

OS VINTE ANOS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, Advogado especializado em Direito Administrativo, Vice Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Público (Capítulo Brasileiro) – IADP; Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social; Membro do IFA – International Fiscal Association; Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social; Co-Coordenador da Revista Ibero-Americana de Direito Público – RIADP (Órgão de Divulgação Oficial do IADP); Autor dos Livros “Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada”, 6ª ed., Ed. Impetus, 2012; Tratado de Direito Administrativo Disciplinar, 2ª ed., Forense, 2010; “O Limite da Improbidade Administrativa – O Direito dos Administrados dentro da Lei n.º 8.429/92” – 5ª edição, ed. Forense – 2010; “O Contrato Administrativo”, 2ª ed., ed. América Jurídica, 2002; “Licitação e seus Princípios na Jurisprudência, ed. Lumen Juris, 1999; “Compêndio de Direito Administrativo - Servidor Público, ed. Forense, 1998, dentre outras obras.

A Lei de Improbidade Administrativa nasceu do Projeto de Lei n.º 1.446/91, enviado pelo então Presidente Fernando Collor de Mello, que necessitava dar um basta à onda de corrupção que assolava o País naquela época.

Sob o rótulo da moralidade, o Ministro de Estado da Justiça, Jarbas Passarinho,¹ do citado governo, deixou registrado em sua Exposição de Motivos que o combate à corrupção era necessário, pois se trata de “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País”.

Sempre foi uma cultura nefasta em nosso país, como nos países da América do Sul, ver os homens públicos rompendo a coletividade pelos seus maus tratos à coisa pública. Ora, a corrupção atrasou muitos povos do nosso continente, que obtiveram dos políticos o retrocesso e a conduta desleal, em vez de zelarem pela boa e pura intenção dos seus atos.

¹ DO de 17.08.1991, Seção I, p. 14.124.

Portanto, a Lei de Improbidade veio ao cenário jurídico com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública, regulamentando o disposto no artigo 39, § 4º da Constituição Federal.

Todavia, como a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no manejo indiscriminado de ações de improbidade administrativa para que não seja enfraquecida e se torne impotente, pelo excesso da sua utilização, para os casos que não comportem o devido enquadramento.

Isso porque o comando legal em questão (Lei n.º 8.429/92) se preocupou apenas em definir os três tipos da improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11), sem, contudo, definir o que venha a ser ato ímprobo.

Ao deixar de definir o conteúdo jurídico do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, a Lei n.º 8.429/92 permitiu ao intérprete uma utilização ampla da ação de improbidade administrativa, gerando grandes equívocos, pois possibilitou que atos administrativos ilegais, instituídos sem má-fé, ou sem prejuízo ao ente público fossem confundidos com os tipos previstos na presente lei (enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação aos bons princípios da Administração Pública).

Tal equívoco, como dito, é fruto da falta de uma definição jurídica do ato de improbidade administrativa (núcleo do tipo), apresentando-se, portanto, como norma de conteúdo incompleto.

A lei em questão se assemelha à norma penal em branco, por possuir conteúdo incompleto² e cujo “aperfeiçoamento” fica por conta de quem interpreta a lei de improbidade administrativa.

² A norma legal só gera consequência jurídica quando ela é clara e precisa, ou é conectada com outro comando legal a fim de ter eficácia. Por isso, Fábio Konder Comparato, esclareceu: “A lei em branco, muito ao contrário, apresenta-se como forma de conteúdo incompleto, e cujo aperfeiçoamento só é alcançado mediante reenvio a outro diploma normativo, já existente ou a ser futuramente editado” (COMPARATO, Fábio Konder. “Lei penal em branco: inconstitucionalidade de sua integração por norma de nível infralegal – os crimes de perigo são crimes de resultado”, in *Direito público, estudos e pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 269.

O dever de identificar com clareza e precisão os elementos definidores do ato de improbidade administrativa competia à Lei n.º 8.429/92, que preferiu se omitir sobre tal questão, fixando apenas os seus três tipos. Ou seja, não há a definição do núcleo do tipo do ato ímprobo, pois parte a Lei de Improbidade Administrativa de seus três tipos sem se preocupar com a definição do ato ímprobo.

A acusação, desatenta, desatrelada de um mínimo de plausibilidade jurídica, é possibilitada pelo caráter aberto da norma *sub oculis*.

Tal qual o ato de tipificação penal, era dever indelegável da Lei n.º 8.429/92 identificar com clareza e precisão os elementos definidores da conduta de improbidade administrativa, para, após, fixar os seus tipos.

A definição de improbidade administrativa não pode ser um “cheque em branco” ou ato de prepotência do membro do Ministério Público, pois a segurança jurídica que permeia um Estado Democrático de Direito como o nosso não permite essa indefinição jurídica.

Perfeita foi a síntese do Ministro Celso de Mello em seu voto de Relator, pelo Plenário da Excelsa Corte, no processo de Extradicação nº. 633:³ “O ato de tipificação penal *impõe* ao Estado o *dever* de identificar, *com clareza e precisão*, os elementos definidores da conduta delituosa. As normas de incriminação que desatendem essa exigência de objetividade – além de descumprirem a *função de garantia* que é inerente ao tipo penal – qualificam-se como expressão de um discurso normativo absoluto incompatível com a essência mesma dos princípios que estruturam o sistema penal no contexto dos regimes democráticos” (*g.n.*).

Mesmo focando o aspecto penal, o princípio pode ser aplicado subsidiariamente à lei em comento, pois uma norma penal em branco é tida como “um corpo errante sem alma”, assemelhando-se à Lei de Improbidade Administrativa que deixou de estabelecer, com clareza e precisão a definição jurídica da conduta ímproba, ficando a mesma sem conteúdo descritivo.

³ STF, Rel. Min. Celso de Mello, Ext. nº 633/CH, Pleno, DJ de 06.04.2001, p. 67.

Mais uma vez, louvando-se nas colocações do Min. Celso de Mello⁴ extrai-se: “O reconhecimento da possibilidade de instituição de estruturas típicas flexíveis não confere ao Estado o poder de construir figuras penais com utilização, pelo legislador, de expressões ambíguas, vagas, imprecisas e indefinidas. É que o regime de indeterminação do tipo penal implica, em última análise, a própria subversão do postulado constitucional da reserva de lei, daí resultando como efeito consequencial imediato, o gravíssimo comprometimento do sistema das liberdades públicas.”

A norma em branco é aplicada ao direito administrativo, pois o princípio da tipicidade retira a subjetividade do intérprete, em homenagem ao princípio da legalidade.

Não resta dúvida que o princípio da reserva legal (art. 5º, II, da CF) impede que a Administração Pública se utilize de uma norma incompleta para punir. É necessário, nesses casos, a integração de outra norma legal, para evitar sanções injustas.

Contudo, após 20 (vinte) anos de promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, se verifica que citada falha legislativa, qual seja, a do texto legal não descrever com precisão e clareza o núcleo do tipo do ato ímprobo possibilitou muitas distorções na aplicação da Lei n.º 8.429/92, com o manejo de inúmeras ações natimortas.

Não resta dúvida que distorções foram verificadas pela má utilização do texto legal em questão no curso dos anos, o que possibilitou uma série de injustiças contra o homem público de bem, alçando ilegalmente a condição de possível ímprobo.

Por essa razão, o Ministério Público passou a utilizar-se da via da ação de improbidade administrativa para todos os casos possíveis e imagináveis, inclusive os que não violavam os deveres de honestidade e de imoralidade por parte dos agentes públicos.

Inúmeras disparidades foram verificadas no curso dos anos, levando o Superior Tribunal de Justiça – STJ em 1999, pelo REsp n.º 213.994-0/MG, 1ª Turma, Relator Min. Garcia Vieira (DOU de 27.09.1999) a fixar o entendimento de que a Lei n.º

⁴ *Idem.*

8.429/92, “alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado.”

A partir deste momento, onde a mais alta Corte em matéria infraconstitucional, estabeleceu limites para a irresponsável utilização da ação de improbidade administrativa, e, consciente da fragilidade do texto legal, foi a vez do Poder Executivo editar a Medida Provisória n.º 2.180-35, de 2001, que trouxe ao corpo a Lei n.º 8.429/2 importantes determinações, sempre com o objetivo de neutralizar o uso abusivo da respectiva ação.

Dessa forma, foi inserido no presente contexto do artigo 17, da Lei n.º 8.429/2, os parágrafos 5º até 12, que versam sobre as seguintes situações jurídicas.

“§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação.

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.

§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, *caput* e § 1º, do Código de Processo Penal.”

Com a inserção dos §§ 5º até o 12, do artigo 17, da Lei n.º 8.429/92, houve um melhor controle por parte do Poder Judiciário sobre o ajuizamento das ações de improbidade administrativa, que passaram a se submeter a determinadas condições para o seu exercício.

Uma delas, e de sua importância, foi a exigência da ação ser instruída com documentos ou justificações que contenham, mesmo que em tese, indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa, porquanto a parte autora passou a ser obrigada a fazer a devida filtragem legal antes de sair propondo demandas temerárias (§ 5º, do art. 17, da Lei n.º 8.429/92).

Da mesma forma, passou a ser obrigatória a manifestação inicial do requerido, antes de ser recebida a ação de improbidade administrativa, que poderá ser instruída com documentos ou justificações, no prazo de 15 (quinze) dias, possibilitando ao acusado apresentar argumentos (§ 7º, do artigo 17, da Lei n.º 8.429/92) que convençam ao magistrado da inexistência do ato de improbidade, da improcedência ou da inadequação da via eleita, com a finalidade de rejeição da ação (§ 8º, do artigo 17, da Lei n.º 8.429/92), antes de ser citado como Réu.

Não resta dúvida que tais determinações legais foram de grande importância para a fiel aplicação da Lei n.º 8.429/92.

Outra situação de relevância foi a oportunidade do Réu, em qualquer fase do processo, possa requerer a extinção da ação sem julgamento do mérito, por inadequação da ação de improbidade administrativa (§ 11, do artigo 17, da Lei n.º 8.429/92), eliminando a espera pelo término da longa tramitação da ação de improbidade administrativa.

Esses ajustes na Lei n.º 8.429/92, no curso de seus 20 (vinte) anos de existência, foram necessários para torná-la menos vulnerável a sua utilização irresponsável, apesar de ainda ser verificado, em algumas situações jurídicas, o manejo de ações temerárias ou

com fins “políticos”, com a finalidade de se desestabilizar ou desqualificar determinado agente público, mesmo que ele não tenha praticado ato ímprobo, nem em tese.

Deveria ser também preenchida pela Medida Provisória n.º 2.225-45/2001 a lacuna sobre a necessidade de estabelecer critérios jurídicos sobre o núcleo do ato de improbidade administrativa.

Após o transcurso desses 20 (vinte) anos da promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, na vigência da Medida Provisória n.º 2.225-45/2001, se constata uma maior preocupação do Poder Judiciário com o ajuizamento das ações de improbidade administrativa temerárias, visto que para a caracterização do ato ímprobo, como de regra, exige-se o elemento subjetivo doloso nos tipos descritos no art. 9º (enriquecimento ilícito) e no art. 11 (violação aos bons princípios da Administração Pública), ambos da Lei n.º 8.429/92.

Não resta dúvida que é um grande avanço a exigência do dolo como forma de subsumir a conduta do agente público ao ato de improbidade administrativa no tipo descrito no artigo 11, visto que o objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador público desonesto e não o inábil⁵ ou incompetente.

Com isso, é voz assente no STJ que o ato administrativo ilegal somente adquire status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere um dos tipos descritos

⁵ “Recurso Especial. Administrativo. Ação de Improbidade Administrativa. Lei 8.429/92. Ausência de dolo. Improcedência da ação. 1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa. 2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade. 3. É que “o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.” (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em “O Limite da Improbidade Administrativa”, Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). “A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto” (Alexandre de Moraes, in “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”, Atlas, 2002, p. 2.611). “De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado” (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999).” (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 15.5.2006) 4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em 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. 5. Recurso especial provido.” (STJ, Rel. Min. Luiz Fux, REsp n.º 734984/SP, 1ª T., DJ de 16.06.2008).

na Lei n.º 8.429/92, coadjuvados pela má fé do agente público. Nos casos do enriquecimento ilícito e também na violação de princípios constitucionais da boa administração pública, o elemento subjetivo do tipo é o dolo.

Já no ressarcimento ao erário, fruto de prejuízo, a que alude o tipo descrito no artigo 10, da Lei n.º 8.429/92, apesar do respectivo *caput* igualar a figura jurídica do dolo e da culpa, para fins de responsabilidade na Lei de Improbidade Administrativa, a culpa não se presume, não sendo aceita a figura da responsabilidade objetiva, visto que a mesma decorre de ação ou de omissão (responsabilidade subjetiva).

O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa,⁶ tendo em vista que ela se resume em uma imoralidade qualificada.

A má-fé deve ser identificada, pois do contrário haverá atipicidade de conduta, tendo em vista que a boa fé é a antítese do ato imoral e devasso.

Esses ajustes jurisprudenciais em conjunto com a Medida Provisória n.º 2.225-45/2001 são responsáveis pelo aperfeiçoamento da Lei n.º 8.429/92, que apesar de possuir os seus comandos legais abertos, possibilitando uma injusta e indevida persecução estatal contra o agente público de bem, criou mecanismos que filtram o uso desmedido da ação de improbidade administrativa, em prol da estabilidade e da segurança jurídica.

Se de um lado o constituinte preconizou pelo combate a improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF), de outro ele resguarda direitos fundamentais dos indivíduos de não serem molestados em suas honras subjetivas e objetivas, salvo por uma causa jurídica legítima.

A preocupação com a honra, imagem e reputação, passou a ser direito fundamental da pessoa humana, somente sendo permitido relativar-se tais valores, por um justo motivo.

Mesmo a Lei de Improbidade Administrativa regulamentando o art. 37, § 4º, da CF, combatendo a imoralidade qualificada e os danos causados ao erário, é importante que

⁶ STJ, Rel. Min. Luiz Fux, REsp nº 1023904/RJ, 1ª T., DJ de 03.08.2010.

se tenha como fundamental que a sua utilização não pode ser um “cheque em branco” a ser preenchido como bem aprouver à Administração Pública ou o Ministério Público, que possuem o dever de utilizarem a jurisdição de forma leal e responsável.

Nos vinte anos de vigência, a Lei n.º 8.429/92 resultou, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ até março deste ano, em 4.893 condenações nos Tribunais de Justiça dos Estados e 627 nos Tribunais Regionais Federais.

Apesar dos números não serem excessivos, é de se destacar que com a grande quantidade de recursos, os processos se arrastam por muitos anos nas Corte Superiores.

Mas, esses dados estatísticos demonstram que ocorrem condenações expressivas na vigência da Lei de Improbidade Administrativa, deixando de lado a falta idéia de impunidade para aqueles agentes públicos ímprobos que lesam o erário e desrespeitam suas delegações institucionais.

Se por um lado essas condenações possuem o condão de inibir a prática de futuros atos de improbidade, elas comprovam que o Poder Judiciário se preocupa não com os dados estatísticos, mas sim com a fiel aplicação da Lei n.º 8.429/92.

Por essa razão, somos da opinião que apesar da Lei de Improbidade Administrativa sofrer da grande falha de não descrever o núcleo do tipo do ato ímprobo, ela vem sendo aplicada pelos Tribunais, dosada pelas regras da razoabilidade e da proporcionalidade, afim de que exteriorize os princípios mais lúdicos de direito e de justiça.

Se de um lado a sociedade espera que o ímprobo seja punido, por outro lado ela também confia que o inocente não será indevidamente condenado e muito menos alçado a situação de ser investigado ilegitimamente, por não haver, nem em tese, vestígios da prática do ato de improbidade administrativa.

Essa luta entre a pseudo impunidade e a injustiça ou abusiva acusação de prática de ato de improbidade administrativa, faz com que o intérprete e o aplicador da lei, utilizem-se de critérios objetivos para fixação de seus convencimentos, com a finalidade de ser

exteriorizado o combate a corrupção e ao ato ímprobo sem que ocorram excessos ou abusos do direito de acusação.

Nesses anos que ainda virão, espera-se o uso adequado da Lei n.º 8.429/92, para que o agente ímprobo não fique sem a devida punição e o inocente não responda por uma injusta e abusiva imputação.