

Duas décadas de Lei n. 8.429/1992 e o retrocesso legislativo

Bruno Pirrony Silva

Assessor jurídico do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, atualmente. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2008) e especialista em Direito Público pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal (2010).

Resumo: A interpretação das leis nunca foi considerada uma tarefa fácil pelos operadores do Direito. No caso da aplicação das sanções descritas no art. 12 da Lei Federal n. 8.429/1992, não fora diferente. A nova redação incluiu a possibilidade de aplicação parcial das reprimendas correspondentes aos atos de improbidade, podendo agora ser aplicadas isolada ou cumulativamente. Entretanto, compulsando-se os textos legais e os estudos jurídicos pertinentes, inclusive os da hermenêutica, obteve-se, ao final, a conclusão no sentido de que a referida emenda legislativa trazida pela Lei n. 12.120/2009 não passou de mais um novo equívoco legislativo ofensivo à expressa vontade originária da norma.

Palavras-chave: Moralidade administrativa. Improbidade. Alteração legislativa.

Abstract: The interpretation of the laws has never been considered an easy task by jurists. In the case of applying the sanctions described in Article 12 of Federal Law 8.429/1992, was not different. The new wording included the possibility of partial implementation of reprimands corresponding to the acts of improbity, which can now be applied individually or cumulatively. However, looking over to legal texts and the relevant legal studies, including hermeneutics, was obtained at the end, the conclusion that such legislative amendment brought by the Legislative Law 12.120/2009 was nothing more than another new legislative mistake that is offensive to the expressed original will of the norm.

Keywords: Administrative morality. Improbability. Legislative change.

Sumário: 1 Introdução. 2 Questão de princípios. 3 Natureza de direito fundamental. 4 A história da mudança legislativa. 5 O espírito da LIA: a vontade popular. 6 Sanções concorrentes. 7 Considerações finais

1 Introdução

O presente artigo objetiva a reflexão de aspectos controvertidos da Lei n. 8.429/1992, intitulada Lei de Improbidade Administrativa (LIA), especialmente no tocante à alteração trazida pela Lei n. 12.120, de 15 de dezembro de 2009.

Dessa maneira, este estudo não tem a pretensão de constituir um trabalho totalmente conclusivo, mesmo porque a precitada alteração legislativa é ainda considerada recente, competindo aos tribunais considerá-la válida ou não.

No entanto, pretende-se, desde logo, expor o equívoco do legislador ao introduzir na aludida norma a expressa autorização para que o magistrado, ao seu arbítrio, realize a dosimetria cumulativa ou não das sanções previstas no artigo 12 da LIA. Isso porque, ao sentir do autor e depois de um estudo mais acurado dos textos legais, da doutrina especializada e de alguns julgados pátrios, percebe-se a flagrante contrariedade entre a nova redação e a vontade popular expressada no texto original, porquanto os preceitos protegidos pela Lei de Improbidade não podem ou mesmo devem ser mensurados de tal forma.

Para tanto, delimita-se o problema da mudança legislativa com a exposição interpretativa da lei e de seu caráter fundamental, oferecendo-se também alguns elementos de análise, ainda que sucinta, porém, de efetiva compreensão.

1 Questão de princípios

A problemática sobre a relação entre a norma jurídica e a norma moral vem de longa data. O saudoso mestre Miguel Reale (1998, p. 42) explicou tal relação em sua famosa teoria do mínimo ético: “a teoria do mínimo ético consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver [...]”.

Assim sendo, o direito não é algo diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas.

Luiz Alberto Ferracini (1999, p. 26), também tratando do assunto e mencionando a teoria rousseuniana¹, aponta na moral uma estreita relação com o direito natural: “A moral, pois, nada mais é que a direção da ação humana para o seu fim, de acordo com a razão. O homem, por conseguinte, tende para o bem ou para o mal e deve agir de acordo com a ordem que o leva a atingi-lo”.

Igualmente, já adentrando no âmbito administrativo, tem-se também os ensinamentos de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (1993, p.157):

Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria *moral* não é nenhum problema especial para a teoria *legal*. As concepções na base natural são análogas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria negar aquele mínimo ético mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional.

1 Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os *fundamentos da desigualdade entre os homens*: precedido de discurso sobre as ciências e as artes. São Paulo: Martins Fontes, 2005, *passim*.

A conclusão disso é que, no campo jurídico, tudo pode ser moral, mas sendo esta somente uma concepção do ideal e não da realidade. Entretanto, o que pode ser verdadeiramente afirmado é que o Direito não será necessariamente imoral quando não estiver atrelado à moral, pois poderá ainda ser indiferente às regras morais e não contrário a elas.

Não obstante o exposto, torna-se necessário conceituar então o que vem a ser a principiologia da moralidade voltada especialmente para a Administração Pública.

Conforme Hely Lopes Meirelles (1992, pp. 83-84) acentua em sua obra, a moral administrativa nada mais é do que a imposição da retidão na condução da coisa pública, *in verbis*:

[...] Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, [...]. Assim, não terá que decidir somente o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. [...] A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao agente público para sua conduta externa; *a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.* (sublinhou-se)

Outrossim, enquanto Odete Medauar (1993, p. 90) grifa que “o princípio da moralidade administrativa é de difícil ou até impossível expressão verbal, na forma escrita ou oral”, Alexandre de Moraes (2002, p. 312) empresta-lhe o seu conceito para aclarar o tema:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

Seguindo esta trilha, ao explanar ainda acerca dos princípios norteadores da Administração Pública, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, Mauro Roberto Gomes de Mattos (2006, pp. 86-87) traz sua valorosa colaboração:

Moralidade – O princípio da moralidade possui o condão de conduzir o administrador à prática de atos éticos, probos, honestos. O dinheiro público deverá ser tratado como se fosse do próprio agente público, sem sangrias ou excessos de gastos.

A moralidade como gestora dos atos públicos traça caminhos sérios e honestos, requisitos necessários para a tomada do ato público.

Não são tolerados, por esse princípio, a corrupção ou os atos que sejam praticados contra os princípios da economicidade.

A atual Constituição fala em moralidade administrativa, que tal como probidade diz respeito ao desempenho do homem público com honestidade, retidão, honra e ética.

Por outro lado, falando ainda sobre os princípios basilares da Administração, o referido autor (2006, pp. 85) revela-nos a importância deles na seara da probidade administrativa: “Como núcleo de todo o sistema legal, a Constituição possui princípios da Administração como fontes do ordenamento jurídico positivo, que funcionam como imperativos dos atos públicos”.

Por seu turno, em sua obra, Luiz Alberto Ferracini (1999, p. 25) também veio a definir a probidade da seguinte maneira:

O termo probidade é um substantivo feminino, cuja qualidade de probo seria adjetivo de honradez e integridade. Tanto a probidade quanto a moralidade, apesar de termos substantivados, mas totalmente diversos, integram a ciência do (*deve ser*) no sentido de como deve ser o comportamento do administrador público e seus subordinados.

Da definição acima se extrai o seu significado oposto, conforme De Plácido e Silva (1980, pp. 789-799) ensina:

Improbidade revela 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. Improbidade é a qualidade do ímprobo. E ímprobo é o mau moralmente, é o incorreto, o transgressor das regras da lei e da moral.

Nesse mesmo diapasão, Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 51) lecionou com bastante propriedade que

A improbidade administrativa significa o exercício de função, cargo, mandado ou emprego público sem observância dos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência. É o desvirtuamento do exercício público, que tem como fonte a má-fé.

Corroborando com a referida citação, em sua conclusão, Luiz Alberto Ferracini (1999, p. 24) sintetiza o seu entendimento sobre a definição dos atos de improbidade administrativa da maneira seguinte: “Entendemos por ato de improbidade a má qualidade, imoralidade, malícia, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter”.

Resume-se, então, que a improbidade administrativa nada mais é do que a falta de honestidade do agente público no tratamento da *res publica*.

Perfilhando idêntica compreensão, Wallace Paiva Martins Júnior (2002, p. 110), em obra específica sobre o assunto, ressaltou a ética e a honestidade, afirmando o valor da probidade administrativa:

[...] do qual irradiam deveres concretizadores de suas premissas fundamentais visa a assegurar a rígida eficácia social dos princípios da Administração Pública (que não se esgotam nos quatro postulados condicionantes da sua atividade), tendo como base a preservação dos valores éticos fundamentais inerentes à Administração Pública e seus agentes.

Nessa esteira, é certo que, desrespeitando o administrador público, qualquer dos princípios constitucionais orientadores da Administração Pública estará, com tal atitude, praticando o chamado ato de improbidade administrativa, segundo escreve Luiz Alberto Ferracini (1999, p. 59):

De acordo com o princípio da moralidade administrativa, que difere da moral comum por ser jurídica (pois prevista no art. 37 da CF), a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos.

Assim, não basta a vinculação a lei: necessário também adstrir-se a conduta administrativa à moralidade e a persecução do interesse coletivo.

Vê-se, portanto, que a probidade administrativa deve ser vista em um amplo conceito de moral, como a qualidade do administrador público ou de quem lhe fizer as vezes, pois todos devem pautar seus comportamentos sempre de maneira limpa e dignamente, obedecendo aos princípios regentes do Estado brasileiro.

2 Natureza de direito fundamental

O próprio *nomen iuris* da Lei de Improbidade revela que o bem por ela protegido é por excelência a moralidade administrativa, sendo, sobretudo, um patrimônio intangível e considerado fundamental, mesmo não estando incluído no rol de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

Além disso, sabemos que os direitos fundamentais não são somente aqueles previstos no art. 5º e em seus incisos da Constituição Republicana. Para chegar-se a essa conclusão, basta a leitura do § 2º desse mesmo dispositivo.

Portanto, encontramos no texto constitucional vários outros direitos de cunho fundamental tanto de forma expressa como

implícitos em outras passagens da Carta Magna. Chancelando este entendimento, ao mencionar que o art. 5º não estampa um rol taxativo, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2002, p. 91) asseguram:

Ao apontarmos as características acima, constatamos que os direitos fundamentais não são só aqueles enumerados pelo Título II da nossa Constituição, mas todos os que contenham as características apontadas, integrando, ou não, a parte reservada aos direitos fundamentais no texto constitucional.

Aqui, impende destacar que a proteção do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as dimensões possíveis, é incontestavelmente um direito inserto naquela categoria, razão pela qual não deve sofrer abusos por parte do Poder Público, isto é, dos seus agentes públicos, como condição básica da referida digna sobrevivência dos cidadãos.

Porém, isso apenas poderá ser possível com a observância, pelos agentes administradores da coisa pública, dos princípios informadores de toda a atividade estatal, insculpidos no *caput* do art. 37 da CF.

Em face disso, não é errado alegar que a probidade administrativa está voltada para a tutela da dignidade humana, conclui-se pelo caráter de direito fundamental da norma em tela. Mencionada correlação é bem lançada por José Afonso da Silva (1994, p. 571), o qual argumenta que probidade “é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão dos direitos políticos (Art. 37, § 4º)”.

Nesse passo, torna-se digna de referência a oportuna menção da doutrina:

Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico pela chamada corrupção administrativa que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração

Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios. (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 39-40).

Com essas razões, entende-se que a probidade, assim como a moralidade administrativa, é direito de caráter fundamental, porque todo o cidadão tem direito a uma Administração limpa cuidando do patrimônio público.

Nessa balada, anota Paulo Bonavides (2003, p. 627):

Averiguar a existência de valores no ordenamento constitucional ou proclamar a Constituição um sistema e ordem de valores não constitui problema; o problema é estabelecer a hierarquia desses valores, compatibilizá-los na dimensão objetiva, aplicá-los a situações concretas, ao caso jurídico, fazê-los, enfim, exequíveis em toda a sua plenitude, resolvendo ao mesmo tempo as dificuldades teóricas contidas no binômio jurídico: valor e norma.

Sendo assim, partindo-se da premissa de que a probidade administrativa recebeu o *status* de direito fundamental, passa-se ao estudo mais aprofundado, a fim de melhor perquirir o tema proposto.

3 A história da mudança legislativa

Há mais de três anos, no dia 16 de dezembro de 2009, entrou em vigor a Lei Federal n. 12.120, que alterou dois dispositivos específicos da Lei n. 8.429/1992, conhecida por Lei de Improbidade Administrativa.

A principal alteração da novel legislação, objeto especial do presente estudo, mudou a redação do *caput* do art. 12 da Lei, sob a argu-

mentação de consagrar o entendimento acerca da aplicação das sanções que estava sendo dado por parte da jurisprudência e doutrina.

Com a devida vênia, não se revela ser essa a vontade motivadora do surgimento do diploma legal original. Para melhor ilustrar, vejam-se os exatos termos da aludida alteração.

Redação anterior:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, *está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações*: [grifo nosso]

Redação atual:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, *está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato*: [grifo nosso]

Note-se que a mudança acrescentou a expressa previsão de aplicação “isolada ou cumulativa” das sanções previstas nos três incisos do art. 12 da LIA, para cada uma das modalidades de ato ímprobo e “de acordo com a gravidade do fato”.

Todavia, a melhor análise somente é realizada pela interpretação do espírito que guiou o legislador na época de criação da Lei de Improbidade Administrativa, isto é, a vontade da nação brasileira no período histórico de seu nascimento.

De fato, é cediço o entendimento de que a *ratio essendi* (fundamento de existência) de uma lei deve sempre prevalecer, qualquer que seja a interpretação que lhe esteja sendo emprestada.

Essa alegação existe porque, se algum dia uma lei perder a sua fonte de existência, caindo em desuso, a letra da norma morrerá e eventualmente esta deverá ser retirada do ordenamento.

A LIA nasceu para reprimir a corrupção, fenômeno social antigo, que teve seus primórdios talvez no Império Babilônico, em 624 AC², e é bastante conhecido pelo povo brasileiro, porque constantemente estampa os jornais e aparece em noticiários da televisão, causando grande repercussão social.

No caso vertente, a razão de surgimento da Lei persistia e ainda persiste em existir. Vale relembra, para tanto, o maior “escândalo” político, para não usar de outro nome, dos últimos tempos, que ficou conhecido por “Mensalão” e está em julgamento no STF.

Assim sendo, novamente aqui, tem-se que o Texto Constitucional de 1988, em seu art. 37, *caput*, foi indubitavelmente cristalino em determinar os princípios de direito que deveriam ser observados pela Administração Pública e seus agentes no exercício de suas funções, inserindo nesse rol o princípio da moralidade administrativa.

Pouco adiante, no § 4º do citado artigo, a Constituição tratou de afirmar que as condutas que venham a violar os preceitos basilares da Administração Pública não ficarão sem a reprimenda adequada, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

2 Cf. GARCIA, 2008, p. 3.

§ 4º 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.

E assim a história nos remete ao início da década de 1990, quando o Brasil voltava à democracia depois de décadas de um regime militar ditatorial e estava em meio a um cenário de corrupção generalizada no poder público que nos assolava, tendo este momento da história, em consequência, resultado no *impeachment* do presidente Fernando Collor.

Em meio a isso, para combater as mazelas que afligiam o país, visando combater e dar um basta aos maus tratos à coisa pública e à falta de moralidade, punindo com rigor os administradores públicos, surgiu o Projeto de Lei n. 1.446/1991, o qual se tornou a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, denominada “Lei de Improbidade Administrativa”.

Não é sem razão, aliás, que o aludido diploma legal vem ressaltando a aplicação das sanções logo em sua ementa, a saber: “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”.

Contudo, muito embora alguns magistrados tenham aplicado com certa parcimônia a Lei de Improbidade desde a sua vigência, a mais recente alteração introduzida pelo legislador em seu texto acabou ferindo de morte a vontade do povo expressada com sua promulgação. Isso porque se trata de uma verdadeira impropriedade, um retrocesso legislativo, que enfraqueceu o combate aos atos de improbidade e tornou a lei, de certo modo, impotente, não se coadunando com a razão de existir da norma, pois certamente passar-se-á a exigir uma atenuação exacerbada das penas aplicadas

aos agentes públicos e demais beneficiários das empreitadas passíveis de punição (crime e castigo).

Ao deixar ao arbítrio do juiz a conveniência na aplicação das sanções cominadas aos atos ímprobos, o legislador atual permitiu situações absurdamente contrárias, repita-se, ao “espírito inicial da lei”, como, por exemplo, permitiu-se expressamente que os julgadores deixem de aplicar a suspensão dos direitos políticos de um agente público que esteja envolvido em desvios de grande quantia de verba pública destinada a programas sociais. Não apenas isso. Permitiu-se algo muito pior: a geração de um sentimento de impunidade geral perante a sociedade.

Tamanho fora o erro da inovação legislativa, que a gravidade do fato, agora invocada para explicar tal mudança, sempre foi critério de fixação da extensão das reprimendas (parágrafo único, art. 12, da LIA), só que dentro de cada inciso (cada espécie de ato), uma vez que cada um deles prevê objetivamente um tempo mínimo e máximo para suas espécies de pena.

Oportuna, nesse sentido, a citação do magistério especializado:

A razão de ser da sanção não reside no prejuízo a ser causado ao infrator, e sim na necessidade de dissipação da intranquilidade gerada, com a conseqüente restauração da soberania do direito, principal alicerce da segurança que deve reinar nas relações sociais. (GARCIA, 2008, p. 409).

Pode-se assim afirmar, sem embargo, que a cominação cumulada de todas as reprimendas previstas em cada um dos incisos do art. 12 mencionado nunca ofendeu o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, muito pelo contrário, a gradação das condutas (enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação dos princípios administrativos) é o maior e melhor exemplo de que não existe qualquer exagero nas sanções.

4 O espírito da LIA: a vontade popular

Sintetizando em dezessete artigos e um preâmbulo os ideais liberais da primeira fase da Revolução Francesa, nasceu a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que em seu art. 6º já consagrava que

A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer para sua formação, pessoalmente ou através de seus representantes. Ela deve ser a mesma para todos, seja aos que protege, seja aos que pune. Todos os cidadãos sendo iguais aos seus olhos são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção, além de suas virtudes e seus talentos. [grifo nosso].

Nesse diapasão, pode-se afirmar então que a Lei de Improbidade Administrativa, sendo infraconstitucional, foi concebida para dar efetividade ao art. 37, § 4º, da CF, residindo aqui o seu fundamento maior de existência.

É certo, destarte, que a prática de atos de improbidade administrativa acarreta o estabelecimento da punição em que incidirá o ímprobo.

Por isso, não é desarrazoado afirmar que a vontade popular, exteriorizada por meio do texto inicial da LIA, não é compatível com o advento de Lei n. 12.120/2009.

A título de exemplo e para corroborar com tal argumento, temos a chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), que cobra uma reputação ilibada dos pretendentes a cargos políticos no Brasil, uma das espécies de agente público, como condição sem a qual é vedada a postulação do sufrágio popular.

No exemplo citado, a intenção da norma foi a preocupação em proteger a probidade e a moralidade no exercício da função pública pelos mandatários da população. As vozes das ruas foram

finalmente ouvidas, pois o povo mostrava-se inconformado e desgastado com tamanhos episódios de corrupção na casta política, tais como os mensalões, o dinheiro viajando na “bagagem da impunidade”, entre tantos outros tão ou até mais lamentáveis acontecimentos, sobretudo, em meio a uma desabalada busca pela almejada honestidade administrativa.

A sociedade brasileira então exerceu o direito constitucional de apresentar projetos de lei, por meio da iniciativa popular, com mais de 1,3 milhões de assinaturas do eleitorado, resultado de uma campanha cívica que mobilizou as mais variadas entidades por todo o país, entre elas destacando-se os trabalhos do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), da CNBB e da OAB.

Não obstante, não é difícil dizer que a motivação desencadeadora da aclamada Lei da Ficha Limpa é a mesma que fundou o nascimento da Lei de Improbidade em 1992.

Assim, neste ano de 2012, muitas pessoas vivenciarão a validade da Lei da Ficha Limpa, que tem como finalidade moralizar os poderes legislativo e executivo e, segundo o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral decidiu, irá começar a valer nas eleições de outubro. Na oportunidade, o presidente do Tribunal, o Ministro Ricardo Lewandowski, com muito louvor sustentou: “Esta lei homenageia um princípio que representa a própria base do princípio republicano, que é a moralidade no âmbito administrativo”³, novamente citando a moralidade administrativa como pilastra do nosso Estado.

Nesse contexto, emerge a imprescindibilidade da interpretação legal. A interpretação é da essência da própria norma, que, não

3 Notícia “Lei da Ficha Limpa vale para este ano, decide TSE”. Disponível no endereço eletrônico: <<http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/node/10828>> Acesso em: 28 ago. 2010.

raras vezes, enseja diversos sentidos, pois todos os operadores do Direito fazem as suas compreensões da norma. Assim, a hermenêutica é uma ciência presente, mesmo quando não se nota.

Variados são os métodos pensados, defendidos e usados para a interpretação das leis, principalmente pelos seus principais intérpretes, os juízes. São estes alguns dos tipos de interpretação: literal ou gramática; lógico-sistemático; teleológica etc.

Após analisá-los, Miguel Reale (1998, p. 293) deduziu o seguinte:

- a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na consciência axiológica (valorativa) do Direito;
- b) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada;
- c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.

E concluiu ainda o autor (1998, p. 294) que, ao interpretar a lei, o intérprete pode oferecer-lhe:

[...] *uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador*, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então pela sua compreensão a luz de novas valorações emergentes no processo histórico. [grifo nosso].

Disso, ressalta-se o caráter criador da própria hermenêutica jurídica, onde o julgador confere à norma o significado que melhor revele os valores do Direito e, por lógico, da moral, porém nunca se afastando da intenção do legislador (interpretação teleológica), da substância da lei.

E é inegável que, ou movidos por interesses desconhecidos ou ainda desviados da sua precípua função sancionatória, intérpretes da LIA dão a ela, às vezes, significados que não condizem com a sua essência, ou seja, surgem interpretações imorais, imoralidade

esta que acaba por gerar consequências não desejadas pelo legislador originário.

Destarte, a hermenêutica jurídica é inseparável da moral, que deve guiar os órgãos jurisdicionais na busca pela interpretação da lei, a fim de que dela extraia sua real razão de existir, interpretando-a sistematicamente com a Constituição Federal de 1988.

5 Sanções concorrentes

A letra da Lei de Improbidade Administrativa é bastante clara. Não há, assim, espaço para dúvidas de que o efetivo combate à improbidade administrativa está intimamente atrelado à aplicação das penas cominadas pela norma jurídica.

Com isso, correto é dizer que, quanto menor for a esfera jurídica do ímprobo atingida pela condenação, maiores serão as chances de que outros atos venham a ser perpetrados contra a Administração.

Sempre tratou o art. 12, em seu *caput* original, de uma autorização quantitativa e não qualitativa aos órgãos judiciais, porque o trato da *res publica* em geral, como alhures ressaltada, não comporta valoração.

Portanto, a melhor interpretação que o texto em questão apresenta, segundo a abalizada doutrina⁴, é a seguinte:

Regulamentando o preceito constitucional, estabelece o art. 12 da Lei n. 8.429/1992, em cada um de seus três incisos, as sanções que serão aplicadas às diferentes formas de improbidade, elenco este que se encontra previsto de *forma aglutinada*, separado por vírgulas e cuja última sanção cominada foi unida pela conjuntiva 'e'. [grifo nosso]

4 Cf. GARCIA, 2008, p. 385.

Prosseguindo, os mesmos doutrinadores explicam e reafirmam⁵:

Em razão de tal técnica legislativa, *inclinamo-nos, como regra geral, pela imperativa cumulatividade das sanções, restando ao órgão jurisdicional a discricionariedade de delimitar aquelas cuja previsão foi posta em termos relativos, quais sejam: a) suspensão dos direitos políticos – 8 (oito) a 10 (dez) anos, inc. I/ 5 (cinco) a 8 (oito) anos, inc. II/ 3 (três) a 5 (cinco) anos, inc. III; e b) multa civil – até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial, inc. I/ até 2 (duas) vezes o valor do dano, inc. II/ até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, inc. III. [grifo nosso].*

Não bastasse isso, pela interpretação gramatical do texto da LIA, a redação do diploma não traz a conjunção alternativa “ou” na cominação das sanções, por isso nunca caberia ao judiciário deixar de impor as penas estabelecidas nos incisos da Lei de maneira concorrente, conforme expressa previsão do § 4º do art. 37 da Carta Magna. De se observar, neste ponto, que não existe espaço para a discricionariedade na hermenêutica do dispositivo.

Ressalta-se, por lógico, ser desnecessário explicar que a observação do parágrafo único do aludido art. 12 diz respeito a algumas circunstâncias bem peculiares, conforme exemplifica Waldo Fazzio Júnior (2003, p. 263):

Releva notar, no entanto, que as sanções de ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público e perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, conforme da própria redação dos incisos do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, somente serão passíveis de aplicação em estando presentes os pressupostos fáticos que as legitimam, quais sejam, o dano ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito.

5 Cf. GARCIA, 2008, p. 385

Igual raciocínio serve para anotar que não se deve impor a perda da função pública ao terceiro beneficiado por ato não possuidor de vínculo jurídico com a Administração Pública e assim por diante.

Tais conclusões decorrem da necessidade de efetivação do sistema repressivo (mecanismos de garantia do direito), que assim exterioriza a vontade dos cidadãos brasileiros, impedindo-se, ademais, que os ímprobos criem novas relações com o poder público durante determinado lapso temporal.

Daí a causa do inegável caráter preventivo das sanções previstas na Lei de Improbidade, uma vez que, quanto maiores forem os danos do agente, maior será o desestímulo à observância da lei e moral administrativa.

É nesse mesmo viés que a doutrina⁶ preleciona:

Repita-se, uma vez mais, que é absolutamente inútil a cominação de severas sanções se os mecanismos de controle e de execução são ineficazes. O temor que reduzirá o ímpeto do agente para a prática do ilícito surge a partir da constatação de que uma sanção será inevitavelmente aplicada. Ao revés, não obstante a cominação legal, havendo certeza de que a sanção não se efetivará, o temor se transmuda em estímulo, em muito enfraquecendo os freios inibitórios do agente.

Além do aspecto preventivo, a sensação de efetividade das sanções terá como sucedâneo a lenta e paulatina diminuição dos próprios custos com os mecanismos de controle, pois, na medida em que se difunde a repulsa à ilicitude, em menor número serão aqueles que se aventurarão à sua prática.

E mais. A interpretação conforme a Constituição visa equilibrar os poderes do Estado, tutelar os direitos fundamentais expressados na proibidade administrativa e obstar o livre arbítrio

6 Cf. GARCIA, 2008, p. 19.

do julgador quando do apenamento, tendo em vista que a norma constitucional delineou as reprimendas, fazendo-o, mais uma vez, de maneira aditiva, em vez de alternativa.

O Superior Tribunal de Justiça, confirmando a cumulatividade das sanções, certa vez manifestou-se da seguinte maneira:

Ementa: ação civil pública- recurso especial - inversão do ônus de provar o alegado na inicial - julgamento *ultra e extra petita* - inexistência- recurso improvido.

- A convicção do juiz resulta do exame feito, sobre o conjunto probatório, sem indagar a quem competiria o *onus probandi*, como determina o art. 332 do CPC.

- *Não há julgamento ultra ou extra petita, o juiz acrescenta à condenação do responsável pelo ato de improbidade as penas cominadas pelo Art. 12. inciso III, da Lei n. 8.429/1992*⁷. [grifo nosso]

Por sua vez, a Corte Suprema já decidiu de forma semelhante:

Ementa: agravos regimentais no recurso extraordinário. Improbidade administrativa. Multa civil. Artigo 12, III, da Lei n. 8.429/1992. *As sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei n. 8.429/1992 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Agravos regimentais a que se nega provimento*⁸. [grifo nosso]

Dessa feita, malgrado o posicionamento adotado atualmente na lei, porque deixou a critério dos magistrados a aplicação do anseio do legislador originário, possibilitando um verdadeiro retrocesso que permite, muitas vezes, que o rigor da lei seja maquiado, sob argumentações fictícias de que não há indícios suficientes de desonestidade ou má-fé, por exemplo.

7 REsp n. 324.282 - MT (2001/0064720-2). 1ª Turma. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. Data do julgamento: 5 fev. 2002. DJ de 1 abr. 2002.

8 RE 598588 AgR, Relator Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 15 dez. 2009, DJe - 035 Divulgação: 25 fev. 2010. Publicação: 26 fev. 2010.

Realmente, isso somente desestimula a propositura das ações civis públicas por atos de improbidade administrativa, vale dizer, ofende a legislação na medida em que colide com o espírito que motivou sua criação.

Se assim fosse a verdade, a razão jurídica da Lei de Improbidade Administrativa, ou seja, os preceitos protegidos pela norma, que são os princípios administrativos incrustados na Constituição, deixaria de existir.

Em lição lapidar, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 748) averbou a importância de se protegerem os princípios:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. [destacou-se]

Pelo exposto, resta evidente que os valores fundamentais protegidos pelo nosso sistema jurídico, embora sejam proposições normativas básicas e gerais, orientam e condicionam a efetiva aplicação do Direito.

Reforça esse argumento a decisão do Tribunal da Cidadania, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, inclusive posterior à alteração questionada, na qual afastou a aplicação do princípio da insignificância, reconhecendo-se o ato de improbidade administrativa. Transcreve-se parcialmente:

Ementa: Processual civil. Ação civil pública. Princípio da moralidade administrativa. Improbidade administrativa. Mera irregularidade administrativa. Princípio da insignificância. Distinção entre juízo de improbidade da conduta e juízo de dosimetria da sanção.

[...]

8. Como o seu próprio *nomen iuris* indica, a Lei n. 8.429/1992 tem na *moralidade administrativa* o bem jurídico protegido por excelência, valor abstrato e intangível, nem sempre reduzido ou reduzível à moeda corrente.

9. A conduta ímproba não é apenas aquela que causa dano financeiro ao Erário. Se assim fosse, a Lei da Improbidade Administrativa se resumiria ao art. 10, emparedados e esvaziados de sentido, por essa ótica, os arts. 9º e 11. Logo, sobretudo no campo dos princípios administrativos, não há como aplicar a lei com calculadora na mão, tudo expressando, ou querendo expressar, na forma de reais e centavos.

10. A insatisfação dos eminentes julgadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o resultado do *juízo de dosimetria da sanção*, efetuado pela sentença, levou-os, em momento inoportuno (isto é, após eles mesmos reconhecerem implicitamente a improbidade), a invalidar ou tornar sem efeito o próprio *juízo de improbidade da conduta*, um equívoco nos planos técnico, lógico e jurídico.

11. A Quinta Turma do STJ, em relação a crime de responsabilidade, já se pronunciou no sentido de que “deve ser afastada a aplicação do princípio da insignificância, não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral.” (REsp 769317/AL, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 27/3/2006). Ora, se é assim no campo penal, com maior razão no universo da Lei de Improbidade Administrativa, que tem caráter civil.

[...]º [grifo nosso]

Ora, se a insignificância não pode ser aplicada como parâmetro para os atos de improbidade, por via de consequência, as sanções cominadas na lei também não podem deixar de ser aplicadas em conjunto, porque essa era a vontade primordial do legislador.

9 REsp n. 892.818 - RS (2006/0219182-6). 2ª Turma. Relator Min. Herman Benjamin. Data do julgamento: 11 de novembro de 2008. DJ de 10 fev. 2010.

A essa altura, mister repisar que a facultatividade ao intérprete da lei acerca de quais sanções devem ser aplicadas, com base no princípio de proporcionalidade, colide frontalmente com os mandamentos constitucionais do § 4º, art. 37, embutido no dispositivo pelo constituinte originário.

É, igualmente, nítida a proporcionalidade emprestada aos diversos tipos de atos ímprobos e suas sanções correspondentes previstas no art. 12, como se observa do inciso I, aplicável aos atos tipificados no art. 9º; do inciso II, aplicável aos atos tipificados no art. 10; e do inciso III, aplicável no art. 11.

Mais uma vez, valendo-se da melhor interpretação do dispositivo constitucional (CF/88, art. 37, § 4º), bem como da lei que o regulamenta (Lei n. 8.429/1992), evidente é que a escolha das sanções pelo intérprete da lei é eivada de inconstitucionalidade.

Nesse particular, por se encaixar com a precitada tese, colhe-se o seguinte pronunciamento doutrinário:

Ainda como consequência do parágrafo único do art. 12, cujo destinatário é o juiz, não está a permitir que, na fixação das penas nele referida, possa optar, discricionariamente, pela aplicação de uma ou outra sanção, excluindo, por exemplo, a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos. A única discricionariedade ali permitida ao magistrado é quantitativa, não qualitativa (ALVARENGA, 2001, p. 90).

Dessume-se, enfim, como pretendeu o legislador constituinte e infraconstitucional originários, que qualquer atentado contra a probidade administrativa deve ser penalizado com a sanção integral, que no caso concreto nada impedirá de ser aplicada em sua fração mínima e possível. Porém, todas as modalidades devem ser incluídas concomitantemente na condenação, o que não deixa de respeitar a proporcionalidade.

Ademais, diante das razões consideradas, não há como se justificar a alteração legislativa quanto às sanções dos atos de improbidade administrativa, em verdade por sua característica fundamental e essencial.

6 Conclusões

A moral é condição *sine qua non* os direitos fundamentais na sociedade não prevaleceriam, devendo assim acompanhar a conduta de todos e ainda mais a dos agentes públicos que tratam da gestão da coisa pública e que têm o dever de zelar pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

A mitigação pela alteração introduzida pela Lei n. 12.120/2009 não passou de um ledor engano do legislador.

Com efeito, nunca se quis a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para eleger quais as sanções correspondentes para a prática de cada ato ímprobo, mas tão somente para quantificá-las, prescrição esta de ordem constitucional.

Para revelar a impossibilidade de se admitir a atual exegese ao art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, no estudo da probidade administrativa como direito fundamental assim como do princípio da moralidade, conclui-se pela inconstitucionalidade da flexibilização na aplicação das sanções pela prática de atos de improbidade administrativa.

Tal alteração normativa é equivocada e, inclusive, pode ser considerada ela própria como ímproba, porque o sistema repressivo de punição aos atos de improbidade administrativa – na Constituição e na Lei – nunca poderia ser interpretado contrariamente ao espírito do legislador originário.

A probidade administrativa, para o nosso ordenamento jurídico, ostenta caráter fundamental, o que lhe assegura a aplicabilidade imediata por sua lei regulamentadora, qual seja, a LIA.

No mesmo viés, as sanções já anteriormente previstas no texto constitucional são cumulativas, uma vez que não se lhe extraiu – e nem o poderia, sob pena de eivar-se de inconstitucionalidade – a conjunção aditiva “e”, inserta no dispositivo pelo legislador constituinte originário.

Diante de tudo quanto foi exposto, configura um absurdo pensar em facultar ao intérprete da lei – o juiz – a liberalidade de quais reprimendas deve ele aplicar, com fulcro em critérios eminentemente subjetivos.

Ademais, o sistema jurídico brasileiro adotou uma série de princípios norteadores da atividade administrativa, os quais devem ser aplicados a todos que, direta ou indiretamente, os violem, sendo devidamente responsabilizados civil, administrativa e penalmente, se for a hipótese.

Os princípios previstos no texto constitucional levados a efeito, devem ser observados pelos agentes públicos em sua atuação administrativa, pois não se pode aceitar a prática de atos atentatórios à moralidade. A Lei de Improbidade Administrativa veio como corolário dos preceitos trazidos na Constituição, instituindo regras que definem os atos de improbidade, prevendo-lhes as sanções respectivas ao grau da ofensa.

Portanto, resta agora somente exigir o cumprimento do dispositivo legal original, pleiteando, inclusive, a inconstitucionalidade da alteração legislativa em comento, a fim de que as condutas dos administradores ímprobos sejam, de forma efetiva, combatidas para a concretização do interesse público maior.

Referências

ALVARENGA, Aristides Junqueira. *Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro*. Artigo publicado na obra *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm> Acesso em: 19 jun. 2010.

BRASIL. *Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8.429.htm> Acesso em: 20 jun. 2010.

BRASIL. *Lei n. 12.120, de 15 de dezembro de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12120.htm#art1> Acesso em: 20 jun. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende. *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

D'ANGELO, Suzi; D'ANGELO, Élcio. *O princípio da probidade administrativa e a atuação do Ministério Público: atualizado de acordo com a lei n. 10.618, de 24 de dezembro de 2002*. Campinas: LZN Editora, 2003.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRACINI, Luiz Alberto. *Improbidade administrativa: teoria, jurisprudência e prática*. 2. ed. rev. e amp. Campinas: Agá Juris, 1999.

FONSECA, Claudia De Oliveira. *O princípio da moralidade na administração pública e a improbidade administrativa*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 53, 31/05/2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2900>. Acesso em: 2 set. 2010.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Genesis, 1993.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCIA, Emerson. *A improbidade administrativa e sua sistematização*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto649.htm>> Acesso em: 18 dez. 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei n. 8.429/1992*. 3. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo, Campinas: Malheiros Editores, 1992.

MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa – aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 1º set. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*: precedido de discurso sobre as ciências e as artes. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.