme já referido, o Estado tenha interesses patrimoniais, sejam ou não integrantes da administração direta ou indireta. Nessa linha, demonstra que o cerne da conduta reside no ato de auferir vantagens indevidas, as quais, mesmo que diretamente não importem em lesão ao patrimônio público, reflitam, na prática, em prejuízos indiretos ao erário.

Na seqüência, o legislador retrata, quase exaustivamente, as condutas ímprobas que, provavelmente, apresentam-se como as mais utilizadas na prática, discriminando hipóteses tipificadoras específicas⁵⁸.

⁵⁸ São considerados atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, segundo dispõe o artigo 9º da Lei nº 8.429/92: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro

O rol é tão abrangente que mereceria, por parte de todo e qualquer agente público, assim considerados na mais ampla acepção do termo, uma rotineira consulta durante seu dia-a-dia funcional, a fim de que se abstinésse da prática de atos que, embora lhe possam parecer inocentes, estão ali expressamente contemplados.

Receber presentes, conceder pequenos favores, utilizar bens ou pessoal da administração (veículo público e/ou seu motorista, por exemplo), prestar assessoria a empresas, facilitar liberação de valores ou praticar atos similares, constituem atos que, por mais simples, irrelevantes ou inocentes que possam se apresentar ao administrador público, por certo estarão enquadrados dentre a variada e abrangente gama de tipos especificados no diploma em destaque.

serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

No segundo grupo⁵⁹, o qual trata dos atos administrativos que causam lesão ao erário, são assim considerados aqueles que ensejem perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres das entidades já anteriormente enumeradas (2.2.3.1), por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente público, sempre considerado em sua acepção mais abrangente, conforme já referido. Diferentemente do grupo anterior, em que se focaliza a mudança patrimonial do agente ou de terceiros, mediante acréscimo indevido e sem um dano direto ao patrimônio público, agora são abrangidos os atos e omissões que, de uma forma específica, atingem diretamente o erário, reduzindo-o. Tudo isso independentemente de eventual vantagem objetiva e direta ao agente, ou mesmo a terceiros. Basta configurar-se a lesão e a ocorrência da ação ou omissão que lhe deu origem, para que se enquadre o agente nas diversas hipóteses ou circunstâncias desenhadas no dispositivo que trata da espécie.

Finalmente, são tipificadas as ações ou omissões que, atentando contra os princípios regentes da administração pública, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, inerentes a atividades do agente.

⁵⁹ São considerados atos de improbidade por prejuízo ao erário, na forma do artigo 10 da lei em comento: I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente; XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

Como já visto, na forma do artigo 37 da Constituição, a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverá obedecer aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Assim, em que pese a referência à norma legal circunscrever-se, ao menos aparentemente, a apenas parte dos princípios arrolados na regra constitucional, há de se ter presente que todos os demais deverão ser contemplados, sob pena de enfrentar-se uma inaceitável lacuna. Registre-se, ainda, que as hipóteses arroladas nos diversos incisos da regra não esgotam, por si sós, outras situações fáticas que poderão ocorrer, igualmente tipificadores da afronta aos princípios e seus desdobramentos, como, por exemplo, o serviço prestado de forma imperfeita, embora sem atraso.

2.2.3.4 Das penas

A lei em análise estabelece diversas formas de penalização das condutas consideradas desonestas, antes destacadas.

Nessa linha e independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas em legislação específica, dispõe a LIA que o responsável pelo ato de improbidade se submete às cominações direcionadas, basicamente, aos seguintes aspectos:

- a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- b) ressarcimento integral do dano, quando houver;
- c) perda da função pública;

- d) suspensão dos direitos políticos;
- e) pagamento de multa civil;
- f) 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.

Saliente-se que as sanções previstas, em especial aquelas relacionadas à perda dos direitos políticos, ao pagamento da multa civil e à perda do direito de contratação ou do recebimento de benefícios/incentivos fiscais, variam segundo os atos se enquadrem nas hipóteses elencadas nos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei, importando maior severidade aos relacionados ao enriquecimento ilícito e diminuindo gradativamente, nos casos de dano ao erário e de ofensa aos princípios da administração pública⁶⁰.

Quanto à aplicação, as penalidades em destaque deverão ser balizadas, pelo juiz, segundo os critérios de extensão de danos ao erário e, igualmente, com base no proveito patrimonial obtido pelo agente. Restam respeitados, assim, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

⁶⁰ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: I - na hipótese do art. 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 art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 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 art. 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

Despiciendo anotar-se, assim, o caráter não-penal dos atos de improbidade, em que pese muitos dos atos elencados guardarem similitude com tipos previstos no Código Penal Brasileiro. Ou seja, conforme ensina José Guilherme Giacomuzzi⁶¹, “*o ilícito de improbidade, portanto, é ilícito não-criminal, ou civil lato sensu – ilícito administrativo, em suma*”. Isto tudo, apesar de o conjunto de condutas arroladas como atos de improbidade manter, em essência e cada uma, um núcleo de tipo penal, carente apenas da aferição do elemento subjetivo que o complete. Nessa linha é que se entende a presença do Ministério Público desde a fase administrativa de apuração dos atos considerados como de improbidade.⁶²

Por óbvio que a ocorrência do fenômeno da *múltipla incidência* - segundo o qual um mesmo fato pode surtir vários efeitos no mundo jurídico, bastando, para tanto, que mais de uma regra de direito o preveja como suporte fático de sua incidência -, não afasta a idéia, conforme já preconizado por Nelson Hungria e citado pelo autor, de a ilicitude jurídica ser una, ocorrendo mediante relação entre os ilícitos penais (contra a Administração Pública) e de improbidade (análogos aos penais), da seguinte forma:

...se crime há, o fato é necessariamente ilícito de improbidade, desde que o agente se enquadre nos ditames dos artigos 2º e 3º da LIA, que arrola os sujeitos ativos dos atos ímprobos. O inverso, entretanto, não será necessariamente verdadeiro, mas devido à forte similitude descritiva das condutas e considerado o exigente elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade, a condenação judicial

⁶¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 292, o qual acrescenta, ainda, que “as conseqüências são enormes, partindo da possibilidade de ter-se como constitucionais as normas dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA (que definem exemplificativamente o ilícito de improbidade) – o que, por si, é suficiente a indicar a relevância da indicação correta da natureza do ilícito -, passando pela adoção do rito processual civil, e não do criminal – com todas as conseqüências de prazos, formas de oitiva de partes, testemunhas, colheita de provas, elaboração de perícia, intervenção de terceiros etc.-, impossibilitando a decretação de prisões cautelares e refletindo-se, ao final de tudo, na forma de aplicação da sanção jurídica”.

⁶² Ver, a respeito, interessante artigo de ROCHA, Deiza Curvello. In: *Jornal Correio Brasiliense*. Disponível em: <www.noefito.direito.com.br/artigos>. Acesso em: maio 2005, Subprocuradora da República, a qual afirma que foi o conteúdo penal de cada das condutas elencadas na lei em comento que levou o legislador a impor “*a presença do Ministério Público já na fase administrativa de apuração dos atos caracterizados como de improbidade, junto ao órgão público onde a conduta lesiva ao patrimônio ocorreu, conferindo, desde logo, ao titular da ação penal ampla liberdade de requisitar a instauração de inquérito policial para apurar, na esfera penal, os fatos e sua autoria*”.

do ímprobo faz prova da existência do ilícito penal, restando, em verdade, analisar-se somente a adequação típica do fato à culpabilidade do agente.⁶³

2.2.3.5 *Da declaração de bens*

Questão importante na lei em comento é a relacionada à declaração de bens⁶⁴ e valores que compõem o patrimônio privado do agente público, condicionadora da posse ou exercício da função pública.

Trata-se, como se percebe pela dicção legal, de uma declaração que abrangerá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, sejam aqueles localizados no País, sejam, ainda, os possuídos no exterior. Demonstrando a seriedade e abrangência deste controle prévio, quando e se for o caso, a declaração também deverá abranger os bens e valores do patrimônio do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos, tão-somente, objetos e utensílios de uso doméstico.

A declaração poderá, na forma da lei e a critério do interessado, se constituir em cópia da Declaração anual de bens apresentados à Receita Federal, mas deverá ser a cada ano

⁶³ GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit., p. 295, na qual o autor traz à colação interessante acórdão do TJRS, onde destaca, do voto do relator, o seguinte: “*Como a ilicitude é uma, o reconhecimento anterior e definitivo da prática do ilícito, no juízo cível, faz coisa julgada no crime. Posterior reconhecimento, no juízo criminal, da tipicidade da conduta e da culpabilidade do agente autoriza sua sujeição também à sanção penal*” (“in” RJTJRS 193/616, t.II).

⁶⁴ É a seguinte a dicção da lei a respeito: Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. § 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizados no País ou no exterior e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico. § 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função. § 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa. § 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo.

atualizada, bem como na ocasião em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função. Relevante destacar que será passível de punição aquele que deixar de prestar as declarações, seja a inicial, sejam as suas atualizações anuais, nos prazos determinados, também se sujeitando à penalização quando prestá-las falsas.

Embora não se constitua em controle inteiramente eficaz, principalmente em razão da unilateralidade da informação, o certo é que irá integrar um rol que, em conjunto, poderá inibir a prática de ações que importem em enriquecimento ilícito ou lesão ao erário. Isso sem contar com a ameaça de demissão a bem do serviço público, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, que a omissão poderá acarretar.

Assim, é certo que, se de um lado a declaração, na forma preconizada pelo dispositivo em análise, irá propiciar ao controlador uma visão objetiva da evolução patrimonial do agente e seus dependentes – isso ao menos em relação ao declarado -, por outro, em caso de omissão e também pelo cruzamento de informações, servirá como elemento balizador do comportamento do agente e poderá sustentar ações imediatas, tanto no sentido de evitar a concretização de eventual dano ao erário, quanto para buscar uma pronta garantia de futuro ressarcimento.

O dispositivo foi regulamentado por meio do Decreto nº 978/1993 e, em âmbito federal, foi editada, em 10 de novembro de 1993, a Lei nº 8.730, estabelecendo a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, abrangendo tanto a administração direta quanto a indireta e, ainda, a fundacional. Importante ressaltar que consta da lei determinação específica no sentido de que as disposições do diploma sejam adotadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, no que couber, como normas gerais de direito

financeiro. Ou seja, originário de dispositivo da Lei de Improbidade que estabelece a apresentação da declaração de bens como condição para posse e exercício de agente público, abre-se, em relação à matéria, além da necessária regulamentação e indo um passo mais adiante, a implementação de um diploma legal específico, fixando a obrigatoriedade explícita (e não mais apenas condição) de tal declaração.

Ressalte-se, novamente, a extrema importância da matéria, uma vez que servirá, desde que adequadamente aplicada tal forma de controle, seja como elemento inibidor da conduta delituosa, seja, com muito mais razão, como sinalizador eficaz de uma futura ação de ressarcimento e dos provimentos cautelares preparatórios para tanto.

2.2.3.6 Do procedimento administrativo

O Capítulo V da Lei da Improbidade trata, inicialmente, do procedimento administrativo, cuja instauração, pela autoridade administrativa competente, poderá resultar da representação de qualquer pessoa que detenha informações sobre o fato irregular e sua autoria⁶⁵.

⁶⁵ Dispõe a legislação, a respeito, o seguinte: Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade. § 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterà a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento. § 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei. § 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares. Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade. Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo. Art.

A lei determina que a representação seja por escrito, com perfeita identificação e qualificação do representante, situação esta que, se de um lado prestigia a disposição constitucional que veda o anonimato, de outro, entretanto, poderá servir de elemento inibidor à denúncia, seja em decorrência de temor reverencial quando o agente público ímprobo estiver num grau hierárquico superior, em termos funcionais, econômicos ou políticos, seja, ainda, pelo receio de comprometimento futuro, caso as denúncias, sob qualquer circunstância (inclusive por manipulações diversas), não forem confirmadas.

Parece, assim, que da forma como a lei está articulada, sua real eficácia ou consequência prática esteja comprometida ao destacar as condições antes mencionadas, eis que arraigada no país, por razões diversas (inclusive pela impunidade), a cultura do “não-comprometimento”.

A melhor solução, ao menos em tese e com o devido respeito aos que pensam de maneira diferente, seria a de também se aceitarem denúncias anônimas, ao menos para instauração de uma investigação prévia ao procedimento administrativo formal, mas desde que acompanhadas de elementos probatórios ou indícios suficientes para tanto.

Certamente os resultados seriam mais positivos e se viabilizaria, desde logo, a adoção de medidas liminares acautelatórias dos interesses do Estado, com vistas ao futuro ressarcimento de danos ao erário.

16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público. § 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil. § 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Os otimistas que perdoem tal ousadia, mas não se pode esquecer que se trata, a brasileira, de uma máquina administrativa em regra obsoleta, ordenada por dispositivos burocráticos na maioria ultrapassados e que ainda mais entravam a sua já comprometida eficiência. Some-se a isso a garantia constitucional de exercício do amplo direito de defesa e dos diversos mecanismos processuais dele decorrentes, para que se propicie, ao agente ímprobo, os mais variados caminhos para frustrar a ação do Estado na busca, localização ou retomada do que lhe foi indevidamente tomado.

Hão de afirmar, e talvez com uma ponta de razão, que as regras e princípios constitucionais são fundamentais para a preservação de um estado democrático de direito. Mas não se pode ignorar que os objetivos maiores, estabelecidos na Carta, e dentre eles se sobressai o da dignidade da pessoa humana, deverão ser diuturnamente perseguidos pelo Estado, sempre em busca de sua concretização.

Assim, quando se admite que o Estado deva ser conduzido por um governo soberano, que detém os poderes de autodeterminação e auto-organização, emanados do povo, pressupõe-se, obrigatoriamente, que tudo deva ser feito em busca dos ideais traçados e na consecução de objetivos previamente determinados, estampados em sua Carta Maior. E o Estado, conforme já visto, deve organizar-se para tanto, presumindo-se que essa auto-organização se concretize na implementação de mecanismos suficientes para que se alcancem aqueles ideais.

Ou seja, há de se elegerem valores e hierarquizá-los, de forma a não permitir que alguma garantia estabelecida, inclusive constitucionalmente, ou norma infraconstitucional, sirva de empecilho ao Estado na busca de um bem maior, retratado, por exemplo, na preservação ou concretização do já destacado princípio da dignidade da pessoa humana.

2.2.3.7 *Das disposições penais*

Na seqüência, trata a lei das disposições penais⁶⁶, cabendo destacar de início a tipificação, como crime, em seu artigo 19, da denunciação caluniosa, dispositivo este que denota a preocupação do legislador em dar credibilidade ao diploma, evitando vendetas ou outras atitudes similares, tão comuns no cenário político, sujeito a conflitos muitas vezes suscitados por interesses não necessariamente sérios ou éticos. Sem prejuízo da sanção penal cabível, o denunciante se sujeita, ainda, à responsabilização pelos danos materiais, morais e à imagem, que venha a causar ao denunciado.

Norma controversa, inclusive com questionamento da doutrina e da jurisprudência, é a constante do parágrafo único do artigo 20, que trata do afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, quando a medida se fizer necessária para o bom andamento da instrução processual. Ocorre que o “caput” do artigo, em perfeita consonância com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, reveste-se de garantia ao princípio de presunção de inocência (toda pessoa presume-se inocente até o trânsito em julgado), o que contradiz com a possibilidade, outorgada à autoridade judicial ou administrativa competente,

⁶⁶ Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Pena: detenção de seis a dez meses e multa. Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado. Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual. Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas. Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

do afastamento mencionado no parágrafo, mediante decisão liminar monocrática, antecipatória, provisória e, em termos, irreversível.

Apesar de críticas ao dispositivo em comento, dentre as quais as de Rodrigo da Cunha Lima Freire⁶⁷, por óbvio que a decisão deverá subsidiar-se em um juízo prévio, mesmo que

⁶⁷ Artigo de Rodrigo da Cunha Lima Freire, professor de Direito Processual Civil nos Cursos de Graduação e Pós-graduação da FMU, demonstra crítica contundente ao dispositivo em questão: “*É no mínimo curioso que um agente público – muitas vezes eleito por milhões de pessoas – possa ser afastado do cargo por uma decisão judicial monocrática, antecipatória, provisória e irreversível. Monocrática, porquanto prolatada por um único magistrado, ainda que se possa recorrer de tal julgado. Antecipatória porque adianta, na prática, um dos efeitos da sentença que ainda não foi proferida, não sendo mera cautelar, como o simples arresto de bens. Provisória, porque ainda não se trata de uma sentença definitiva – que deverá ser prolatada oportunamente –, podendo ser revogada pelo próprio juiz em qualquer tempo. E irreversível, pois, se o Prefeito for vitorioso ao final, não se permitirá prorrogar seu mandato para devolver-lhe o tempo em que ficou afastado. Todavia, eis a verdade absoluta e incontestável: – A lei permite. Que lei? A Lei nº 8.429/92, conhecida como Lei da Improbidade (rectius: da Probidade) Administrativa, que “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”.* Num país como o nosso, tantas vezes reconhecido pela ausência de seriedade no trato da coisa pública – embora isto não seja um privilégio brasileiro –, assim como pela impunidade em relação àqueles que lesam o erário e atentam contra os princípios da administração pública, a Lei da Improbidade Administrativa é legislação avançada, que estabelece sanções aos agentes públicos infratores, tais como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos – por um período determinado entre 5 e 10 anos – e o ressarcimento do dano causado ao patrimônio público. Permite, ainda, que o Ministério Público, ou mesmo pessoa jurídica interessada, promova ação judicial em face do agente público e, eventualmente, do terceiro que tenha enriquecido ilícitamente ou causado dano ao patrimônio público. Há, entretanto, um dispositivo nesta lei que aberrava contra o bom senso, apesar de garantir uma boa dose de popularidade a quem o aplica. O artigo 20, no seu caput, determina: “A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Porém, no seu parágrafo único, em total dissonância com o caput, estipula: “A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual”. Ou seja: enquanto o caput consagra o princípio da presunção de inocência (toda pessoa presume-se inocente até o trânsito em julgado), em consonância com o art. 5º, LVII da Constituição Federal, o parágrafo único fulmina por completo o princípio, ao permitir que, por mera decisão liminar – monocrática, antecipatória, provisória e irreversível, como já se disse – antes do trânsito em julgado – antes mesmo de uma sentença – o agente público seja afastado, sem que, ao menos, se faça um juízo, ainda que superficial, sobre o ato tido como de improbidade, cabendo apenas, ao magistrado, analisar a pertinência da medida para a instrução processual. Assim, desconsiderando-se a inconstitucionalidade da norma, pode-se chegar ao canhestro entendimento de que a simples presença no cargo do agente público dificulta a produção das provas e, portanto, a instrução processual, criando-se uma fórmula perversa e injusta: proposta a ação, afasta-se liminarmente o agente público. Se é o *periculum in mora* (risco de um dano irreparável ou de difícil reparação) que autoriza a medida, deve-se reconhecer, consoante a Ministra Eliana Calmon – apesar de suas conclusões acerca da matéria – que o *periculum in mora* é uma via de mão dupla: se existe risco ao processo (à instrução processual), risco maior existe ao agente público que, muitas vezes eleito legitimamente pelo voto popular, fica impossibilitado de exercer o cargo, além da lesão irreparável à sua imagem, caso obtenha uma vitória judicial em última instância – o que já aconteceu nos episódios envolvendo o ex-presidente Fernando Collor, o ex-ministro Alcení Gerra e, mais recentemente, o ex-deputado Ibsen Pinheiro, entre tantos outros –, o que não é pouco”. Diferentemente do articulista, tem-se que a medida é de todo salutar, facilitando, sobremaneira, a apuração dos atos de improbidade de uma forma mais serena, sem pressões. Entretanto, há de se cercar, a autoridade, das devidas cautelas, no sentido de implementar a medida tão-somente e quando o conjunto de circunstâncias apontarem para sua efetiva e inquestionável necessidade. Ou seja, o *periculum in mora*, como em qualquer liminar ou antecipação de tutela, deve ser ponderado sem

provisório e aparentemente superficial, da existência do ato de improbidade, mas que se revista de suficiência capaz de sustentar a pertinência e concretização da medida (e não poderia ser diferente em face do estágio inicial da apuração).

Há que se considerar, dessa maneira, que a medida acautelatória de afastamento provisório, desde que aplicada de forma ponderada, não implica, por si só, em dano irreversível ao agente, caso venha a se verificar, ao cabo da investigação, a inexistência da prática dos atos imputados. A autoridade, na formação do juízo prévio de conveniência, certamente levará em conta o princípio da razoabilidade.

O agente público, qualquer que seja a categoria do cargo exercido (de carreira, político, em comissão, de confiança), não só pela imposição legal em destaque, mas, principalmente, por sua condição pública, deveria, até mesmo de ofício, afastar-se de suas funções em caso de suspeita e investigação, o que serviria, previamente, como um perfeito atestado de boa vontade e colaboração, eis que, nada devendo, nada teria a temer. Nessa linha, não se vislumbraria, ao final do processo investigatório que redundasse no reconhecimento de sua inocência, qualquer possibilidade de dano ao seu patrimônio moral. Pelo contrário, certamente sairia fortalecido do episódio, em face da natural credibilidade decorrente das conclusões que sinalizassem sua inocência.

No tocante aos demais desdobramentos do capítulo das sanções, em especial os previstos nos dispositivos dos artigos 21 e 22, uma análise mais completa será realizada ao longo do trabalho, com o acréscimo de precedentes jurisprudenciais atinentes às espécies em estudo.

descuidar-se do *fumus boni juris* (no caso, de indícios suficientes do direito do Estado ao bem jurídico em questão), possibilitando a apuração de responsabilidade.

2.2.3.8 *Da prescrição*

Dispositivo também de grande relevância na lei da improbidade é o que trata da prescrição, inicialmente delimitando o prazo para a propositura das ações tendentes a aplicar as sanções nela estabelecidas, em cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança.

Reporta-se o dispositivo, em seguida (exercício de cargo efetivo ou emprego), aos prazos prescricionais previstos em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. No que concerne ao ressarcimento de danos, materiais e morais, sempre atual o ensinamento de Juarez de Freitas a respeito, quanto à aplicabilidade da regra em destaque, limitando-a aos danos morais.

Mas impende uma consideração a respeito deste primeiro dispositivo pois, não obstante a previsão constitucional de imprescritibilidade das ações que busquem a indenização integral dos danos materiais causados ao Erário, conforme se extrai da dicção do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, no caso específico da lei em comento tem-se que o texto poderia ser mais específico, evitando-se que o aparente conflito de normas (imprescritibilidade x prescrição quinquenal) venha a ser utilizada para sustentar a defesa do acionado, seja na tentativa de safar-se da condenação, seja, como forma alternativa, na de protelar indefinidamente o desfecho da lide.

Assim, não se vê nenhuma razão lógica em limitar-se, sem uma maior especificidade, o prazo prescricional, no caso em cinco anos, o que poderá conduzir à equivocada idéia de

que todas as sanções, inclusive aquelas que objetivem o ressarcimento do dano material causado ao patrimônio público, se submetam a esse mesmo prazo prescricional.

A lei deveria, dessa forma, ter sido mais sábia - clara e objetiva o suficiente para que pudesse ser aplicada com eficácia e presteza, inviabilizando, sempre que possível, a utilização de manobras processuais que comprometessem seu desiderato. Isso porque a constatação dos danos, via de regra, ocorre por intermédio dos procedimentos nela previstos. Entretanto, pelas mais variadas artimanhas (habilidade do agente em mascarar o ato, conluio entre sucessor e sucedido no cargo, omissões generalizadas, receio de comprometimento, etc.) ou circunstâncias de um modelo processual que, em nome do amplo direito de defesa, permite as mais variadas estratégias, os resultados do ato ímprobo muitas vezes ficarão ocultos por vários anos após o encerramento da atividade pública, dificultando, sobremaneira, que o Estado tenha uma pronta e efetiva reparação dos danos materiais que lhe foram causados.

Como se tal não bastasse, se a apuração do dano e a indicação de sua autoria dependem, em muitas ocasiões, das próprias ações de improbidade (por exemplo, a que apura o enriquecimento ilícito do agente, sem que se saiba, de antemão, se tal fato refletiu em prejuízo do patrimônio público), seu prazo prescricional, relativamente curto, talvez venha a redundar na impossibilidade prática de reparação.

Saliente-se que, não obstante o objetivo de garantia da segurança jurídica que cerca o instituto da prescrição, há de se levar em conta o fato de tratar-se, no caso, de coisa pública, e não de meros interesses privados disponíveis.

2.2.4 Mecanismos de repressão à conduta ímproba: os controles

O Estado se mune, para o combate à conduta ímproba, de vários mecanismos de controle que visam, no fundo, a fiscalizar a atividade administrativa, e que se revestem, ainda, de um caráter também preventivo. Paralelamente, e da mesma forma, institui regras, a partir da própria Carta, e espraiando-se dela às normas de caráter infraconstitucional, objetivando, de um lado, coibir a prática desonesta, e punindo, sob várias formas (política, funcional, penal e civil), seu autor.

O escopo dos controles é o de garantir que a Administração exerça suas atividades em perfeita sintonia com os princípios que informam o Direito Administrativo, tais como o da legalidade, da finalidade pública, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, da eficiência e da motivação, alguns deles expressamente referidos na Constituição (artigo 37) e, ainda outros, de maneira implícita por ela reconhecidos.

Revelam-se como atribuição estatal, manifestando-se sob diversas formas, dependendo dos critérios para sua classificação, conforme ensina Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁶⁸:

- a) quanto às entidades ou órgãos que o exercem: administrativo, legislativo ou judicial;
- b) quanto ao momento em que se concretiza: prévio, concomitante ou posterior;

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit., p. 599 e seguintes. A mencionada autora utiliza, didaticamente, a classificação dos controles em administrativo, legislativo e judicial. Destaca, em relação ao primeiro, as modalidades da representação, da reclamação administrativa, do pedido de reconsideração, dos recursos hierárquicos próprios e impróprios e da revisão. No tocante ao controle legislativo, refere o controle político e o financeiro. Finalmente, quanto ao judicial, arrola como meios de controle o “habeas corpus”, o “habeas data”, o mandado de injunção, o mandado de segurança individual, o mandado de segurança coletivo, a ação popular e, ainda, a ação civil pública. No tocante à questão da improbidade administrativa, dedica capítulo exclusivo, no qual, partindo dos princípios da legalidade, moralidade e probidade, traça a evolução no direito positivo brasileiro, a lei da improbidade administrativa, culminando com a análise da ação judicial de improbidade administrativa.

- c) quanto ao exercício do controle pelo próprio órgão ou por outro: interno, quando exercido por órgão integrante da própria estrutura do controlado, ou seja, o que cada um dos Poderes constituídos realizam sobre seus próprios atos e agentes; externo, por sua vez, quando desempenhado por um dos Poderes sobre o outro, ou, ainda, da Administração Direta sobre a Indireta.

Relevante destacar, entretanto, o chamado “*controle popular*”, a partir do qual se viabiliza ao cidadão uma efetiva participação em tal atividade, munido que se encontra de instrumentos de ação outorgados pela Carta. A respeito, por meio da inserção, pela Emenda Constitucional nº 19/98, de dispositivo específico, deverá ser editada lei que discipline as formas de participação do cidadão, tanto na administração direta quanto na indireta, regulando, para tanto, três situações pontuais: a) – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; b) – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; c) – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo do cargo, emprego ou função na administração pública.

O “*controle popular*” apresenta-se, para alguns autores - dentre eles destacando-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro -, como provavelmente o mais eficaz meio de controle da Administração Pública., por possibilitar que o cidadão dele participe, provocando o procedimento com vistas não apenas à defesa de seus interesses individuais, mas também na defesa dos interesses coletivos.

Nessa linha a Carta Maior, no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegura a qualquer cidadão (artigo 5º, inciso LXXIII), o direito de propor ação popular que vise anular ato lesivo à moralidade administrativa, dentre outras hipóteses que menciona. Saliente-se que o cidadão, em que pese algum entendimento contrário, ao propor tal ação, o faz na qualidade de substituto processual, defendendo, em nome próprio, interesse metaindividual, pois, conforme Hely Lopes Meirelles, por meio da ação popular “*não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade*”. Explica, ainda: “*O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição Federal lhe outorga*”⁶⁹.

Tal medida, portanto, só pode ser intentada (*legitimatío ad causam*) por pessoa física que estiver em pleno gozo de seus direitos políticos (cidadão), brasileiro nato ou naturalizado, bem como por portugueses equiparados.

A ação popular, dessa forma, é a ação civil pela qual qualquer cidadão pode pleitear a invalidação de atos praticados pelo poder público ou entidades de que participe, lesivos ao patrimônio público, ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou ao patrimônio histórico e cultural, bem como a condenação por perdas e danos dos responsáveis pela lesão.

Prevista desde a Constituição de 1934, abolida pela de 1937 e novamente instituída pela Constituição de 1946 (embora nunca sob tal denominação), a ação popular passou a ser conhecida no ordenamento positivo por este nome com a Lei nº 4.717, de 29.06.1965, ainda hoje em vigor. Curiosamente, em que pese tal diploma ter sido promulgado dezenove anos

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. v. 9, p. 369.

depois da Constituição de 1946, a figura passou a ser utilizada desde então, por entender-se, à época, tratar-se de dispositivo constitucional auto-aplicável.

Há de se também referir o controle exercido pelo Ministério Público, por força de atribuição constitucional específica, estampada no artigo 129 da Constituição, por meio do qual, sem desconsiderar a tarefa de denunciar autoridades públicas por delitos praticados no exercício de suas funções, também atuará como autor de ação civil pública, cujo escopo, além da defesa de interesses difusos e coletivos, talvez fundamentalmente seja a de repressão à conduta ímproba do administrador público.

A Lei nº 7.347, de 1985, instituiu a ação civil pública, permitindo-se ao Ministério Público, às entidades da administração direta e indireta de todos os níveis políticos, bem como às associações que se enquadrem no perfil legal, a propositura de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, sejam os causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens do patrimônio público em caráter amplo, sejam os contrários a qualquer interesse difuso ou coletivo, sejam, ainda, os decorrentes de infração contra a ordem econômica, a economia popular e a ordem urbanística.

Conforme já anteriormente explicitado, o artigo 15 da Constituição Federal, ao dispor que é vedada a cassação de direitos políticos, destaca, dentre as exceções a tal regra, a prática de improbidade administrativa (inciso V), na forma do seu artigo 37, § 4º. Ou seja, em que pese a proibição que visa assegurar, a todo o cidadão, a plenitude do direito de votar e ser votado, o texto constitucional estabeleceu, dentre as hipóteses excepcionais que declara, aquela relacionada com a conduta ímproba, erigindo-a como uma das formas da privação dos direitos políticos, em sua plenitude.

Por sua vez, o artigo 37, em seu parágrafo quarto, preceitua 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.

Nessa linha, por decorrência das disposições constitucionais de 1988, em destaque, o legislador infraconstitucional, por iniciativa do próprio executivo, aprovou, em 1992, a chamada Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 7.829, de 1992), já anteriormente analisada, a qual, atendendo aos reclamos da sociedade, dispôs, de forma objetiva, as condutas consideradas ímprobas e as sanções aplicáveis, seja aos agentes públicos enquadrados nos tipos, seja, também, aos terceiros que tenham concorrido para o dano ao erário.

Catalogou o legislador, conforme já visto anteriormente mais a fundo, as condutas típicas de improbidade administrativa em três grandes grupos, a saber: (a) as que importam enriquecimento ilícito; (b) as que causam prejuízo ao erário; (c) as que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Ora, em que pese a pródiga produção legislativa a respeito, apresentada em suas diversas nuances e com o amplo espectro por ela abrangido, ainda assim persistem as práticas desonestas e, via de conseqüência, as lesões ao erário, as quais, na prática, continuam a carecer de uma pronta e efetiva reparação, apesar dos mecanismos constantemente implementados. Tem-se, assim, que não é por falta de controle que ocorrem as práticas desonestas; na realidade, aquelas afloram a despeito da existência deste.

Impende, assim, refletir sobre a fragilidade dos controles ou da sua inoperância prática, a fim de que se possa extrair lições que permitam, a curto ou médio prazo, aprimorar as instituições de forma a inviabilizar ou minimizar as falhas detectadas.

Com razão Paulo Neves de Carvalho quando ensina que não basta a simples existência da norma e a presença do Direito para que se resolvam todos os problemas, pois, no fundo, tudo há de passar pela consciência da própria sociedade.

Ou seja, a despeito da lei e do Direito, há que se adquirir a consciência dos valores, priorizando a honestidade, a ética, a humanidade, o respeito.

2.3 O RESSARCIMENTO DO ERÁRIO E SEUS MECANISMOS

Conforme já referido, a ação popular, prevista na Lei nº 4.717, de 29.06.65, legitima qualquer cidadão a pleitear anulação ou declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios e, igualmente, das entidades da administração indireta e de outras nas quais o Estado haja concorrido ou concorra com subvenções dos cofres públicos.

Por sua vez, a também já mencionada Lei nº 7.347, de 24.07.85, que trata da ação civil pública, visa à apuração de responsabilidade por danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, ao consumidor a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração de ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística.

Quando da abordagem da chamada Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02.10.1992), viu-se as sanções aplicáveis aos agentes públicos e terceiros nos casos da prática de atos de improbidade administrativa, compreendidos em três grupos, a saber: a) aqueles que importam enriquecimento ilícito; b) os que causam prejuízo ao erário; c) os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Conforme também já mencionado ao longo do trabalho, seu objeto se direciona mais à questão do prejuízo direto ao erário, conforme preceitua o artigo 10 da Lei da Improbidade Administrativa, porque as duas outras hipóteses de atos de improbidade, retratadas, especificamente, nos artigos 9º e 11, apenas de forma reflexa poderão importar em perdas materiais ao patrimônio público.

O Direito Positivo Brasileiro, a partir de regras infraconstitucionais implementadas com base em normativas constitucionais específicas, disponibiliza, dessa forma, mecanismos que visam, de um lado, a anular atos e aplicar sanções em caso de violação dos deveres impostos ao administrador público e, de outro, possibilitar, no que interessa ao presente estudo, o ressarcimento ao erário na hipótese da ocorrência de atos que venham a lhe causar prejuízos. Ou, mais objetivamente, instrumentos que assegurem tal ressarcimento quando, apurados os atos de improbidade, e determinada sua autoria, o Estado tenha condições de proceder à devida execução. Da obra de Juarez Freitas, extrai-se que tais instrumentos se inserem entre aqueles que tutelam os “direitos da cidadania”, constituindo-se, sob sua visão, como instrumentos processuais de “defesa da cidadania e da sociedade”⁷⁰.

⁷⁰ FREITAS, Juarez. O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais, p. 126 e seguintes.

2.3.1 Mecanismos de ressarcimento

Pelo exame da matéria, particularmente dos três diplomas legais antes referidos (Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública e Lei da Improbidade Administrativa), verifica-se um verdadeiro leque de opções, habilitando tanto o Ministério Público e as pessoas jurídicas ao Estado vinculadas, como as associações e até mesmo o cidadão individualmente considerado, a propor ações que possibilitem resguardar o patrimônio público, em seu sentido mais amplo, bem como preservar valores considerados relevantes.

Conforme já assinalado e tendo em vista o amplo espectro de incidência das normas em destaque, optou-se por centralizar o estudo na questão relacionada ao ressarcimento do erário.

Tal ressarcimento, por óbvio e é bom que se destaque desde agora, deverá ser sustentado em prova cabal da prática ímproba, do dano ao erário e do necessário nexo de causalidade entre ação e resultado. E, para que o Estado obtenha êxito na demanda indenizatória, há que vencer diversas etapas que vão desde a fase investigatória inicial até o desenlace final do processo, mediante a execução do julgado que possibilitará, eficaz e integralmente, o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.

É certo, ainda, que todas essas etapas revestem-se, cada qual a seu modo e em seu momento, de inegável relevância, mas há de se considerar, com muita atenção e cuidado, as fases iniciais desta caminhada, dentro do enfoque bastante simples de que a falta de uma efetiva ação preparatória poderá resultar num preço demasiado alto para os anseios do Estado, inviabilizando, na prática, um resultado final positivo da demanda.

Assim, nessa linha se direcionará, a partir de agora, o estudo, com vistas a determinar as diversas etapas do processo, desde a fase investigatória, pincelando-se os fatores mais importantes e os entraves naturais ocorrentes, tendo por matriz a Lei de Improbidade mas sem descuidar-se, no que aplicável, tanto a Lei da Ação Popular quanto a Lei da Ação Civil Pública

2.3.1.1 Medida preliminar de afastamento do agente - superação provisória do princípio constitucional da presunção de inocência

Apresenta-se, objetivamente - como fator de inibição dos procedimentos investigatórios determinantes para apontar a autoria de atos de improbidade e seus reflexos sobre o erário público - a alegação, como matéria de defesa, do princípio da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), visando, em nome de tal garantia, obstaculizar o afastamento do agente público durante a investigação prévia.

Com o devido respeito, há que se ter em conta que o não-afastamento do agente poderá comprometer todo o trabalho investigatório, tudo por força dos interesses em jogo, os quais se manifestam em suas mais diversas facetas, principalmente as de caráter econômico e político.

Seguramente, a vedação do afastamento vem a se constituir em um dos mais importantes fatores para que, ao final da investigação, restem frustradas as expectativas de um perfeito e sereno levantamento de responsabilidades, visando a um posterior e pleno ressarcimento do erário.

Nessa linha, destaca-se a necessidade, no mais das vezes fundamental, de que tal se concretize para viabilizar a investigação prévia, com a concessão das medidas que assegurem, em caráter cautelar, a efetividade do direito futuramente pleiteado.

Felizmente, superando o obstáculo constitucional mediante a hierarquização dos princípios e normas, na qual é colocado o interesse público num patamar superior, é que a jurisprudência vem-se orientando no sentido de conceder o pleito de afastamento, com isso facilitando, sobremaneira, a tarefa de apuração dos atos ímprobos e a imputação de responsabilidades.

Sobre a necessidade de ajuizamento e da concessão de medida acautelatória, em face de suspeito acréscimo patrimonial, bem como do afastamento do agente público de seu cargo visando dar isenção à prova produzida ou que esta não venha a se perder ao longo da demanda, tudo por força de interesses econômicos ou políticos, há que se destacar a decisão a seguir transcrita, proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

RESPONSABILIDADE CIVIL – Improbidade Administrativa – Caracterização, em tese, pelo suspeito acréscimo patrimonial desproporcional à evolução do patrimônio – Indisponibilidade de bens do agente público e afastamento do cargo – Admissibilidade através de medida acautelatória – Aplicação do art. 20, par. ún., da Lei 8.429/92. O suspeito acréscimo patrimonial, ante os rendimentos declarados, desproporcional à evolução do patrimônio, caracteriza, em tese, a ocorrência de atos de improbidade administrativa, cabendo, portanto, a determinação, através de medida acautelatória em ação de responsabilidade civil, da indisponibilidade dos bens pertencentes ao agente público e o seu afastamento do exercício do cargo, conforme prescreve o art. 20, par. ún., da Lei 8.429/92⁷¹.

⁷¹ Agravo de Instrumento 94.661-5/7 – 4ª Câmb do TJSP – j. 1º;07.1999 – rel. Des. Clímaco de Godoy.

Na mesma direção é a posição do colendo STJ, ao apreciar questão de antecipação de tutela, convalidando o afastamento dos agentes e, paralelamente, determinando a indisponibilidade de seus bens, conforme se extrai do seguinte aresto:

RECURSO ESPECIAL - Alíneas "a" e "c" - Ação Civil Pública – Decisão que concedeu a liminar e a antecipação de tutela para determinar o afastamento do cargo dos requeridos, a indisponibilidade de seus bens e a suspensão da vigência e validade de determinados contratos administrativos licitatórios – (...) Em face da manifesta ilegalidade de atos praticados pelo representante da pessoa jurídica de direito público e demais requeridos, não faz o menor sentido submeter a concessão da liminar à sua prévia intimação. Como bem ressaltou a egrégia Corte de origem, "a intenção do art. 2º da Lei nº 8.437/92, ao determinar que a liminar na ação civil pública somente será concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público é a de preservar o ato administrativo hostilizado em razão da presunção de legalidade que o reveste. Contudo, esta ação civil pretendeu, liminarmente, dentre outros pedidos, afastar os agravantes de seus cargos em razão da prática, em tese, de ato de improbidade administrativa. Assim, não havia mesmo obrigatoriedade de, previamente, intimar-se o primeiro agravante, então Prefeito Municipal, para manifestar-se nos autos para, só então, conceder-se a liminar, da forma como ocorreu". No caso dos autos, a plausibilidade do direito invocado, qual seja, a demonstração de que os requeridos levaram a cabo licitações fraudulentas, não é passível de verificação no âmbito deste Sodalício, assim como a verificação da existência do periculum in mora. Isso porque tal análise ensejaria o reexame de todo o conjunto probatório, o que é inviável em recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula n. 7 desta egrégia Corte Superior. Recurso especial conhecido, em parte, e, na parte conhecida, não provido para manter o acórdão recorrido pelos seus próprios termos (Resp. 468354/MG; 2ª Turma do STJ, j. 4.11.2003, rel. Min. Franciulli Netto).

2.3.1.2 Outras medidas preventivas: concessão de liminares – seqüestro, arresto, quebra de sigilo bancário, indisponibilidade e bloqueio de bens:

Conforme já destacado, em muitas circunstâncias se impõe uma pronta e efetiva atuação do Poder Judiciário, com vistas a evitar que os bens adquiridos ilicitamente pelo agente (ou terceiro) por ato ímprobo e que reflitam em dano ao erário ou sejam desse ato decorrente (e na questão do dano é que se está mais focalizando o estudo), venham a ter um destino incerto, inviabilizando posterior localização e o conseqüente ressarcimento. Para tanto é fundamental a concessão de liminares visando ao seqüestro ou arresto de bens, sua

indisponibilidade ou bloqueio. Da mesma forma, muitas vezes revela-se fundamental a quebra de sigilo bancário.

Acontece que, se de um lado alguns juízes são extremamente parcimoniosos quando do exame do pedido e no deferimento das medidas, de outro, mesmo quando concedida a liminar, não raro o agente logra êxito na sua cassação via agravo de instrumento, alegando ofensa aos direitos e garantias fundamentais estampados nos incisos LIV, LV e LVI, todos do artigo 5º da Constituição Federal.

Tanto a falta de pedido da providência preventiva que, em regra, visa a assegurar o êxito da demanda ou pretensão final, por injustificável omissão do autor da ação, quanto a não-concessão da liminar ou sua concessão extemporânea, ou, ainda, sua posterior cassação, poderão se constituir (e não raro constituem) na pá de cal lançada sobre os interesses do Estado na busca do ressarcimento, mesmo que parcial, dos danos causados ao patrimônio público pelo agente ímprobo.

A respeito, como bem observa Fábio Medina Osório⁷²:

não se mostra crível aguardar que o agente público comece a dilapidar seu patrimônio, para só então promover o ajuizamento da medida cautelar autônoma de seqüestro de bens. Tal exigência traduziria concreta perspectiva de impunidade e de esvaziamento do sentido rigoroso da legislação. O *periculum in mora* emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário.

Nessa linha, impõe-se a efetiva utilização dos dispositivos, sejam os constantes da legislação adjetiva, sejam aqueles inseridos expressamente nas leis especiais que regulam a

⁷² OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 162 e seguintes.

matéria, sempre em busca dos indispensáveis provimentos cautelares, antecipatórios e preventivos.

Assim, com algumas raras exceções⁷³, decorrentes da insuficiente comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, normalmente o Poder Judiciário vem concedendo as liminares ou antecipações de tutela, em caráter preparatório de ação principal ou já visando assegurar o êxito da própria demanda, como pode-se constatar no seguinte aresto:

MEDIDA CAUTELAR – Seqüestro de bens – Improbidade administrativa – Acolhimento da pretensão contra agente da Administração Pública que não depende da possibilidade de sucesso da ação principal intentada pelo Ministério Público, mas apenas da fundada suspeita de malversação e de munificência com o dinheiro público – Provimento de natureza cautelar que contenta-se com a simples dúvida. Nas hipóteses de imputação de improbidade administrativa não é a possibilidade de sucesso na ação principal e sua adequação jurídica que conduza ao acolhimento da proposta do órgão ministerial que sustenta e justifica a medida cautelar de seqüestro de bens do agente da Administração Pública, senão e apenas a fundada suspeita de malversação e de munificência com o dinheiro público, pois se a lei de regência busca um juízo de certeza da ação principal, com relação ao provimento de natureza cautelar, contenta-se com a simples dúvida (Agravo de Instrumento 092.762-5/3-00 – 3ª Câmara do TJSP – j. 06.04.1999 – rel. Des. Rui Stoco).

Do voto do relator destacam-se, quanto à possibilidade de concessão da medida acautelatória de seqüestro, os seguintes tópicos:

(...) Dúvida quanto a operações com dinheiro público, sua aplicação, movimentação e conversão em outros ativos; sinais exteriores de riqueza ou de enriquecimento sem causa lícito; acréscimo patrimonial exacerbado e rápido auferido por agente público de escalão médio na ordem hierárquica da Administração Pública Municipal são indicações ou indícios que bastam para as providências necessárias à sua averiguação mais aprofundada. A lei de regência admite e legitima a adoção de

⁷³ A respeito: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Improbidade administrativa – Indisponibilidade de bens - *Fumus boni iuris e periculum in mora* – Inexistência. 1. A indisponibilidade de bens na ação civil pública por ato de improbidade pode ser requerida na própria ação, independentemente de ação cautelar autônoma. 2. A medida acautelatória de indisponibilidade de bens só tem guarida quando há *fumus boni iuris e periculum in mora*. O só ajuizamento da ação civil por ato de improbidade não é suficiente para a decretação da indisponibilidade dos bens. 3. Recurso especial parcialmente provido” (Resp. 469366 / PR, 1ª Turma do STJ – j. 13.05.2003, rel. Min. Eliana Calmon).

providências acautelatórias em casos tais. Não se exige prova cabal, nem seu aprofundamento, bastando delibação indiciária (...).

No tocante à indisponibilidade de bens, há que se levar em conta o momento em que foram adquiridos ou sua natureza (bens de família, decorrentes de verba alimentar, etc.), sob pena de não se obter êxito no tocante ao pleito liminar. A respeito, o seguinte aresto, no qual, mediante apreciação de questão processual, foi indicada a necessidade de enfrentamento de tais circunstâncias fáticas.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - Ação Civil Pública. Improbidade administrativa - Indisponibilidade de bens - Momento em que foram adquiridos - Caracterização como bem de família e seqüestro de indenização trabalhista - Aspectos fáticos não enfrentados pelo tribunal a quo - Omissão - Violação ao art. 535, I e II do CPC - Ocorrência - Retorno dos autos à instância de origem.⁷⁴

Quanto à quebra de sigilo bancário, também se apresenta como ferramenta de alta valia para monitorar as movimentações financeiras do agente investigado e, nesta linha, extrair-se elementos suficientes para o mapeamento de sua situação patrimonial, em confronto com suas fontes formais de renda. Muito embora as limitações impostas pela Constituição, preservando o princípio da privacidade, os tribunais vêm-se posicionando no sentido de deferir a medida.

⁷⁴ Diz a ementa do acórdão: 1. (...) 2. Decretação de indisponibilidade e seqüestro de bens por prática de ato de improbidade administrativa praticado por diretor de instituição financeira. 3. A ausência de manifestação pela instância a quo quanto às indagações da parte que implique análise de matéria fático-probatória, insindicável pelo STJ em sede de Recurso Especial (Súmula 07/STJ), subtraindo da parte a última oportunidade de atacar essa prova, com violação ao due process of law, impõe a nulidade do acórdão recorrido. 4. Necessária verificação dos fatos para a definição do momento em que foram adquiridos os bens cuja indisponibilidade foi decretada; se caracterizam-se como bem de família; e, se o seqüestro incidiu sobre indenização trabalhista. 5. Recurso especial parcialmente provido, tão-somente, para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que se profira novo julgamento à luz das impugnações do recorrente, prejudicada a análise das demais questões suscitadas (Resp. 478749/PR, 1ª Turma do STJ, j. 02.10.2003, rel. Min. Luiz Fux).

Nesse sentido, a seguinte decisão do STJ:

PROCESSUAL CIVIL - Recurso ordinário em mandado de segurança - Efeito meramente devolutivo - Procedimento preparatório para instauração de inquérito civil - Quebra de sigilo bancário - Possibilidade - Ausência de notificação - Irrelevância - Decisão devidamente fundamentada - Prevalência do interesse público. 1. (...) 3. Consoante posicionamento jurisprudencial desta Corte, a inexistência de inquérito civil instaurado não é óbice à concessão da medida impugnada. 4. A ausência de notificação sobre a quebra do sigilo bancário não ofende o princípio do contraditório, eis que o mesmo não prevalece na fase inquisitorial. 5. Considera-se devidamente fundamentada a decisão que determina a quebra de sigilo bancário do impetrante, quando sobre este pesa suspeita da prática de atos ímprobos, os quais não poderão ser esclarecidos senão mediante o deferimento da medida extrema. 6. O direito à privacidade é constitucionalmente garantido. Todavia não é absoluto, devendo ceder em face do interesse público. 7. Se de um lado é certo que todos têm direito ao sigilo bancário como garantia à privacidade individual, de outro, não é menos certo que havendo indícios de improbidade administrativa impõe-se a quebra dos dados bancários do Administrador Público. Isso porque a proteção constitucional não deve servir para acobertar prática de atos delituosos. 8. Recurso ordinário desprovido (ROMS 15771 / SP - 1ª Turma do STJ, j, 27.05.2003, rel. Min. José Delgado)

2.3.1.3 Ação civil pública

Extraída da Lei nº 7.347, de 24.07.1985 (LACP), a ação civil pública constitui-se no meio processual disponibilizado ao Ministério Público e às pessoas jurídicas indicadas no mesmo diploma, para os fins de proteção de interesses públicos – gerais e difusos.

Os primeiros são aqueles atinentes à sociedade como um todo, abrangendo os interesses públicos e os coletivos em sentido amplo, eis que, em sentido restrito, estes se relacionam a determinados (ou determináveis) grupos de pessoas, ou seja, são os pertinentes aos fins institucionais de uma específica associação ou corporação.

Já os difusos são os interesses titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exsurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de

lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade⁷⁵.

São pressupostos, então, da ação civil pública o dano ou ameaça de dano aos interesses difusos ou coletivos (estes em sentido amplo, geral), devendo o termo “dano” ser encarado em sua acepção mais ampla, incluindo lesão ao patrimônio público e social, além de abranger, ainda, tanto o material quanto o moral.

Em que pese jurisprudência colacionada por Theotônio Negrão⁷⁶, que aponta a ação popular na busca da restituição ao erário municipal de valores desviados por prefeito municipal, sendo inviável a ação civil pública, há de se ter presente a possibilidade da cumulação desta com a ação de reparação de danos, com base na Lei de Improbidade Administrativa, conforme, aliás, entendimento já manifestado no colendo STJ, como segue:

PROCESSUAL CIVIL - Cumulação da ação civil pública com ação de reparação de danos - Possibilidade. 1. A ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fulcro na Lei 8.429/92 - Precedentes desta Corte. 2. Recurso especial improvido”. (Resp. 434661 / MS, 2ª Turma do STJ, j. 24.06.2003, rel. Min. Eliana Calmon).

Na mesma direção, o aresto a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DANO AO ERÁRIO. LICITAÇÃO. ECONOMIA MISTA. RESPONSABILIDADE. 1. O Ministério Público é parte legítima para propor Ação Civil Pública visando resguardar a integridade do patrimônio público (sociedade de economia mista) atingido por contratos de efeitos financeiros firmados sem licitação. Precedentes. 2. Ausência, na relação jurídica discutida, dos predicados exigidos para dispensa de licitação. 3. Contratos

⁷⁵ Conforme PRADE, Péricles. **Conceito de Interesses Difusos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 57-58, no qual elabora seu conceito levando em consideração as características de interesses difusos, relacionando-os: ausência de vínculo associativo; alcance de uma cadeia abstratas de pessoas; potencial e abrangente conflituosidade; ocorrência de lesões disseminadas em massa; e existência de vínculos fáticos entre os titulares dos interesses

⁷⁶ NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 35. ed. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 985 (RT 716/253).

celebrados que feriram princípios norteadores do atuar administrativo: legalidade, moralidade, impessoalidade e proteção ao patrimônio público. 4. Contratos firmados, sem licitação, para a elaboração de estudos, planejamento, projetos e especificações visando a empreendimentos habitacionais. Sociedade de economia mista como órgão contratante e pessoa jurídica particular como contratada. Ausência de características específicas de notória especialização e de prestação de serviço singular. 5. Adequação de Ação Civil Pública para resguardar o patrimônio público, sem afastamento da ação popular. Objetivos diferentes. 6. É imprescritível a Ação Civil Pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5º, CF/88). (...) 8. O fato de o Tribunal de Contas ter apreciado os contratos administrativos não impede o exame dos mesmos em sede de Ação Civil Pública pelo Poder Judiciário. 9. Contratações celebradas e respectivos aditivos que não se enquadram no conceito de notória especialização, nem no do serviço a ser prestado ter caráter singular. Contorno da exigência de licitação inadmissível. Ofensa aos princípios norteadores da atuação da Administração Pública. 10. Atos administrativos declarados nulos por serem lesivos ao patrimônio público. Ressarcimento devido pelos causadores do dano. 11. Recurso do Ministério Público provido, com o reconhecimento de sua legitimidade. 12. Recursos das partes demandadas conhecidos parcialmente e, na parte conhecida, improvidos”⁷⁷

Em que pese a legitimidade do Ministério Público para, em manobrando ação civil pública, buscar o ressarcimento ao erário, há que se ter presente que a pretensão somente logrará êxito quando efetivamente comprovado a existência do prejuízo, como ocorre, aliás, em relação aos demais instrumentos alcançados pelo legislador na mesma linha indenizatória por danos, ao destacar tal pressuposto. Nessa linha, o acórdão do STJ a seguir transcrito:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ADITAMENTO IRREGULAR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO DA LESIVIDADE. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211. - O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública, visando o ressarcimento do erário de prejuízos causados por aditamento a contrato administrativo. - Contudo, para a condenação ao ressarcimento, não basta o ato impugnado ser ilegal, devendo ser ele lesivo ao patrimônio público. É que, se não há prejuízo, não se pode cogitar em ressarcimento. - Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo. (Súmula n.º 211/STJ). - Recursos especiais parcialmente conhecidos e providos (REsp 431423/SP; PRIMEIRA TURMA; j. 12/11/2002; DJ:10/03/2003, pg. 00100; rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS).

⁷⁷ REsp. 403153/SP; 1ª Turma STJ; j. 09/09/2003; DJ: 20/10/2003, pg.00181; rel. Min. José Delgado.

Questão interessante é a relacionada à extensão do julgamento e aprovação das contas, por parte dos competentes Tribunais de Contas, quando venha a ser constatada prática de ato capaz de ensejar a propositura de ação civil pública por ato de improbidade.

Nestas circunstâncias, há de se ponderar que o só fato da aprovação, por se revestir de caráter estritamente administrativo, não exclui a apreciação, pelo Poder Judiciário e quando relevantes, de cada ato isoladamente considerado, mediante o manejo da ação civil pública visando à apuração da prática de irregularidades e imputação de responsabilidade. Ou seja, embora sendo da competência dos Tribunais de Contas a análise e aprovação de contas, ainda que eventualmente algum ato ou contrato seja considerado ilegal, não se afasta a possibilidade de submetê-los ao crivo do Poder Judiciário.

É nesse sentido o acórdão a seguir transcrito:

ADMINISTRATIVO. Ação civil pública. Indicação de prática de irregularidades administrativas. Aprovação das contas pelo Tribunal de Contas da União. Julgamento de natureza administrativa. Vinculação das decisões judiciais. Exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário. Impossibilidade. Possibilidade do pedido. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que apreciou agravo de instrumento advindo de Ação Civil Pública intentada em face de enriquecimento ilícito de ocupantes de cargos públicos pertencentes ao TRT de Alagoas, no exercício de seus misteres. 2. Alegação dos recorrentes de falta de causa de pedir e impossibilidade jurídica do pedido, aduzindo que o Tribunal de Contas da União aprovou as contas referentes aos períodos que ocupavam as funções dos cargos administrativos apontados na inicial, bem como que são partes passivas ilegítimas para responderem por atos praticados pela Comissão de Licitação, da qual eram membros, além de que a decisão do Tribunal de Contas, na espécie, embora faça coisa julgada administrativa, não tem o condão de vincular as decisões de cunho judicial⁷⁸.

⁷⁸ A respeito dos efeitos dos julgamentos de contas do TCU, completa o acórdão: 3. Os recorrentes estão sendo chamados para responderem pelas ações ilícitas previstas nos arts. 10, I, II, III, V, VIII, IX, XI e XIII, e 11, I, II e IV, da Lei de Improbidade Administrativa. 4. O fato de o Tribunal de Contas da União ter aprovado as contas dos recorrentes não inibe a atuação do Poder Judiciário, visto que não se trata de re julgamento pela Justiça Comum, porque o Tribunal de Contas é Órgão Administrativo e não judicante, e sua denominação de Tribunal e a expressão julgar, ambas são equívocas. É o TCU um conselho de contas sem julgá-las, sentenciando a respeito delas. Apura a veracidade delas para dar quitação ao interessado, entendendo-as como prestadas, a promover a condenação criminal e civil dele, em verificando o alcance. Não há julgamento, cuja competência é do Poder Judiciário. 5. "A decisão que aprecia as contas dos administradores de valores públicos faz coisa julgada administrativa no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito. Não fica, no entanto, excluída de apreciação pelo Poder Judiciário,

Acresça-se ainda, por relevante, a expressa disposição legal, constante do artigo 21, inciso II, da Lei da Improbidade Administrativa, no sentido de que a aplicação das sanções ali previstas independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Possível também a propositura da ação com vistas a afastar determinada lei, por inconstitucional, com vistas a atingir seus efeitos concretos.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM BASE EM INCONSTITUCIONALIDADE E LEI. EFICÁCIA ERGA OMNES. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos. 2. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 3. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, fundamentada em inconstitucionalidade de lei, na qual opera-se apenas o controle difuso ou incidenter tantum de constitucionalidade. Precedente do STF. 4. A declaração incidental de constitucionalidade não tem eficácia erga omnes, porquanto premissa do pedido (art. 469, III, do CPC). 5. Pretensão do Parquet que objetiva que o Distrito Federal se abstenha de conceder termo de ocupação, alvarás de construção e de funcionamento, deixe de aprovar os projetos de arquitetura e/ou engenharia a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, que ocupem ou venham a ocupar áreas públicas de uso comum do povo. 6. Recurso especial provido (Resp.

porquanto nenhuma lesão de direito pode dele ser subtraída. 6. O art. 5º, inciso XXXV da CF/88, dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". 7. A apreciação pelo Poder Judiciário de questões que foram objeto de pronunciamento pelo TCU coaduna-se com a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto a via judicial é a única capaz de assegurar ao cidadão todas as garantias necessárias a um pronunciamento imparcial. 8. Ao Ministério Público a CF/1988 cometeu, no art. 127, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Prevê a Lei Maior como função institucional do 'Parquet' a utilização de ação civil pública para a proteção do patrimônio público. A Lei nº 8.249/92 atribui-lhe a função de processar o responsável por ato de improbidade administrativa para que lhe sejam aplicadas as sanções civis ali previstas. Diante de ato caracterizado como de improbidade administrativa, inadmissível que o Ministério Público não tome providências, assistindo inerte à aplicação indevida do dinheiro público. A provocação do Judiciário para apuração de irregularidades constatadas é não apenas um poder, mas um dever do 'Parquet' no exercício de suas funções institucionais. 9. A pretensão exposta pelo Ministério Público, na petição inicial, abrange apontamento de fatos que não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de Contas. Há necessidade, no amplo campo do devido processo legal, que se apurem os fatos denunciados. O pedido, portanto, não é impossível; há justa causa, em tela, para fazê-lo e os recorrentes são partes legítimas. 10. Recurso especial não provido (Resp 472399/AL, 1ª Turma do STJ, j. 26.11.2002, rel. Min. José Delgado).

493270/DF, 1ª Turma; j. 04/11/2003; DJ:24/11/2003, pg. 00221; rel. Min. Luiz Fux).

Como conclusão do tópico e demonstrando a extensa área de atuação do Ministério Público, legitimado tanto para a ação civil pública e, nesta, com possibilidade de buscar ressarcimento ao erário, como, de resto, na condição de “custos legis” na ação popular e ali também habilitado à persecução de idêntico objetivo (dentre outros), transcreve-se o acórdão a seguir, também do STJ, bastante esclarecedor da dimensão destacada:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. (...) 3. O Ministério Público é parte legítima para promover Ação Civil Pública visando ao ressarcimento de dano ao erário público. 4. O Ministério público, por força do art. 129, III, da CF/88, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como custos legis (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP, art. 9º). 5. A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 6. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).⁷⁹

⁷⁹ Esclarece, ainda, o acórdão: (...) 7. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos. 8. A lógica jurídica sugere que legitimar-se o Ministério Público como o mais perfeito órgão intermediário entre o Estado e a sociedade para todas as demandas transindividuais e interditar-lhe a iniciativa da Ação Popular, revela contraditio in terminis. 9. Interpretação histórica justifica a posição do MP como legitimado subsidiário do autor na Ação Popular quando desistente o cidadão, porquanto à época de sua edição, valorizava-se o parquet como guardião da lei, entrevendo-se conflitante a posição de parte e de custos legis. 10. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimação ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo. 11. Os interesses mencionados na LACP acaso se encontrem sob iminência de lesão por ato abusivo da autoridade podem ser tutelados pelo mandamus coletivo. 12. No mesmo sentido, se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atingem o interesse difuso, passível é a propositura da Ação Civil Pública fazendo as vezes de uma Ação Popular multilegitimária. 13. As modernas leis de tutela dos interesses difusos completam a definição dos interesses que protegem. Assim é que a LAP define o patrimônio e a LACP dilargou-o, abarcando áreas antes deixadas ao desabrigo, como o patrimônio histórico, estético, moral, etc. 14. A moralidade administrativa e seus desvios, com conseqüências patrimoniais para o erário público, enquadram-se na categoria dos interesses difusos, habilitando o Ministério Público a demandar em juízo acerca dos mesmos. 15. O STJ já sedimentou o entendimento no sentido de que o julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória,

2.3.1.4 *Ação de responsabilização por ato de improbidade (ou ação de responsabilidade civil por ato de improbidade)*

Originada da já comentada Lei de Improbidade Administrativa, a ação de responsabilização por ato de improbidade, também conhecida por ação de responsabilidade civil por ato de improbidade, apresenta-se como um relevante instrumento para os fins de ressarcir-se, o patrimônio público, do que lhe foi indevidamente tomado por ato do agente desonesto ou por terceiro, mas, da mesma forma, para penalizar civilmente os atos que redundem em enriquecimento ilícito ou, ainda, os que atentem contra os princípios da Administração Pública.

A ofensa ao princípio da moralidade encontra-se normalmente presente nos atos que ensejam a propositura de tal espécie de ação, servindo, ao lado de outros princípios vulnerados, como vetor para a tipificação da conduta irregular, como se verifica do seguinte acórdão, no qual resta destacado o fato de que a contratação mediante carta-convite, de empresas das quais faziam parte o vice-prefeito e o irmão do prefeito - pessoas impedidas de licitar -, vem a caracterizar a lesão à moralidade administrativa, a qual prescinde da efetiva lesão ao erário:

ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Lei 8.429/92. violação dos deveres de moralidade e impessoabilidade. Contratação mediante carta-convite pelo Município de empresas das quais faziam parte o vice-prefeito e o irmão do prefeito, pessoas impedidas de licitar. Lesão à moralidade administrativa que prescinde da efetiva lesão ao erário. Sanções político-administrativas compatíveis com a infração. Princípio da razoabilidade. 1. A Ação de Improbidade Administrativa. Explicitação

máxime a consistente na oitiva de testemunhas. In casu, os fatos relevantes foram amplamente demonstrados mediante prova documental conclusiva. Releva notar, por oportuno, que a não-produção de provas deveu-se por culpa exclusiva da Recorrente, que, instada a se manifestar sobre a documentação, quedou-se inerte, muito embora a causa petendi tenha sido elucidada pela prova documental existente nos autos e insindicável nesta via (Súmula 07). 16. Recurso Especial parcialmente conhecido e improvido (Resp 401964/RO; 1ª Turma; j. 22/10/2002; DJ: 11/11/2002, pg. 00155; rel. Min. Luiz Fux).

do cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal. A Ação de Improbidade tem como escopo impor sanções aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.⁸⁰

Releva ainda destacar a questão da aplicação da pena, eis que, para tanto, há que se levar em conta os princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, a fim de que, muito embora a possibilidade de incidência cumulativa das sanções do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, não venha a ser alegada imposição de medidas desarrazoadas:

Nesse sentido, decidiu o egrégio STJ:

RECURSO ESPECIAL - Alíneas "a" e "c" - Administrativo - Ação de improbidade administrativa - Pagamento indevido de horas extras a ocupantes de cargo em comissão - Acórdão que afastou a aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos por três anos determinada pela sentença - Alegação do ministério público estadual de que não há possibilidade de excluir a sanção - Aplicação do princípio da

⁸⁰ Na seqüência, assinala o acórdão: (...) 2. Preliminar de julgamento extra-petita. Os recorrentes foram demandados em Ação de Improbidade, sede em que vários fatos foram invocados como incidentes na citada Lei 8.429/92. Assim os réus defenderam-se dos fatos, competindo ao juízo a qualificação jurídica dos mesmos. Aliás, é cediço que a qualificação jurídica dos fatos é dever de ofício do Juízo, por isso iura novit curia. Consectariamente, essa qualificação não integra a causa petendi e o seu ajuste na decisão à luz da demanda inicial não significa violação da regra da congruência, consubstanciada nos artigos 128 e 460 do CPC. Nesse sentido é lição de Barbosa Moreira, in O Novo Processo Civil Brasileiro, 1995, p. 20-21. Deveras, as multifárias ações administrativas que se enquadram no novel diploma, transmudam o pedido de adequação das mesmas, aos fatos previstos, como nítida ação fungível, podendo o juízo, ao decidir, impor sanção aliud porém minus. 3. A ausência de dano ao erário público não obsta a aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92. Inteligência do art. 21. O enriquecimento ilícito a que se refere a Lei é a obtenção de vantagem econômica através da atividade administrativa antijurídica. O enriquecimento previsto na Lei 8.429/92 não pressupõe lucro ou vantagem senão apropriação de qualquer coisa, ainda que proporcional ao trabalho desenvolvido, mas viciado na sua origem. O fruto do trabalho, como de sabinça, nem sempre é lícito, gerando o enriquecimento ilícito à luz da mens legis. Deveras, a transgressão à moralidade administrativa in casu restou patente porquanto, tanto quanto se pode avaliar na estreita esteira de cognição do E. S.T.J, a participação na licitação de pessoas impedidas de fazê-lo é o quanto basta para incidir a regra do art. 11 da Lei. Outrossim, a adequação da conduta ao cânone legal impede o arbítrio judicial que exsurgiria acaso a imputação derivasse do conceito subjetivo de moralidade plasmado pelo Poder Judiciário. In casu, uma conduta objetiva e incontroversa dos réus frustrou a licitude da concorrência com a participação das pessoas impedidas encerrando ato ímprobo in re ipsa. 4. A participação de empresas em licitação pública, que tem como sócio majoritário o Vice-Prefeito do Município, Secretário de Obras. Lesão aos princípios da impessoalidade e moralidade administrativa (art. 11, da Lei 8.429/92). 5. Condutas que recomendam o afastamento no trato da coisa pública, objetivo aferível pela manutenção das sanções político-administrativas consistentes na inabilitação para contratar com a Administração Pública. 6. Recurso parcialmente provido, para aplicar a regra prevista no art. 12, III da Lei 8.429/92, imputando-se a multa civil em 10 vezes o valor da remuneração, excluindo-se o ressarcimento do dano ao erário e seus consectários e mantendo a suspensão dos direitos políticos, assim como a inabilitação para contratar com o Poder Público, pelo prazo de 03 (três) anos, como forma de obtemperar a sanção (Resp. 439280/RS, 1ª Turma do STJ, j. 01.04.2003, rel. Min. Luiz Fux).

proporcionalidade - Possibilidade de incidência não cumulativa das sanções do art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92 – Divergência jurisprudencial não configurada. A aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade.⁸¹

2.3.1.4 Ação popular

Instituída pela Lei nº 4.717, de 29.06.1965, constitui-se, a ação popular, em garantia constitucional, cujo objetivo é o de anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas, levando em conta, essencialmente, a questão da moralidade administrativa, “estimulando o cidadão a se tornar um guardião do patrimônio público”⁸².

A idéia da ação popular teve sua matriz na Constituição Federal de 1934, tendo sido posteriormente abolida pela de 1937 e novamente instituída pela Constituição de 1946 (embora nunca sob tal denominação, conforme já destacado quando da abordagem dos controles).

⁸¹ Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc. No particular, foram os ocupantes de cargo em comissão condenados pelo r. Juízo sentenciante pela percepção de verbas pagas indevidamente por trabalhos extraordinários, bem como o ex-prefeito do município por deferir o pagamento de forma irregular. Nos termos da legislação municipal de regência, tais serviços somente seriam permitidos em hipóteses excepcionais e temporárias, condicionadas à autorização por escrito do superior imediato, que deverá justificar o fato, o que, in casu, não se deu. A sentença ordenou o ressarcimento dos valores indevidamente recebidos pelos agentes públicos, respondendo pelo total do débito, solidariamente, o ex-prefeito, bem como a suspensão dos direitos políticos. O Tribunal, por sua vez, deu provimento em parte à apelação para afastar a condenação referente à suspensão dos direitos políticos. A imposição dessa última, efetivamente, seria medida desarrazoada, visto que, como ressaltou a Corte de origem, as provas dos autos demonstram a real prestação do serviço pelos réus, e que a vantagem pecuniária obtida equivale apenas a R\$ 4.023,72 (quatro mil e vinte e três reais e setenta e dois centavos) para cada um dos servidores, segundo cálculo realizado em novembro de 2000, a desautorizar a aplicação de sanção mais gravosa. Ausência de similitude fática ente os acórdãos confrontados. Recurso especial não conhecido pela alínea "c" e conhecido, mas não provido, pela alínea "a" (Resp. 300184/SP, 2ª Turma do STJ, j. 04.09.2003, rel. Min. Franciulli Netto).

⁸² ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 3. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993. p. 75.

Assim, somente passou a ser conhecida no ordenamento positivo por este nome por meio da já referida Lei nº 4.717, de 29.06.1965, ainda hoje em vigor. Já se destacou, por curiosidade, que não obstante tal diploma ter sido promulgado dezenove anos depois da Constituição de 1946, a figura, em si, passou a ser utilizada desde aquela época, isso por entender-se que se tratava de dispositivo constitucional auto-aplicável.

Atualmente, conforme norma inserta no inciso LXXIII, do seu artigo 5º, da Constituição Federal em vigor, a ação popular revela-se, portanto, como garantia constitucional e disponibiliza mais um instrumento de controle da administração, permitindo a qualquer cidadão a possibilidade de pleitear a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa e a outras situações ali expressamente estampadas.

O sujeito ativo da demanda, portanto, é o cidadão, assim considerado o que detém seus direitos políticos. E com razão, pois o objeto da ação é a salvaguarda de interesse público, não o individual. Assim, independentemente de agir em nome próprio e no exercício de um direito seu, assegurado constitucionalmente, o interesse é de toda a coletividade, verdadeira beneficiária da anulação. Estando incluído na coletividade, por óbvio vem a ser também beneficiado. Independentemente das teorias a respeito da sua legitimidade (substituto processual ou por direito próprio), na realidade sempre atual e relevante o ensinamento de José Afonso da Silva⁸³, no sentido de que

a ação popular constitui um instituto de democracia direta, e o cidadão, que a intenta, fá-lo em nome próprio, por direito próprio, na defesa de direito próprio, que é o de sua participação na vida política do Estado, fiscalizando a gestão do patrimônio público, a fim de que esta se conforme com os princípios da legalidade e

⁸³ *apud* BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 223, na qual se reporta à obra de José Afonso da Silva “Ação popular constitucional”, p. 195.

da moralidade. Diretamente, é certo, o interesse defendido não é do cidadão, mas da entidade pública ou particular sindicável e da coletividade, por consequência. Mas é seu também, como membro da coletividade.

Cumprido destacar que tal entendimento, na realidade, é fortalecido ou sustentado pelo princípio jurídico da democracia, referido por Juarez Freitas⁸⁴ e já destacado anteriormente, como, no fundo, um dos norteadores da atividade administrativa.

No tocante à sujeição passiva, é de Celso Ribeiro Bastos⁸⁵ a lição de que o destinatário da ação popular não se determina em relação à sua qualificação jurídica, “*mas sobretudo em razão da circunstância de estar ou não na gestão de bens expressivos do patrimônio público, cuja proteção é a sua finalidade própria*”. É o que se extrai do art. 1º da Lei nº 4.717/65 e do atual texto constitucional, que refere “entidade de que o Estado participe”.

Questão importante é a que diz respeito aos pressupostos ensejadores da propositura da ação popular, tais como os de ilegalidade ou lesividade do ato, os quais devem restar perfeitamente demonstrados, independentemente da definição do *quantum* devido. A respeito o precedente jurisprudencial a seguir transcrito:

(...) CONSTRUÇÃO DO MEMORIAL DA AMÉRICA LATINA. CONTRATAÇÃO DE OBRA PÚBLICA SEM LICITAÇÃO. AÇÃO POPULAR LESIVIDADE. COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO JULGADOR. ART. 115 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 35/79. NULIDADE. SENTENÇA CONDICIONAL. INEXISTÊNCIA. (...) 1. A orientação desta Corte é reiterada no sentido de que para a procedência da ação popular, ainda que nos casos de presunção previstos no art. 4º e inciso da Lei nº 4.717/65, deve estar nitidamente configurada a existência dos requisitos da ilegalidade e da lesividade. 2. Demonstrada, de forma efetiva e concreta, a ilegalidade ocorrida, consistente na não abertura do procedimento licitatório em descumprimento a Regulamento de Contratações, bem como a

⁸⁴ FREITAS, Juarez (ed.); FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (coords.). Op. cit., (Direito público moderno – A democracia como princípio jurídico), na qual, embora dê mais ênfase ao controle quanto às questões orçamentárias, conclui que o princípio da democracia, “*em suas facetas, requer que o controle social, longe de inibir, fortaleça os demais controles (interno, externo e jurisdicional)*”.

⁸⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 224.

lesividade do ato, consubstanciada na exorbitante diferença entre o valor inicialmente estipulado para a construção da obra e quantia efetivamente desembolsada, resta comprovado, ainda que não definido o quantum devido pelos réus, a ocorrência dos pressupostos ensejadores da ação popular. 3. Se o dispositivo legal tido por violado, qual seja, o art. 115 da Lei Complementar nº 35/79, não tinha aplicação no caso concreto, por encontrar-se revogado, afigura-se despicienda a apreciação da questão infraconstitucional suscitada. 4. Faz-se imprescindível constar na sentença que julga procedente a ação popular a comprovação da existência da lesão. Não se mostra necessário, portanto, quantificar o dano sofrido, o qual pode ser objeto de posterior liquidação. Tal providência, contudo, não qualifica o referido decisório como sentença condicional. 5. Não se conhece da alegada divergência jurisprudencial nas hipóteses em que o recorrente, desatendendo o disposto no art. 541, § único, do CPC, e 255, § 2º, do RISTJ, não demonstra o necessário cotejo analítico. 6. Recurso especial interposto pela Construtora Mendes Júnior S/A parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Recurso Especial interposto pela Companhia Metropolitana de São Paulo – METRÔ conhecido e não provido (Resp. 146756 / SP, 2ª Turma, j. 09/12/2003, DJ 09/02/2004, Pg. 00139, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

Em sentido diverso, o seguinte acórdão, por meio do qual se constata que os requisitos da ilegalidade e lesividade não restaram perfeitamente comprovados, afastando-se, em consequência, a pretensão formulada no tocante à anulação do ato presumidamente prejudicial aos interesses públicos:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. LEI Nº 4.717/65. REQUISITOS. AUSÊNCIA DA LESIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. 1. A ação popular reclama com requisitos de procedência a ilegalidade e a lesividade do ato oriundo do poder público. A lesividade presumida admite a contra-prova, máxime no âmbito pecuniário, mercê da "lesividade à ordem jurídica". A lesividade que impõe o ressarcimento é aquela que onera, sem benefícios, o erário público. 2. A contratação de servidores temporários, sem concurso público, na hipótese em tela, não preenche o requisito da ocorrência da lesividade, razão porque não há que se falar em nulidade de tais contratos, mormente porque os contratados se beneficiaram dos salários auferidos e a municipalidade da mão-de-obra prestada. Ausência de lesividade. Precedentes. 3. A contratação de mão-de-obra temporária em razão de situação excepcional, comprovada pela existência de mais de uma centena de ações trabalhistas nas quais os juízos reconheceram a excepcionalidade e a necessidade das referidas contratações para não paralisar os serviços públicos, é matéria fática, cujo conhecimento esbarra na Súmula nº 07/STJ. Não obstante, verossímil a alegação, a contratação de profissionais temporários enquadra-se no disposto no inciso IX, do art. 37, da CF, in casu coadjuvado pela Lei Municipal 1137/90. Contratação temporária com o escopo de atender o interesse público até a realização de concurso que efetivamente se operou. Lesividade inexistente. Precedentes. 4. Recurso especial provido (Resp 407075/MG; PRIMEIRA TURMA; j. 27/08/2002; DJ: 23/09/2002, pg. 00244; rel. Min. LUIZ FUX).

Situação interessante é a relacionada à possibilidade, por meio de ação popular, de anulação dos atos decorrentes de lei de efeito concreto, em face da sua flagrante inconstitucionalidade, muito embora reconhecida a impossibilidade de análise do STJ a respeito da questão constitucional.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. Cumulação de pedidos. Pleito de anulação de previsão de despesas encartadas em lei que dispõe sobre plano plurianual com a prorrogação do fundo de compensação e variações salariais bem como os atos subsequentes de repasse. Lei que prevê despesa. Norma de efeitos concretos passível de investida via ação popular sob o pálio da moralidade e da inconstitucionalidade.(...).⁸⁶

Na mesma linha, o seguinte aresto:

(...) – AÇÃO POPULAR – Ato decorrente de autorização legislativa – Autonomia em relação à lei permissiva – Lei de efeitos concretos - Inexistência. - Não se pode considerar de efeito concreto lei que autoriza a prática de determinado contrato administrativo. Tanto não é concreto o efeito de tal lei, que sua concretização depende de ato a ser praticado por agente do Poder Executivo. - O ato administrativo celebrado sob o pálio de permissão legal não se confunde com a lei autorizadora. É lícito o exercício de ação popular, para abortar a celebração de contrato autorizado por lei. Nada impede, no processo de ação popular, que se declare, incidentemente, a inconstitucionalidade da lei permissiva (DEResp. 188873/RS; 1ª Seção; Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência no REsp 1999/0077884-7; j. 02/10/2003; DJ:28/10/2003, pg:00182; Rel. Min. Francisco Peçanha Martins).

Caso bastante singular foi julgado pelo STJ, o qual, por intermédio de sua Primeira Turma, admitiu a possibilidade de ação popular com o objetivo de anular acordo homologado

⁸⁶ Revela o acórdão: (...) 1. É possível juridicamente a ação popular contra lei de efeitos concretos, como sói ser a que prevê dispêndios realizáveis com o dinheiro público, ainda que uma das causas de pedir seja a inconstitucionalidade da norma por contravenção ao art. 36, do ADCT e 165, 9º, da Constituição Federal de 1988. 2. O que se revela incabível é o STJ, guardião da legislação infraconstitucional, analisar essa suposta lesão ao ordenamento maior, no âmbito do recurso especial, sob pena de usurpação da competência constitucional do E. STF. 3. Deveras, a anulação dos atos administrativos subsequentes calçados nestas premissas é juridicamente possível em sede de ação popular, tanto mais que, nesses casos, a análise da inconstitucionalidade é empreendida incidenter tantum via controle difuso, encampado pelo Direito Nacional. Precedentes do STF e do STJ. (...). 6. Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido para, vedada a declaração de nulidade da Lei n. 9.443/97, cujo pleito em essência visa a declaração de inconstitucionalidade através da via adequada, reconhecer a possibilidade jurídica de parte do pedido formulado na inicial da ação popular quanto à anulação dos atos administrativos cujos efeitos tenham sido derivados das leis acoimadas de inconstitucionalidade e da Lei n. 8.173/91, de efeitos concretos, porquanto previsora de despesas públicas (REsp 501854/SC; 1ª Turma, j. 04/11/2003, DJ:24/11/2003, pg. 00222; Rel. Min. Luiz Fux).

judicialmente, em sede de ação civil pública, com a anuência do representante do Ministério Público, afastando-se, para tanto e por força do art. 486 do Código de Processo Civil, a coisa julgada material e as hipóteses taxativas do artigo 485 do mesmo diploma processual, conforme aresto a seguir transcrito:

(...) AÇÃO POPULAR ANULATÓRIA DE ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM A ANUÊNCIA DO PARQUET. Coisa julgada material. Inocorrência. Crivo jurisdicional adstrito às formalidades da transação. Cabimento da ação anulatória do art. 486, do CPC. Inocorrência das hipóteses taxativas do art. 485, do CPC⁸⁷

Outra questão que também desperta interesse é a relacionada à corrente que defende a tese da retratabilidade da posição da pessoa jurídica na ação popular, quando essa, tendo atuado no pólo passivo do feito, se convence da ilegalidade e lesividade do ato de seu preposto, lembrando, inclusive, que o ente pode promover a execução da sentença condenatória, conforme previsão do art. 17 da lei que regula a matéria. Nesse sentido, tendo o autor popular desistido da ação e não tendo assumido o pólo ativo outro popular ou o Ministério Público, nada obsta que a pessoa jurídica, antes na condição de sujeito passivo,

⁸⁷ Esclarece a ementa: (...) 2. A ação anulatória, prevista no art. 486, do CPC, tem por finalidade desconstituir o ato processual, homologado judicialmente, enquanto que o alvo da ação rescisória, do art. 485, do CPC, é a sentença transitada em julgado, que faz coisa julgada material. O efeito pretendido pela primeira é a anulação do ato, enquanto que na rescisória é a prolação de nova sentença no *judicium rescisorium*. 3. A ação rescisória somente é cabível quando houver sentença de mérito propriamente dita, que é aquela em que o magistrado põe fim ao processo analisando os argumentos suscitados pelas partes litigantes e concluindo-a com um ato de inteligência e soberania. 4. A sentença que homologa a transação fundamentando-se no conteúdo da avença, é desconstituível por meio de ação rescisória fulcrada no art. 485, VIII, do CPC. 5. Não obstante, em sendo a sentença meramente homologatória do acordo, adstrita aos aspectos formais da transação, incabível a ação rescisória do art. 485, VIII, do CPC, posto ausente requisito primordial da rescindibilidade do julgado. Nestes casos, a desconstituição da transação, pelos defeitos dos atos jurídicos em geral, se faz por meio de ação anulatória, fulcrada no art. 486, do CPC. 6. Acordo extrajudicial homologado por sentença, em sede de ação civil pública, com a concordância expressa do órgão ministerial, e lesivo aos interesses da administração pública, é passível de anulação, in abstracto, na forma do art. 486, do CPC, sob os fundamentos que autorizam a ação popular. 7. In casu, a ação popular assume cunho declaratório porquanto o ato lesivo o foi subjetivamente complexo, passando pelo crivo do Parquet e do juízo. Propriedade da ação, in genere, porquanto a possibilidade jurídica do pedido não implica em acolhimento do pleito meritório. 8. Recurso especial provido (Resp. 450431/PR, 1ª Turma, j. 18/09/2003, DJ:20/10/2003, pg. 00185; Rel. Min. Luiz Fux).

assuma a nova posição no processo, independentemente da homologação da desistência, flagrantemente indevida. A respeito, a posição adotada por uma das turmas do STJ:

PROCESSO CIVIL - AÇÃO POPULAR - LEGITIMIDADE - DESISTÊNCIA DA AÇÃO - PÓLO ATIVO ASSUMIDO POR ENTE PÚBLICO - POSSIBILIDADE - SÚMULA 7/STJ. 1. Qualquer cidadão está legitimado para propor ação popular, nos termos e para os fins do art. 1º da Lei 4.717/65. 2. A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado cujo ato seja objeto de impugnação poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente (art. 6º, § 3º da Lei 4.717/65). 3. Filio-me à corrente que defende a tese da retratabilidade da posição da pessoa jurídica na ação popular, quando esta, tendo atuado no feito no pólo passivo, se convence da ilegalidade e lesividade do ato de seu preposto, lembrando, inclusive, que o ente pode promover a execução da sentença condenatória (art. 17). 4. Tendo sido homologado (indevidamente) o pedido de desistência da ação pelo autor popular, cumpridas os preceitos do art. 9º da Lei 4.717/65, não tendo assumido a demanda o Ministério Público ou outro popular, inexistente óbice em que o ente público assumira o pólo passivo da demanda, em nome do interesse público. Interpretação sistemática da Lei 4.717/65. (...) 6. Agravo regimental improvido (AGREsp 439854/MS; 2ª Turma; j. 08/04/2003; DJ:18/08/2003, pg. 00194; Rel. Min. Eliana Calmon).

No tocante à extensão da ação popular, há que se levar em conta que sua propositura independe de lesão ao patrimônio público, podendo ser manobrada com vistas a resguardar a moralidade administrativa.

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO POPULAR - LESÃO OU DANO AO ERÁRIO. 1. A ação civil pública subsumiu a ação popular que permaneceu importante em razão da específica legitimação para agir. 2. Âmbito da ação popular que não está limitada ao desfalque do patrimônio material. O desfalque pode ser do patrimônio paisagístico, ambiental, etc., ou do patrimônio moral. 3. Moralidade administrativa que pode ser resguardada via ação popular. 4. Recurso especial improvido (REsp 260821/SP; 2ª Turma, j. 21/05/2002; DJ:19/05/2003, pg. 00158; Rel. Min. Eliana Calmon).

Finalmente, concluindo a pesquisa jurisprudencial a respeito e em perfeita consonância com a idéia de que a ação popular se traduz em mais um dos instrumentos que possibilitam o ressarcimento dos prejuízos causados ao patrimônio público (aqui em sua

acepção restrita, relacionada aos bens públicos propriamente ditos), a seguinte decisão, também proferida pelo STJ a respeito:

ACÇÃO POPULAR. ATOS LESIVOS. Anulação das contratações de servidores municipais. Ressarcimento. Condenação solidária dos responsáveis e restituição dos valores indevidamente recebidos. LEI 4.717/1965.(...) 2. A palma da demonstração de lesividade e, anulado o ato malsinado, o ressarcimento é consequência inafastável, obviando-se a restituição dos valores indevidamente recebidos, com os acréscimos estabelecidos e consectários legais. 3. Recurso improvido (Resp. 10338/SC; 1ª Turma; j. 05/09/1996; DJ:14/10/1996, pg.38932; rel. Min. Milton Luiz Pereira).

2.3.2 Obstáculos ao ressarcimento pleno

Há de se abordar, agora, questões relacionadas às dificuldades encontradas pelo Estado na busca de um pleno ressarcimento dos danos que lhe foram causados por atos de improbidade e que redundam, via de regra, em total ou parcial frustração.

Dentre tais fatores podem ser apontados os relacionados a seguir, os quais, se de um lado não se constituem em rol exaustivo, servem, de outro, como exemplo dos obstáculos anunciados.

2.3.2.1 Omissão na entrega ou na exigência de apresentação de declaração de bens

Inicialmente pode ser indicado como um dos fatores que, embora de forma indireta ou remota, venha a causar empecilho ao ressarcimento do erário quando configuradas as situações estampadas na legislação que trata da matéria, o descumprimento do dispositivo que determina a apresentação de declaração de bens por parte do agente público, seja quando do

início da função, seja em etapas posteriores e, principalmente (em relação a estas últimas), ao término de sua atividade pública.

A razão, conforme já explicitado anteriormente, é bastante singela. Com as declarações (e as possibilidades, delas advindas, de cruzamentos de informações) passa-se a contar com valioso instrumento de controle de evolução patrimonial do agente, capaz de sinalizar enriquecimento desproporcional aos rendimentos percebidos no cargo, função ou emprego. Viabiliza-se, a partir daí e preventivamente, não só a apuração da prática do ato desonesto, mas também já a garantia de uma razoável - senão total -, parcela de êxito quando da busca do ressarcimento.

As experiências no dia-a-dia forense revelam que somente alicerçado em boa base cadastral é que se poderá chegar ao êxito em uma futura execução. Ou seja, não basta, apenas, obter-se o título executivo: urge saber-se onde e como buscar condições concretas para a efetividade da ação.

E a formação de um banco de dados, em constante atualização, torna-se, para tanto, imprescindível.

Ocorre que, na prática, a omissão na entrega ou a falta de uma efetiva e rigorosa exigência por parte do administrador a respeito é mais um fator de ineficácia do sistema pretendido, razão pela qual impõe-se a implementação, para dirimir ou ultrapassar a deficiência, de instrumentos que facilitem o preenchimento, entrega e atualização de dados, retratando a evolução do patrimônio do agente.

2.3.2.2 Deficiências do sistema processual – possibilidade de manejo indiscriminado dos mecanismos legais e protelação no desenlace da lide

Nessa mesma linha, constata-se que o sistema processual adotado pelo ordenamento brasileiro, a partir das garantias constitucionais consubstanciadas nos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como nos da presunção de inocência e do devido processo legal, possibilita o manejo indiscriminado dos mecanismos estabelecidos na legislação adjetiva a respeito, concorrendo para o retardamento indefinido do desenlace das ações intentadas para fins de ressarcimento do erário, as quais, não raro e ao seu final, resultam em frustração dos objetivos perseguidos.

Aliás, tais dificuldades também se apresentam na esfera administrativa, em face do estabelecimento, no processo administrativo, de dispositivos similares e que, em síntese, também desembocam na mesma situação antes retratada.

Tudo Isso representa, a partir de uma visão sistemática da legislação aplicável à espécie, que muito embora a severidade das regras de direito material, implementadas com prodigalidade pelo legislador, na maioria das vezes o interessado (no caso, o Estado lesado) resta obstaculizado em sua ação, por conta da aplicação ao processo das garantias constitucionais asseguradas em diversos dispositivos do artigo 5º, as quais, sem a devida ponderação da hierarquização, sempre preconizada em lições de Juarez Freitas, ao invés de facilitar o ressarcimento, acabam, ao final, por definitivamente comprometê-lo.

2.3.2.3 Remessas ilegais de valores para o exterior – facilidades e ausência de eficazes mecanismos internacionais de repressão

Um dos mais importantes “escoadouros” dos valores desviados do Estado concretiza-se, na prática, mediante remessas ilegais de dinheiro para o exterior, seja através de “off shores” em paraísos fiscais, criadas especialmente para recepcionar tais remessas e proceder à chamada “lavagem de dinheiro”, seja, ainda, por intermédio de utilização de interpostas pessoas, também conhecidas como “laranjas”.

A realidade tem demonstrado que o agente ímprobo consegue superar os controles impostos, os quais, por mais rigorosos e modernos, não impedem o desenlace exitoso do processo ilegal.

Comumente, os países destinatários, são escolhidos a dedo exatamente entre aqueles com quem o Brasil não mantém tratados ou acordos visando à repressão da tal prática delituosa. E, mesmo com os que porventura mantenha intercâmbio nesse sentido, os procedimentos geralmente são lentos, inviabilizando, na prática, uma pronta e efetiva recuperação dos valores subtraídos ao erário.

Urge, portanto, alterações profundas, mediante a criação de instrumentos ou a ampliação dos já existentes, visando, de um lado, a dificultar, ainda mais, as possibilidades de remessa e, de outro, a efetivar, com maior eficácia e presteza, o resgate dos valores ilegalmente evadidos.

O que não se pode admitir é que, apenas para exemplificar, alguém acusado de co-autoria em desvios da Previdência Social e cujo prejuízo ao erário atingiu em torno de

quinhentos milhões de dólares, seja preso no exterior e aqui, no que interessa (ressarcimento do patrimônio do Estado), seja penalizada tão somente a recolher aos cofres públicos algo em torno de cinco milhões (de reais...). Valor este que, por sinal, sequer se pode ter certeza que venha a ser repostado ao final do processo.

2.3.2.4 Vedação legal à realização de transação, acordo ou conciliação

A Lei da Improbidade Administrativa veda, expressamente, qualquer forma de transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput* do artigo 17.

Trata-se, entretanto, de dispositivo perfeitamente questionável, em que pese ter seguido, em tese, a linha de moralidade que norteou a própria lei e pretendido, com a vedação, afastar a possibilidade de conchavos e acertos prejudiciais ao próprio Estado.

Ao proferir palestra, recentemente, em torno das transformações a que deve se submeter o moderno Direito Administrativo, Juarez Freitas sustentou a tendência de se abandonar o unilateralismo que imperou nos séculos IXX e XX, mediante a sua passagem de monológico para dialógico. Destacou o dispositivo antes referido - que impossibilita o acordo ou transação -, como exemplo das resistências a tal transformação dialógica, que se impõe.

Há de se levar em conta, entretanto, que, dependendo das circunstâncias, em muitos casos a transação se apresenta como a última (e talvez única) solução para que o Estado consiga ressarcir-se, ao menos em parte, dos prejuízos sofridos.

Nessa linha, não há, aparentemente, muita lógica no dispositivo, pois ao não se admitir nenhuma exceção à regra, na realidade se poderá, no fundo, estar inviabilizando qualquer hipótese de recuperação, mesmo que parcial, dos valores subtraídos.

Por óbvio, com isso, não se estaria preconizando plena liberdade de conciliação, mas, pelo menos, a implementação de mecanismos com a função de analisar propostas e ponderar a conveniência de sua aceitação, como os chamados “pequenos comitês” utilizados na iniciativa privada (principalmente em Bancos).

Poder-se-ia afastar, com tal mecanismo, o fantasma ou temor da responsabilização funcional, que, não raro, vem a se constituir num inaceitável óbice ou entrave à plena (ou até mesmo parcial/razoável) concretização do ideal de eficiência da administração pública. Por óbvio tal passaria pela reformulação da norma, em face da vinculação do agente ao princípio da legalidade.

O que não se pode, com o devido respeito, é simplesmente fecharem-se as portas para qualquer possibilidade de transação, independentemente de situações específicas de cada caso, eis que o espectro da vedação atinge, pela dicção legal, até mesmo as hipóteses de parcelamento, o que, no mínimo, resulta em flagrante e inaceitável absurdo.

2.3.3 Conseqüências dos entraves

Como decorrência lógica dos fatores destacados, ao Estado, conforme já disposto, não raro é impossibilitada uma efetiva concreção dos dispositivos que lhe permitem, ao menos em

tese, recuperar as perdas patrimoniais decorrentes da prática lesiva levada a cabo por seus agentes ou terceiros.

Muito embora o amplo espectro e rigorismo da legislação, não se tem notícias de uma real, plena e pronta recuperação dos valores que foram subtraídos aos cofres públicos, cingindo-se os resultados práticos das ações às esferas administrativa, política ou criminal. Para alguns pode significar muito, mas, tanto para o Estado lesado, quanto para o povo-contribuinte (verdadeiro titular do patrimônio público), por óbvio que é insuficiente.

Na realidade, no fundo desinteressa, ao menos no tocante às prioridades básicas de um Estado deficitário, a limitação das penalidades apenas às áreas em destaque, sem atentar-se às questões patrimoniais ou financeiras e que se revelam, acima de tudo, como relevantes para o atendimento das metas governamentais e, principalmente, dos objetivos sociais destacados na Constituição Federal.

Assim, a frustração decorrente da espoliação sofrida extrapola as fronteiras da credibilidade do próprio Estado (como Governo), refletindo-se negativamente na coletividade mediante o incômodo sentimento de que a administração da coisa pública é falha e que a impunidade, ao final, normalmente resta vencedora.

Para o cidadão conscientizado não basta, dessa forma, apenas que um ou outro agente público tenha sofrido punição, em regra restrita aos campos político, administrativo ou criminal, conforme antes mencionado, mas, e principalmente, necessita de uma satisfação sobre o real e efetivo destino de seu dinheiro.

O resto, com o devido respeito, cai na vala comum da demagogia.

2.4 A IMPUNIDADE

No fundo, tem-se que as dificuldades ou obstáculos declinados nos tópicos anteriores, via-de-regra, redundam na impunidade do agente ímprobo no que mais interessa, ou seja, nos reflexos, em seu patrimônio (ilicitamente amealhado), da recomposição do erário através de pronto e eficaz ressarcimento dos prejuízos que lhe foram causados.

2.4.1 Noção

Não basta, entretanto e como visto, toda uma grandiosa estrutura jurídica e institucional para coibir os atos do administrador desonesto lesivos ao patrimônio público, ou seja, por mais rigorosos e abrangentes que sejam os controles instituídos e os mecanismos jurídicos postos à disposição, ainda assim se perpetua a prática da improbidade na Administração Pública nacional.

Dentre os motivos para tanto, um dos que podem ser destacados como relevantes é o da impunidade.

Resgatando-se, a respeito da impunidade, uma das justificativas parlamentares à época do processo legislativo da chamada Lei da Improbidade, cumpre destacar, por relevante, a posição de que

enquanto na maioria dos países civilizados a regra é a plena eficácia das leis penais, com a punição exemplar daqueles que as tenham infringido, o comum, entre nós, tem sido a impunidade, tão nefasta em seus efeitos que podemos afirmar, sem nenhum exagero, constitui hoje o estímulo por excelência para as ações delituosas dos maus agentes do poder público, dia a dia mais audazes em suas investidas contra o erário.

Impunidade deriva do latim *impunitas* (*impunis* = *in* + *poena*, isto é, não punido), exprimindo, assim, a falta de castigo ao criminoso ou delinqüente. Registra-se quando, na presença do delito ou falta, ocorre, por qualquer motivo, ausência de punição do agente, seja por omissão da autoridade, seja, ainda, por sua incapacidade ou falta de competência em apurar a irregularidade ou sua autoria, deixando, assim, de aplicar a pena devida ao faltoso.

Importante destacar que a impunidade não se revela simplesmente pela falta de aplicação da pena, no sentido de tão-somente declará-la, mas também pelo não-cumprimento da pena declarada ou aplicada. Ou seja, são os casos em que, mesmo condenado, o faltoso permanece impune.

Projetando-se tal realidade para a área da responsabilidade civil, seria como, após longo e tormentoso processo, em que, ao final, o agente ímprobo viesse a ser condenado ao ressarcimento, o resultado prático da demanda fosse frustrado pela inexistência de bens capazes de cobrir o valor devido. É a impunidade decorrente não da falta de ação, mas de toda uma estrutura, legal, administrativa e processual, que, em pé de igualdade, colabora para tanto.

2.4.2 Impunidade civil

Em que pese a conotação predominantemente criminal que envolve a figura da impunidade, há de se trazê-la, por relevante, à esfera administrativa. E, em especial, destacar-se seus reflexos no campo da responsabilidade civil.

Isso porque – e uma das razões do trabalho situa-se nessa linha - não basta à sociedade, em face do ato de improbidade praticado pelo agente público, saber apenas da sua eventual conotação criminal, política ou administrativa, se for o caso. A coletividade, também (e talvez até com maior veemência), conta naturalmente com o efetivo e real ressarcimento dos danos causados ao erário.

Já foi anteriormente referido, em mais de uma passagem, que embora pródiga a legislação pátria a respeito do tema, colocando à disposição dos interessados os mais variados instrumentos para uma efetiva busca dos valores subtraídos aos cofres públicos, poucos têm sido os resultados positivos conhecidos. Daí permite concluir-se que os mecanismos jurídicos para tanto disponibilizados, ou são insuficientes, ou não são corretamente empregados, ou, ainda, permitem ao agente ímprobo se furtar de seus efeitos práticos, utilizando-se, para tanto, de caminhos estratégicos ofertados pelo próprio ordenamento.

De qualquer forma, em persistindo a frustração, deve-se procurar saídas ou, no mínimo, traçar-se diagnóstico dos fatores que na prática impedem a eficiente concretização dos pleitos indenizatórios, visando, a partir daí, quem sabe até formular (ou arriscar) possíveis soluções.

Conforme antes destacado, já a própria Constituição Federal coloca à disposição de qualquer cidadão a legitimidade para manejar ação popular, cujo desiderato é desconstituir ato de autoridade pública que tenha causado (ou venha a causar), dentre outras hipóteses, lesão ao patrimônio público. Com a grande vantagem de isentar o demandante de boa-fé das custas processuais e, em caso de não-obtenção de êxito, dos respectivos ônus da sucumbência. Trata-se, como se pode verificar, de uma faculdade que abre as portas a qualquer um do povo para o exercício de função de típico fiscal da atuação do agente público, seja este político, seja administrativo. Para tanto, conta com lei específica, há muito editada, que lhe assegura os necessários instrumentos (Lei nº 4.717/65).

Em que pese, entretanto, a faculdade disponibilizada pela Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regula o procedimento, não se constata, na prática, a efetiva utilização do mecanismo ofertado, podendo creditar-se essa omissão à falta de cultura política de um povo que, em sua maioria, sequer conhece os termos de sua Carta Maior ou, de outro lado, mesmo sabendo da existência da ação popular, parece relutar em dela lançar mãos, seja por temor reverencial (o administrador está com o Poder), seja, ainda, por um fundado receio de que, ao fim e ao cabo da jornada, sua luta poderá ter sido em vão.

Isso sem considerar o fato de que, muito embora a isenção concedida em relação às despesas processuais e verba de sucumbência, o interessado deverá constituir advogado para ingressar com a ação e terá que arcar, salvo contrato de risco, com seus honorários.

De outro lado, a impunidade, tão destacada pela mídia, por certo colabora para o descrédito das instituições, fazendo com que o povo, em relação a essa situação específica (busca do ressarcimento pelo manejo de ação popular), deixe que as autoridades públicas constituídas e, em especial, o Ministério Público, executem a tarefa.

Também a legislação infraconstitucional disponibiliza outros meios para o ressarcimento, podendo, a respeito, destacar-se a já referida Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que, alicerçada em norma constitucional expressa (art. 37, § 4º, da Constituição Federal), prevê a responsabilidade civil do agente público e até de terceiros que tenham contribuído para a lesão aos cofres públicos.

Na mesma linha, a Lei da Ação Civil Pública, editada em 1985 (Lei nº 7.347), viabilizando ao Ministério Público e às pessoas jurídicas, que menciona, mais do que uma “possibilidade”, a “obrigatoriedade” de agir em face da constatação da prática de ato que implique lesão ao patrimônio público, dentre outras situações fáticas legalmente enumeradas. Destacou-se, a respeito, quando do estudo específico do tópico, alguns precedentes jurisprudenciais.

Assim, para o exercício do direito, colocam-se à disposição as figuras do seqüestro, arresto, indisponibilidade de bens, antecipação de tutela, as quais, caso manejadas a tempo e com a devida competência/eficiência profissional de seus executores, poderão garantir, “a priori”, o êxito final da empreitada.

Ocorre que nem sempre é assim...

Se, de um lado, o ordenamento jurídico, ao assegurar o amplo direito de defesa, permite a utilização das mais variadas estratégias por parte do demandado, visando a elidir medidas liminares contra ele manejadas, de outro, por entrave da própria máquina burocrática, no mais das vezes a autoridade inaugura o processo quando já nada mais resta a fazer, a não ser perder tempo.

Nessa linha de raciocínio, então, poderia apontar-se como fatores que inibem a eficácia na busca do ressarcimento, dentre outros, as dificuldades das autoridades em apurar as fraudes, importando em consumo exagerado de tempo, bem como as possibilidades oferecidas pela própria legislação processual (ampla defesa) e que, se de um lado permite ao agente ímprobo frustrar os efeitos de eventuais liminares contra si manejadas, de outro importa no retardamento do desenlace do processo mediante a utilização dos mais variados recursos.

A conclusão é óbvia. Quando, ao final, depois de um longo período de tramitação processual, vem a ser reconhecido o direito do Estado, possibilitando-se a execução, não raro ocorre sua total inviabilidade, eis que ou nenhum bem é mais encontrado, ou aqueles que ainda restam (inclusive os objeto de liminar) já tiveram seu valor defasado pelo decurso dos anos, frustrando o resultado de todo o trabalho executado.

Por conseqüência, a impunidade ainda persiste. Talvez na forma mais perversa, já que deixa incólume a parte mais sensível do agente ímprobo, que é seu próprio patrimônio...

2.4.3 Conseqüência da impunidade: um reiterado convite à improbidade

Não há como se desconsiderar que a impunidade, de alguma forma (ou de muitas), implica perene incentivo às práticas ímprobas, podendo afirmar-se que, no fundo, as condutas irregulares dos agentes públicos guardam estreita relação com a possibilidade, sempre presente, de eximirem-se de punição.

Como ressaltado, em que pesem os mecanismos impostos, seja sob a forma de rigorosos controles internos e externos, seja pelo estabelecimento de punições severas e de amplo espectro (cassação de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens, ressarcimento ao erário, responsabilidade penal), tudo visando a elidir a conduta administrativa desonesta, ainda assim a prática se reitera a cada dia, o que impõe a busca de explicações, ao menos razoáveis, dos motivos que levam a tal realidade, aparentemente contraditória.

Na verdade - e talvez possa até ser arriscada a afirmação - parece que tudo, ao final e ao cabo, resulta da possibilidade, sempre presente, de que nada de maior venha a acontecer ao agente ímprobo, eis que o “fator impunidade”, por mais insólito que possa parecer, vem passando a se constituir em uma verdadeira “instituição” na cultura brasileira.

Nessa linha de raciocínio, o conjunto de normas e os controles, por mais aperfeiçoados que se apresentem, ainda assim não inibem a prática desonesta, pois mesmo que algum dos mecanismos, em face do ato ímprobo, venha a funcionar adequadamente (isso em relação a um ou alguns dos aspectos de penalização possíveis), o resultado final mostra-se insuficiente para elidir a conduta delituosa.

Relevante e justificável a preocupação de Odete Medauar⁸⁸, ao afirmar que a avaliação dos diversos controles institucionalizados no Brasil revela insuficiências e inefetividades, sendo necessário, em conseqüência, o aprimoramento das técnicas e atividades fiscalizadoras, bem como das avaliadoras. Daí decorrerá um melhor desempenho da Administração, ou o que chama de “vocação preventiva” de todo sistema de controle eficaz, por suscitar, na própria Administração, uma deontologia que previne o arbítrio e se integra na sua atuação normal.

⁸⁸ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 414.

A respeito, importante a posição de Juarez Freitas, captada com a reconhecida acuidade por Romeu Felipe Bacellar Filho ao prefaciar a obra “O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais”⁸⁹, quando evidencia a “*reduzida visão e alcance dos controles meramente formalistas a que são submetidos os atos administrativos e, por isto mesmo, propondo como acertado um cotejo destes com a totalidade do sistema constitucional do Direito Administrativo Brasileiro*”.

Nessa linha destacam-se, também por relevante, as considerações finais do autor, no sentido de que “*o controle dos atos administrativos, nas várias esferas, deve ser orientado, bem mais pronunciadamente, para a concretização vitalizante dos princípios fundamentais*”. Ensina que se impõe uma intensificação no controle, que nunca será exitoso caso se mantenha cingido à legalidade estrita, desconsiderando outros princípios, devendo a Administração Pública se subordinar “nobre e paradigmaticamente”, ao Direito, visto como totalidade de princípios, normas e valores, entre os quais avulta a dignidade da pessoa⁹⁰.

⁸⁹ FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos...**, p. 8.

⁹⁰ Extrai-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, estatuída como um dos objetivos primeiros da Constituição, restaria seriamente comprometido pelas conseqüências nefastas da prática ímproba, exatamente na medida em que, mesmo desconsiderando-se a questão moral, ficaria reduzida a capacidade do Estado em atender às metas traçadas.

CONCLUSÃO

A partir do que se apurou no presente estudo, não se extrair-se, agora, algumas conclusões que, se de um lado servem para simplesmente comprovar uma realidade, de outro poderão servir, quem sabe, de instrumento à instigação no sentido de detectarem-se fórmulas para solucionar ou minimizar este que se apresenta como um dos maiores problemas resultantes da vulneração do princípio da moralidade: os reflexos materiais do ato de improbidade no patrimônio público e os obstáculos ao seu pleno e pronto ressarcimento.

Verificou-se a importância da moral no funcionamento da máquina administrativa, tanto que erigida, a moralidade, em princípio constitucional balizador do desempenho da Administração Pública direta, indireta e fundacional, de todos os poderes e em todos os níveis políticos do Estado, tudo por força do disposto no artigo 37, “*caput*”, da Constituição Federal de 1988.

Há de levar em conta, dessa forma, que é impossível o desempenho eficaz e transparente da atividade pública sem que o agente dela encarregado ou nela empregado tenha perfeita consciência da moralidade administrativa, que se apresenta, na prática, como extensão natural de sua moral comum, conquanto bem mais relevante e profunda que ela própria, pois decorrente de uma situação funcional peculiar.

Nessa senda e sempre lembrando, com carinho, da lição de Paulo Neves de Carvalho, constata-se que não basta a implementação indiscriminada de leis relacionadas à improbidade e que objetivem a real concreção prática do princípio da moralidade. É necessário, mais do que isso, que o sentimento de honestidade brote naturalmente da consciência de cada um.

Mas, como já foi visto, a realidade sinaliza que o princípio vem sendo seguidamente superado, seja por força da ausência da já referida conscientização, seja, ainda, pelo sentimento nefasto de impunidade, já arraigado na sociedade, decorrente da ausência de uma pronta e eficaz ação do Estado em salvaguarda dos interesses públicos.

Os controles, embora multifacetários (internos, externos e jurisdicionais), são ainda frágeis. As regras de prevenção à conduta desonesta do agente, embora fartas e rigorosas, são, não-raro, superadas. E os mecanismos de sanção, principalmente no tocante ao ressarcimento dos danos materiais causados ao patrimônio público, pelo que se constata no dia-a-dia, não correspondem às expectativas de sua criação.

Urgem, portanto, mudanças nos modelos, sob pena de sacrificar-se, a cada dia mais e mais, o patrimônio público, o que significa, na realidade, em sacrifício de toda a coletividade, muito embora se constitua no fundo a verdadeira, única e última destinatária da função e da própria existência do Estado.

Tal penalização, sob qualquer ângulo, é inadmissível, ilógica e desumana...

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 3. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1993.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 38. ed. São Paulo: Globo, 1998.

BACIOTTI, Rui Carlos Duarte. **Direito e Moral**. [s.l.]: [s.ed.], [s.d.]. Disponível em: <www.suigeneris.pro.br>. Acesso em maio 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BRAGA, Renato Rocha. **A Coisa Julgada nas Demandas Coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAETANO Marcelo. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1970. Tomo II.

CHRISTÓFARI, Victor Emanuel. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. Canoas: EDULBRA, 1998.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORDEIRO, Alexandre Delduque. A Recepção do Princípio da Moralidade Administrativa no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes**, ano 7, n. 7, p. 105-114, 2002.

COSTA, Epaminondas da. **Manual do Patrimônio Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

COSTA, José Armando da. **Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DELGADO, José Augusto. O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**, ano 81, n. 680

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DURKHEIM, Émile. **Lições de Sociologia – a Moral, o Direito e o Estado**. Traduzido por J.B. Damasco Penna. São Paulo: T.A. Queiroz, 1983.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FELLINI, Juliano. **O Critério da Moralidade em Kant**. Porto Alegre: PUCRS, 2002. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002.

FREITAS, Juarez (ed.); FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (coords.). **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 204, abr/jun. 1996.

_____. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIRARDI, Leopoldo Justino; QUADROS, Odone José de. **Filosofia**. 9. ed. Porto Alegre: Acadêmica, 1980.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Traduzido por Norberto de Paula Lima; adaptação e notas Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997.

JORGE FILHO, Edgar José. **Moral e História em John Locke**. São Paulo: Loyola, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMBERGER, Têmis. **Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público – Os Princípios Constitucionais da Moralidade e da Legalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Comentários à Reforma Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1985.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Estudos e pareceres de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. Tomo III - Investigação Científica e Política Jurídica.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1970.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 35. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

_____. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PERELMAN, Chaïn. **Ética e Direito**. Traduzido por Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 2002

PRADE, Péricles. **Conceito de Interesses Difusos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Traduzido pelo Prof. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1997

RANGEL JÚNIOR, Hamilton. **Princípio da Moralidade Institucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 2.

ROCHA, Deiza Curvello. In: *Jornal Correio Brasiliense*. Disponível em: <www.noefito.direito.com.br/artigos>. Acesso em: maio 2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O Dano Moral na Dispensa do Empregado**. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. III.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SIMON, Pedro. **Combatendo a Impunidade** – Projetos e Pareceres. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1994.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Thex, 1995.

STOCO, Rui. Agravo de Instrumento nº 092.762-5/3-00, julgado em 06.04.99. In: *Revista dos Tribunais*, n. 764, p. 118, jun. 1999.