

MORALIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Márcia Cristina Nogueira Ciampaglia¹

Moralidade e improbidade administrativa

Introdução

O Estado Constitucional Democrático de Direito caracteriza-se pela submissão do Estado ao Direito.

O Direito, compreendido como um sistema harmônico de normas (regras e princípios) impostas coativamente, delimita o poder do Estado através de uma Lei superior, fruto da vontade popular.

Nesse sentido, o artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, dispôs de forma expressa, estar a Administração Pública submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Embora a atuação pautada pela moralidade já fosse reconhecida pela doutrina administrativa, como dever de todo administrador², a sua inserção na Constituição de 1988, a elevou a categoria dos princípios constitucionais expressos condicionando a validade do exercício da função administrativa à sua observância, na medida em que o artigo 5º, inciso LXXIII elenca entre os atos passíveis de anulação mediante ação popular, aqueles contrários à moralidade administrativa.

A Constituição também contém vários dispositivos (art. 14, § 9º, art. 15, V; art. 37, §4º; art. 85, V) que mencionam as expressões probidade e improbidade, considerando mais graves os atos que atentem contra a probidade, uma vez que não são apenas inválidos, mas ensejam a aplicação aos seus autores de sanções mais severas, como perda e suspensão de direito políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, além de configurar crime de responsabilidade do Presidente da República.

¹ Professora do Curso de Direito, no Centro Universitário Padre Anchieta (UNIANCHIETA)

² Cammarosano, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.66

A positivação destes conceitos demonstra uma preocupação da sociedade com a crescente onda de corrupção, abuso de poder, além de outros fatos que desvirtuam a legítima função do administrador público.

Assim, como se tratam de conceitos de conteúdo indeterminado e algumas vezes utilizados, de forma equivocada, como sinônimas, e tendo em vista sua importância como instrumentos de controle da Administração Pública, torna-se necessário sua delimitação.

A moralidade administrativa

O princípio da moralidade referido na Constituição Federal diz respeito à moral juridicizada e não à moral comum.

Nesse sentido, afirma Márcio Cammarosano que “tendo em vista de um lado o primado da segurança jurídica, postulado fundamental do nosso Estado Democrático de Direito, que reclama predeterminação formal das normas jurídicas, e de outro a relatividade da Moral, o princípio da moralidade não está referido à moral comum”³.

Desta forma, ao interpretar um texto jurídico, o intérprete deve fazê-lo de acordo com os valores compreendidos no direito positivo e não de acordo com uma idéia pessoal ou universal de justiça⁴.

Então, numa primeira delimitação do conceito de moralidade administrativa destaca-se que este se refere a valores que embora extraídos do comportamento humano foram especialmente selecionados e positivados pelo Direito.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à autonomia do princípio da moralidade.

Marcio Cammarosano sustenta inexistir tal autonomia e justifica dizendo que “para que pudesse ser considerado autônomo seria preciso que pudessemos dar um exemplo de ato administrativo que comportasse invalidação com a só invocação desse princípio, sem que se vislumbrasse ofensa a qualquer outro”⁵.

³ Camarosano, op. cit., p. 64

⁴ Idem, Ibidem

⁵ Idem, Ibidem, pp.95-96

Para ele, o controle da Administração Pública pode ser realizado, sem a invocação da moralidade. Basta “a conjugação de princípios jurídicos como os da finalidade de interesse público, isonomia, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, publicidade” que “Celso Antonio Bandeira de Mello aglutinou sob o título *conteúdo do regime jurídico administrativo*, somados aos princípios constitucionais da Administração Pública elencados no art. 37 da Lei Maior”⁶. E exemplifica, citando atos “que se tem considerado como atentatório ao princípio da moralidade administrativa: não realização de concurso público para provimento de cargo na administração; não concessão de vista das provas em qualquer concurso público; acumulação proibida; corrupção, desvio de poder; nepotismo; despesas excessivas com publicidade; mordomia”⁷.

Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma ser autônomo referido princípio, uma vez que a própria Constituição o menciona como tal no caput do artigo 37. Ao explicar que “a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à idéia de desvio de poder”, conclui que “a imoralidade estaria na intenção do agente”⁸. Desta forma, “sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do 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 de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa”.

Para a autora, “a moralidade exige basicamente honestidade, observância das regras de boa administração, atendimento ao interesse público, boa-fé, lealdade”.

Portanto, o campo de aplicação da moralidade encontra-se na prática de atos discricionários, ou seja, aqueles em que não há a subsunção objetiva entre o caso concreto e a hipótese prevista na lei. Nestes casos exige-se que o administrador eleja a solução que mais se coadune com a norma, e conseqüentemente, com o interesse público pautando-se pela honestidade, lealdade e boa-fé, conceitos formadores da moralidade.

⁶ Idem, *Ibidem*, p. 73

⁷ Idem, *Ibidem*, p. 74

⁸ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 24ª ed., 2011, p. 78-79

Relação entre moralidade e legalidade

Embora haja divergência quanto à autonomia do princípio da moralidade, não existe discordância quanto à sua íntima relação com o princípio da legalidade.

Cammarosano afirma que “nem todo ato ilegal é imoral. Mas não se pode reconhecer como ofensivo à moralidade administrativa ato que não seja ilegal. Não existe ato que seja legal e ofensivo à moralidade. Só é ofensivo à moralidade administrativa porque ofende certos valores juridicizados. E porque ofende valores juridicizados, é ilegal”⁹.

Embora Di Pietro entenda ser a moralidade administrativa um princípio autônomo e, portanto, apartado da legalidade – ou seja, um ato administrativo poderia ser imoral sem necessariamente ser ilegal – admite que um ato contrário a moralidade poderia também afrontar a ilegalidade se considerada esta em sentido amplo – a que abrange todo o ordenamento jurídico. Explica que “a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico”¹⁰

Para Wallace Paiva Martins Júnior¹¹, a relação existente entre o princípio da moralidade e legalidade, consiste no fato de considerar aquele como um “superprincípio informador dos demais”. Assim, o administrador ao atuar, seja através de ato discricionário ou vinculado deve atentar para elementos como honestidade, boa-fé e lealdade visando sempre uma boa administração.

Relação entre moralidade e probidade.

Considerando a legalidade em sentido amplo, conforme exposto no item anterior, é possível concluir que qualquer ato que atente contra a moralidade administrativa é ilegal e, portanto, inválido.

⁹ Cammarosano, op. cit., p.102

¹⁰ Di Pietro, op. cit., p. 825

¹¹ Martins Júnior, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 2006, p.31

Se analisarmos os artigos 14, § 9º; 15, V; 37, §4º; 85, V - dispositivos que tratam da probidade e improbidade administrativa - verificamos que o ato de improbidade administrativa além de inválido, enseja ao seu autor aplicação de sanções severas, tais como, perda e suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, além de configurar crime de responsabilidade do Presidente da República.

Assim, “probidade é espécie do gênero ‘moralidade administrativa’ a que alude, *vg*, o artigo 37, *caput* e seu §4º, da CF”¹².

Nesse sentido, afirma Cammarosano que “a improbidade é a imoralidade administrativa especialmente qualificada”¹³.

Marino Pazzaglini Filho¹⁴ considera improbidade administrativa “mais que singela atuação desconforme com a fria letra da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé”.

Portanto, é possível a existência de um ato administrativo que atente contra a moralidade, mas não configure improbidade administrativa. Mas todo ato de improbidade fere a moralidade administrativa.

5. Lei de improbidade

5.1. Histórico

Sempre houve preocupação com a atuação dos agentes públicos, de forma que mesmo antes da inserção de previsão na Constituição de 1988 de sanções para atos que atentassem contra a probidade, existiam no ordenamento jurídico previsões de sanções para os atos que importassem prejuízo para a Fazenda Pública e locupletamento ilícito para o indiciado.

¹²Figueiredo, Marcelo. *Probidade administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 4º ed., 2000, p.23

¹³ Cammarosano, *op. cit.*, p. 109

¹⁴ Pazzaglini Filho, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 4º ed., 2001, p. 3

O Decreto-lei nº 3.240, de 8/05/1941 previa, como efeito da condenação criminal, o sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes de que resultassem prejuízo para a Fazenda Pública.

A Lei nº 3.164 de 01/06/1957, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha regulamentando o artigo 141, §31 da Constituição de 1946 também previa o sequestro e o perdimento de bens, do servidor público que os tivesse adquirido por influência ou com abuso de cargo ou função pública ou de emprego em entidade autárquica, independentemente da responsabilização criminal. Porém, diferentemente do Decreto-lei nº 3.240/57 tratava-se de sanção de natureza civil.

Posteriormente, a Lei nº 3.502, de 21/01/1958 regulamentou o sequestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso de cargo ou função.

A Constituição Federal de 1967 manteve a previsão da Constituição anterior quanto ao perdimento de bens e o Ato Institucional nº 5 concedeu legitimidade ao Presidente da República para decretar o confisco de bens de todos quantos tivessem enriquecido, ilicitamente, no exercício do cargo ou função pública.

A Constituição Federal de 1988, de certa forma inovou, ao prever pela primeira vez, de forma expressa o princípio da moralidade entre aqueles a que se sujeita a Administração Pública e, ainda ao inserir a expressão “ato de improbidade administrativa”, aplicável às infrações praticadas por servidores em geral, diversamente das Constituições anteriores que a utilizavam para designar somente as infrações de natureza política.

O artigo 37, §4º, da Constituição de 1988 estabeleceu 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”.

No entanto, a aplicação das sanções previstas na CF 88, por ato de improbidade administrativa só puderam ser aplicadas em relação àqueles praticados a partir da promulgação da Lei nº 8.429 de 02/02/1992 que regulamentou o artigo 37, § 4º. Até então, continuavam em vigência as Leis nº 3.164/57 e nº 3.502/58, as quais foram expressamente revogadas pelo artigo 25 da lei de improbidade administrativa.

5.2. Sujeitos

De acordo com artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa podem ser sujeito passivo dos atos de improbidade: a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, a empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual e entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público e aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Percebe-se que o traço comum entre os sujeitos passivos consiste em suas atribuições de gestão de verbas públicas e de exercício de atividades públicas ou privadas de interesse público.

Podem ser sujeito ativo do ato de improbidade tanto o agente público como terceiros.

De acordo com abrangência dada pelo artigo 2º da LIA, agente público é toda pessoa física que exerça função pública. Assim, encontram-se abarcados no conceito de agente público e, portanto, sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, o agente político, o servidor público, o militar e o particular em colaboração com o Poder Público.

5.3. Espécies de improbidade administrativa

Constituem atos de improbidade administrativa: a) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); os que causam prejuízo ao erário (art. 10); os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11)

Embora os incisos dos artigos 9, 10, 11 da LIA descrevam algumas condutas que configuram improbidade, verifica-se que tais hipóteses são exemplificativas. Portanto, não é necessário o enquadramento da conduta em um dos incisos, bastando apenas que se enquadre no *caput* de referidos artigos.

5.4. Elemento subjetivo

Tendo em vista a gravidade das sanções impostas pela LIA é relevante o elemento subjetivo da conduta.

Improbidade, conforme o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, significa “má índole”, “mau caráter”, “perversidade”.

De Plácido e Silva, por sua vez, nos ensina que improbidade, derivado do latim *improbitas*, “juridicamente, liga-se ao sentido de desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter”. Ímprobo é o “corrupto, devasso, desonesto, enganador”¹⁵.

Não basta que o ato praticado seja ilegal. É preciso a comprovação de que tenha havido culpa ou dolo, ou seja “um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto”¹⁶.

O artigo 10 da LIA, ao prever a conduta ensejadora de improbidade administrativa é o único dentre os três (arts. 9, 10, 11) que fala em ação ou omissão dolosa ou culposa.

No entanto, adverte Cammarosano¹⁷ que tal disposição deve ser interpretada com “prudência para que não se considere também, em face do disposto no art. 11, *caput*, ato de improbidade qualquer comportamento ou ato ofensivo à lei, decorrente de mero erro de fato ou de direito”.

Di Pietro¹⁸, ao analisar o disposto no artigo 10, que admite a forma culposa do ato de improbidade, entende tratar-se de “falha do legislador, como tantas outras presentes na lei”. Explica que “no caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública”.

¹⁵ De Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico*, São Paulo: Ed. Forense, 18ª ed., p. 416

¹⁶ Di Pietro, op. cit., p. 843

¹⁷ Cammarosano, op. cit., p. 110

¹⁸ Di Pietro, op. cit., pp. 843-844

Marino Pazzaglini Filho¹⁹ entende possível a forma culposa da conduta prevista no referido artigo 10 da LIA. Afirma que “apenas nos casos de atos de improbidade administrativa lesivos ao Erário (art.10) poderá ser suficiente, para sua configuração, a ação ou omissão ilícita culposa, ou seja, o descumprimento inescusável de dever de ofício, causador de involuntário dano ao Erário, por não conduzir-se o agente público infrator com a atenção e a diligência reclamadas pela função pública por ele exercida”.

No entanto, referido dispositivo dá margem a uma interpretação no sentido de que a culpa se dá em relação ao dano e não em relação ao desconhecimento da ilicitude, ou seja, conduta em que o agente não tem intenção de causar dano ao erário, porém tem plena consciência da ilicitude praticada.

5.5. Sanções

A Lei 8.429/92 acrescentou outras medidas, além das previstas pelo artigo 37, § 4º, CF, sem infringir a norma constitucional, uma vez que esta não limitou a competência do legislador para estabelecer outras. São elas: a) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) a multa civil; c) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

É importante notar que nem todas as medidas têm natureza sancionatória.

A indisponibilidade de bens tem caráter preventivo, uma vez que visa à preservação dos bens durante a apuração dos fatos, evitando que sejam ocultados, transferidos ou dilapidados, assegurando o possível ressarcimento ao erário.

O ressarcimento do dano é uma forma de recomposição do patrimônio lesado.

Assim, somente a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública é que constituem penalidades de natureza civil.

As sanções podem ser aplicadas cumulativamente, por força da nova redação dada ao artigo 12, pela Lei 12.120/09.

5.6. Prescrição

¹⁹ Pazzaglini Filho, op. cit., p. 4

Em relação ao prazo prescricional para propositura de ação de improbidade, a LIA prevê: a) cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; b) para os servidores efetivos aplica-se o mesmo prazo previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público.

Em relação ao ressarcimento do dano, por força do disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição, a ação é imprescritível. E referido ressarcimento abrange a reparação tanto do dano material como moral.²⁰

Portanto, ainda que para outros fins, a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos

6. Bibliografia

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2006

DE PLÁCIDO e Silva. *Vocabulário Jurídico*, São Paulo: Ed. Forense, 18ª ed

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Atlas, 24ª ed., 2011

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 4º ed., 2000

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Proibidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 3.ed., 2006

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 4º ed., 2001

²⁰ Martins Júnior, op. cit., p. 375