O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE NA CONFORMAÇÃO E NO SANCIONAMENTO AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTOS NA LEI Nº 8.429/92

ROGÉRIO PONZI SELIGMAN*

1. Introdução. 2. Da normatividade dos princípios. 3. O princípio da proporcionalidade. 4. A natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa. 5. A conformação dos atos de improbidade administrativa. 6. A proporcionalidade no sancionamento. 7. Conclusão.

1. Introdução

Emergia em 1988, da Assembléia Nacional Constituinte, um novo Brasil, construído sobre pilares de cidadania e esperança. Um país que ostentava as cicatrizes de um passado dolente, mas que tinha olhos voltados para o futuro, com a visão iluminada pela perspectiva de dias mais justos e tolerantes.

Quase quinhentos anos de preponderância do nepotismo, do assistencialismo político, de exploração dos menos afortunados, de concentração de renda, de rapinagem do dinheiro público, de burocratização e ineficiência, agravados nas duas décadas anteriores pela violência institucional, pela censura e pela intolerância antidemocrática, fizeram-se presentes na Constituição neonata, como feridas a curar.

Dentro desse contexto, e nos moldes de um novo Estado de Direito baseado no respeito aos direitos fundamentais, a Carta Magna se fez impregnar de princípios — implícitos e explícitos —, com caráter normativo, a servir de bússola às novas relações Estado/cidadão, aparelhando a sociedade com instrumentos efetivos de defesa.

Papel desse jaez foi outorgado especialmente ao Ministério Público, instituição que ganhou *status* de *ombudsman*, com autonomia para atuar e amplo rol de atribuições, inclusive a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção

* Promotor de Justiça em Santa Catarina.

do patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III).

Da preocupação com o trato da coisa pública advieram também a explicitação de princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*) e o estabelecimento da responsabilidade pela prática de atos de improbidade administrativa, responsabilidade esta independente da criminal, da político-administrativa e da disciplinar. Denotando a relevância do valor probidade administrativa, a própria Constituição previu abstratamente as sanções a este ilícito extrapenal, dentre as quais a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, acarretando uma espécie de não-cidadania.

Nestes dezesseis anos de vigência da Constituição, a sociedade brasileira soube, a seu modo, caminhar avante. A nascente democracia fortaleceu-se para sobreviver a múltiplas eleições gerais e a uma renúncia presidencial, incentivada pelo clamor popular. O combate à corrupção esteve na ordem do dia, tendo como um de seus principais instrumentos a Lei nº 8.429/92 — Lei da Improbidade Administrativa.

O presente estudo tem por objetivo realçar a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade no reconhecimento do ato de improbidade administrativa e em sua repressão. Demonstrando a obrigatoriedade de sua observância e a natureza jurídica (extrapenal) das sanções aos atos de improbidade, pretende afastar qualquer vezo draconiano de que por ventura se revista a aplicação da lei, de modo a se constituir em instrumento justo e eficiente de enfrentamento do desvio ético no exercício da administração pública.

2. Da normatividade dos princípios

Muito se discute acerca da natureza dos princípios jurídicos e de suas funções dentro do ordenamento. Sobretudo em uma nação de forte tradição juspositivista — como é o caso do Brasil —, freqüentemente sua força hermenêutica cede em face da aplicação imediata de uma regra jurídica — essencialmente mais específica — a um dado caso concreto.

Este trabalho parte da premissa teórica da força normativa dos princípios jurídicos. Entende-se que, muito mais do que alicerces de um sistema jurídico, com funções integradoras e interpretativas, os princípios constituem normas jurídicas. Portanto, para que se alcancem as conclusões pretendidas, forçoso dissecar, ainda que de modo perfunctório, o conceito atual de princípio jurídico e a caminhada histórica de sua formação.

A juridicidade dos princípios, segundo Paulo Bonavides, passa por três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Em sua fase jusnaturalista, os princípios apresentam conotação essencialmente abstrata e sua normatividade detém caráter nulo e duvidoso. São concebidos de forma axiomática, como conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana, mas insuficientes para preencher as lacunas da lei e afastar a necessidade de recorrer aos do Direito Natural (2002, p. 232-234).

Na etapa juspositivista, os princípios entram nos Códigos como fonte normativa subsidiária, ou válvula de segurança a garantir a supremacia da lei formal, visando a impedir o vazio normativo. O positivismo vê os princípios na condição de meras pautas programáticas supraleais, assinalando assim sua carência de normatividade e, por conseguinte, sua irrelevância jurídica (BONAVIDES, 2002, p. 235-236).

O pós-positivismo situa-se temporalmente nas últimas décadas do século XX e é marcado pelas novas Constituições promulgadas sob o signo da hegemonia axiológica dos princípios, “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2002, p. 237). Operou-se espécie de “revolução principal”, revelada pelo deslocamento dos princípios jurídicos dos Códigos para as Constituições, alterando suas funções no âmbito do ordenamento jurídico. Este movimento rumo ao juspublicismo, em oposição ao jusprivatismo do período positivista, acarreta a substituição (ou a elevação) dos velhos princípios gerais do Direito pelos princípios constitucionais (BONAVIDES, 2002, p. 260-261; ESPÍNDOLA, 2002, p. 65).

Destacam-se, como nomes fundamentais para a construção teórica da normatividade dos princípios, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Para Dworkin, as regras são aplicadas na forma do tudo ou nada (*all or nothing*): ocorrendo o fato por elas regulado, ou a regra é válida e a resposta que der será aceita ou ela não é válida. Havendo colisão de regras, uma é considerada inválida. Já os princípios possuem dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre eles, quando um princípio com peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que este perca sua validade (ÁVILA, 1999, p. 157). O Direito, em Dworkin, não é um mero sistema de regras ordenado e fundado em uma norma fundamental ou uma regra de reconhecimento, sendo insuficiente a tese positivista de resolução de casos baseada em regras jurídicas; a interpretação há de ser feita de forma sistemática entre regras, princípios e políticas ou diretrizes (GIACOMUZZI, 2002, p. 206). Um princípio é “um *standard* que deve ser observado não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça, de equidade ou de alguma outra dimensão de moralidade” (DWORKIN apud GIACOMUZZI, 2002, p. 207).

De acordo Alexy, as normas jurídicas se dividem em regras e princípios, pois ambos se formulam com a ajuda de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição, e se constituem fundamentos para juízos concretos de dever, embora sejam de espécie diferente (BONAVIDES, 2002, p. 249). Princípios são “mandamentos de otimização” e como tais podem ser preenchidos em graus distintos, dependendo não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas, e os conflitos entre eles são resolvidos pela ponderação (ALEXY, 1999, p. 74-75). Já as regras, são normas que, sempre, ou só podem ser cumpridas ou não cumpridas; se uma regra vale, é ordenado fazer exatamente aquilo que ela pede, de modo que as regras contêm determinações no quadro do fática e juridicamente possível, constituindo-se em “mandamentos definitivos”, aplicando-se não pela ponderação, mas pela subsunção (ALEXY, 1999, p. 75).

Verifica-se, assim, a normatividade dos princípios, que, para Bonavides, “é a mais alta de todo o sistema, porquanto quem os decepa arranca as raízes da árvore jurídica”, supremacia que se manifesta não apenas no aspecto formal, mas sobretudo material, sendo os princípios, “na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder” (2002, p. 259).

Os princípios, sendo norma, têm aplicação imediata aos casos concretos. Podem-se registrar como características fundamentais, além de sua natureza deontológica, a vagueza enunciativa, mas com significado determinado. Disso decorre a plasticidade dos princípios, que lhe permitem amoldar-se às diferentes situações e assim acompanhar a evolução social (ROTHENBURG, 1999, p. 18 e 21). Tais características bem marcam a oposição quanto às regras, espécie de norma jurídica geral (estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos) mas especial (na medida em que regula apenas atos ou fatos específicos).

Voltando à observação de Bonavides, é possível situar os princípios no pináculo da hierarquia das normas. Conforme Sundfeld, o princípio de Direito “é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico” (apud ROTHENBURG, 1999, p. 63). Com efeito, apontam-se como principais serventias dos princípios no ordenamento as funções integradora, interpretativa, delimitadora e fundante (LORENZETTI apud ROTHENBURG, 1999, p. 45).¹ além da dita eficácia impeditiva de retrocesso (ROTHENBURG, 1999, p. 46).²

Bem por isso, cada vez que uma regra qualquer é interpretada/aplicada, ela o deve ser em absoluta conformidade com os princípios, em todos os seus aspectos e por todos os seus ângulos (ROTHENBURG, 1999, p. 30). A ponto de se negar a possibilidade de conflito entre princípios e regras, pois estas são concreções daqueles, suas especificações regulatórias e desmembramentos normativos (ESPÍNDOLA, 2002, p. 75).

E não por outra razão Celso Antônio Bandeira de Mello adverte ser muito mais grave violar um princípio 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”, sendo a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, “porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (1999, p. 629-630).

1 A função integradora consiste no preenchimento de lacunas do ordenamento. A função interpretativa orienta a interpretação correta, adequando-a aos valores fundamentais. Pela função delimitadora, impõe-se limite às bruscas oscilações das regras. Por fim, os princípios fundam valores internamente ao ordenamento e propiciam a criação jurisprudencial.

2 Segundo o autor, nos casos em que o princípio constitucional é de alguma forma retomado por outras normas, recepcionadas ou posteriores à Constituição, ainda que tênue e insuficientemente, não se admite que essa tradução seja substituída por outra que o desenvolva menos ainda, ou que seja simplesmente revogada – preservam-se os ganhos paulatinos.

3. O princípio da proporcionalidade

A proporcionalidade é princípio jurídico que suscita certa controvérsia no cotidiano forense na medida em que não é princípio constitucionalmente expresso e se discute sua designação, conteúdo e alcance. Na doutrina nacional, ora comparece como princípio da proporcionalidade (MEDAUAR, 2000, p. 153-154), ora é referido como razoabilidade (DI PIETRO, 1997, p. 72-73), havendo quem distinga um e outro (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 66-68).³ No plano do Direito comparado, relata-se a preferência de países como os Estados Unidos da América e a Argentina pela terminologia razoabilidade; outros, como França e Alemanha, e a própria Comunidade Européia, fazem menção expressa à proporcionalidade (MEDAUAR, 2000, p. 154). Há quem diga que sequer é princípio, situando-o como postulado normativo-aplicativo, que se induz como modo de solução da colisão de princípios (ÁVILA, 1999, p. 169).⁴

Em face da fungibilidade existente entre as noções de proporcionalidade e razoabilidade, as expressões serão usadas no presente trabalho como sinônimas, exceto onde assinalado, preferindo-se o uso do termo proporcionalidade em homenagem à tradição romano-germânica do Direito brasileiro.

Consiste, em linhas gerais, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior ao estritamente necessário ao atendimento do interesse público. Em outras palavras, implica a busca de uma relação de equilíbrio entre o exercício do poder pelo legislador/administrador e a preservação dos direitos do cidadão, através do emprego de meios adequados e necessários à consecução das finalidades públicas, vedada a utilização de meios desproporcionais.

O princípio da proporcionalidade retrata curiosa situação de instituto do Direito Administrativo que foi alçado à condição de princípio constitucional. Tal evolução é sentida especialmente no Direito alemão.

3 Para o eminente jurista, a razoabilidade implica a obediência, pela Administração Pública, “a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”, rejeitadas as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas em condição normal de prudência e sensatez (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 66). A proporcionalidade impõe que “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas” (BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 67).

4 O dever (postulado normativo) da proporcionalidade “estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não-excessivo”. Mesmo a visão de Ávila, não coincidente com aquela sustentada neste opúsculo, teria força argumentativa em prol do discurso adotado, ao asseverar o dever de proporcionalidade como decorrente da estrutura do Direito e de suas normas, nela não se esgotando, na medida em que pressupõe o conflito entre bens jurídicos materiais e o poder estruturador da relação meio-fim (1999, p. 172).

Com alicerces no direito natural, onde a liberdade é inata e inalienável ao homem, é admitido desde o século XVIII, inicialmente na Prússia, como limitador do poder de polícia, sendo atribuída a Suarez a afirmação de que “o Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos” (BONAVIDES, 2002, p. 370).

A idéia de proporcionalidade ganhou contornos constitucionais a partir da Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Até então, sob o pálio da Constituição de Weimar, vinculava-se doutrinariamente ao princípio da legalidade, de maneira que, segundo o Prof. Heinrich Scholler, da Universidade de Munique, com base na idéia da soberania popular, o legislador era tido como juridicamente ilimitado, ou limitado apenas pela lei natural (1999, p. 94). A vinculação jurídica do legislador desenvolveu-se a partir da trágica experiência histórica do nazismo, sobrevivendo a constatação da existência de leis injustas. De autores como Gustav Radbruch consolidou-se a concepção de que a legislação formalmente perfeita e editada conforme as regras procedimentais previstas no ordenamento jurídico poderia estar em tamanha contradição com a idéia de justiça que perderia completamente a sua vinculatividade (SCHOLLER, 1999, p. 94).

A nova conformação do Estado de Direito, surgida do pós-guerra, teve por escopo o respeito aos direitos fundamentais. Trouxe, em seu bojo, para o âmbito do Direito Constitucional, o princípio da proporcionalidade. Relata Scholler (1999, p. 95-96) que com o art. 1º, III, da Lei Fundamental de 1949, tanto a Administração quanto o legislador e os órgãos judicantes passaram a ser objeto de vinculação à Constituição e, de modo especial, aos direitos fundamentais nela consagrados, denominando-se essa transformação de evolução do princípio da “reserva de lei” (*Vorbehalt des Gesetzes*) para “reserva da lei proporcional” (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*).

Esta supremacia da constitucionalidade é garantia contra o arbítrio e proteção do cidadão frente à própria lei. A proporcionalidade, neste aspecto, passou a desempenhar papel fundamental. Segundo Scholler (1999, p. 97), a jurisprudência constitucional alemã acabou por desenvolver seu conteúdo em três níveis: a norma, para corresponder ao princípio da reserva da lei proporcional, deverá ser simultaneamente adequada (*geeignet*), necessária (*notwendig*) e razoável (*angemessen*).⁵

Em virtude da adequação (*Geeinheit*), explica Emerson Garcia, deve a norma “ser apta a alcançar a consecução do interesse público, o que denota ser imprescindível a presença de uma relação de adequação entre o meio utilizado e o fim visado, importando em nítida vedação ao arbítrio” (GARCIA; ALVES, 2002, p. 56). O requisito da necessidade (*Notwendigkeit*)⁶ “significa que não existe outro estado que

5 Este terceiro elemento aparece, mais comumente, sob a designação de proporcionalidade em sentido estrito ou justa medida (SCHOLLER, 1999, p. 99; BONAVIDES, 2002, p. 361; GARCIA; ALVES, 2002, p. 57).

6 A ele se refere Luís Roberto Barroso como “princípio da menor ingerência possível” (2003, p. 4).

seja menos oneroso para o particular e que possa ser alcançado pelo poder público com o mesmo esforço ou, pelo menos, sem um esforço significativamente maior” (SCHOLLER, 1999, p. 98), isto é, a norma não pode exceder os limites indispensáveis para a consecução da finalidade pública pretendida. O terceiro subprincípio, a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*), vem a se configurar como um critério de ponderação, “segundo o qual o conteúdo da norma deve ser o que melhor preserve os interesses envolvidos no caso específico em análise, demonstrando a correção da escolha do meio” (GARCIA; ALVES, 2002, p. 57).

Na linha do Direito anglo-saxão, a proporcionalidade (ou razoabilidade) é vista como elemento do devido processo legal (*due process of law*), remontando assim à Magna Carta de 1215 e à 5ª e à 14ª emenda da Constituição norte-americana.⁷ Notadamente nos Estados Unidos da América a proporcionalidade se faz presente, embutida na teoria do devido processo legal material (*substantive due process of law*).

Inicialmente dimensionado por seu caráter formal, o devido processo legal ensejava a obediência às regras processuais. Com o tempo, passou-se a admitir que o Judiciário valorasse e coibisse o arbítrio cometido pelo Legislativo na elaboração da norma ou do Executivo em sua concretização. São paradigmáticos, neste sentido, os precedentes *Lochner v. New York* (1905), no período de ascensão desta compreensão substantiva, e *Roe v. Wade* (1973), em seu renascimento, ambos da Suprema Corte norte-americana.⁸ Garcia bem sintetiza a *substantive due process of law theory*:

Devem os juízes valorar a norma em conformidade com os demais princípios constitucionais, garantindo o primado da justiça e da equidade, o que importará em análise intrínseca do ato e permitirá sua aferição em teste de racionalidade (*rationality test*), sendo aferida sua compatibilidade com o comando constitucional a partir de um padrão de razoabilidade (*reasonableness standard*) (GARCIA; ALVES, 2002, p. 62).

7 A 5ª emenda prevê que ninguém pode ser obrigado a responder por crime capital ou infamante senão em virtude de denúncia, ou acusação, perante um grande júri, salvante as exceções que traz, e que ninguém, pelo mesmo crime, poderá sujeitar-se por duas vezes a um processo, nem poderá testemunhar contra si mesmo, nem será privado da vida, da liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem a propriedade será tomada para uso público sem a justa compensação. A 14ª emenda estende o princípio aos Estados federativos e que as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs norte-americanas e dos Estados onde residem (apud GARCIA; ALVES, 2002, p. 60).

8 No primeiro caso, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de New York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros (BARROSO, 2003, p. 2). No segundo caso, a Suprema Corte, consagrando o direito à privacidade, declarou inconstitucional lei do Estado do Texas que criminalizava o aborto, mesmo em casos de gestação decorrente de estupro, não o permitindo sequer antes do terceiro mês de gravidez (GARCIA; ALVES, 2002, p. 63-64).

Como visto, a regra da proporcionalidade é aceita em numerosos sistemas jurídicos. Na França, tem aplicação sobretudo na jurisdição administrativa, no controle do *détournement du pouvoir*, embora se reconheça sua existência implícita e progressiva na jurisdição constitucional (BONAVIDES, 2002, p. 377-378). Em Portugal, há previsão expressa na Constituição.⁹

A doutrina brasileira adota a construção germânica na elaboração do princípio da proporcionalidade, apontando como seu conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

Na condição de princípio constitucional, originário do Direito Administrativo, exerce normatividade sobre esta área do Direito Público, como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia, controle dos atos discricionários e de atuação em geral do administrador público, inclusive – como lembra Sholler (1999, p. 103) – na interpretação de conceitos jurídicos (“interpretação das leis conforme a Constituição”). Nos dizeres de Medauar, o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social (2000, p. 154), dando-se plena aplicação à clássica sentença de Jellinek (apud BONAVIDES, 2002, p. 366) de que “não se abatem pardais disparando canhões”.

Da mesma forma, tem aplicabilidade em relação à atividade jurisdicional. Neste paradigma de Estado de Direito, de vinculação constitucional, a proporcionalidade é recurso poderoso de contenção do abuso do legislador e do administrador público frente aos direitos fundamentais. O princípio da constitucionalidade transcende à abstração e formalidade das normas, levando o julgador a atentar para o contexto do caso concreto, e neste aspecto a aplicação da proporcionalidade se aproxima da equidade.

Evidente que sua utilização pelo julgador implica um maior limite à discricionariedade do legislador/administrador, e por isso mesmo deve-se cercar de prudência e cautela. A preocupação de que o juiz, aplicando o princípio da proporcionalidade, venha a se transformar em um “legislador do caso concreto”, vindo a sociedade a se submeter a um governo de juízes, atenua-se diante do emprego da chamada “interpretação conforme a Constituição”, criada pelos juízes constitucionais da Alemanha, consistente em que, de duas diferentes interpretações possíveis de uma norma, há de prevalecer aquela que melhor exprima a opção de valores da Constituição (BONAVIDES, 2002, p. 388). Acrescente-se a advertência de Scholler, para quem uma supervalorização do princípio da proporcionalidade encontraria limites no princípio da isonomia, de tal sorte que ambos devem ser aplicados de forma simultânea e harmônica (1999, p. 97). Ademais, deve o Judiciário ter em conta que

9 Consta no art. 18, 2 da Constituição portuguesa: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. O art. 266, 2 impõe aos órgãos e agentes administrativos que atuem com justiça e imparcialidade e o art. 272, 2 estabelece que as medidas de polícia não devem ser utilizadas para além do estritamente necessário (apud BARROSO, 2003, p. 11).

as políticas públicas cabem aos órgãos que detêm representação popular. Mas quando se trata de fazer respeitar a vontade do povo (poder constituinte originário), deve o juiz opor limites a ímpetos circunstanciais ou maiorias legislativas eventuais (BARROSO, 2003, p. 6).

Embora de tímida tradição na jurisprudência brasileira, onde há resistência ao controle do mérito dos atos do poder público, é inafastável o reconhecimento da presença do princípio da proporcionalidade no ordenamento pátrio. Proliferam exemplos, seja na jurisprudência, seja no direito positivo. Vejam-se as Súmulas 70 e 323 do Supremo Tribunal Federal.¹⁰ Vejam-se também manifestações constitucionais nas normas dos artigos 145, § 1º (capacidade contributiva); 5º, V (direito de resposta proporcional ao agravo); 71, VIII (aplicação de multa proporcional ao dano pelo Tribunal de Contas), etc.

O princípio da proporcionalidade, como conclui Barroso (2003, p. 8), pode ser extraído tanto da consideração de que é inerente ao Estado de Direito, na linha de construção da doutrina germânica, como de que se insere na cláusula do devido processo legal, nos termos da concepção norte-americana, integrando implicitamente o sistema como princípio constitucional não-escrito. Mister é, portanto, proclamar sua normatividade, como faz Bonavides (2002, p. 397), ao afirmar ser hoje o princípio da proporcionalidade “axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado”.

4. A natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa

A fim de melhor analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade na conformação do ato de improbidade administrativa e na dosimetria das sanções respectivas, mostra-se conveniente fixar a natureza jurídica dos atos de improbidade. Tal discussão, embora já desse mostras de se encontrar superada, foi resgatada recentemente com a decisão de concessão de liminar na Reclamação nº 2.138-6/DF, pelo Supremo Tribunal Federal.¹¹ Logo em seguida, houve a edição da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que deu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal, tratando simetricamente crime e atos de improbidade e estabelecendo, no §

10 Súm. 70: “É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”. Súm. 323 STF: “É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”.

11 Relator Ministro Nélson Jobim, despacho datado de 11 de setembro de 2002. A Reclamação foi levada a julgamento do Plenário em sessão de 20 de novembro de 2002, tendo votado pela procedência do pedido, para assentar a competência do Supremo Tribunal Federal e declarar extinto o processo em curso na Justiça Federal de primeiro grau, os Ministros Nelson Jobim (Relator), Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, suspendendo-se o julgamento em face do pedido de vista do Ministro Carlos Velloso.

2º desta norma adjetiva, o foro especial por prerrogativa de função também em relação a estes.¹²

Na Reclamação apreciada liminarmente pela Suprema Corte, o Ministro Jobim acolheu a tese de que os atos previstos na Lei nº 8.429/92 são “delitos político-administrativos” (crimes de responsabilidade), não aplicáveis aos agentes políticos em virtude do regime próprio de responsabilidade, fixado no art. 102, I, c, da Constituição e disciplinado pela Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Fundamentou-se em Gilmar Mendes e Arnoldo Wald, que se referem à ação de improbidade como uma “ação civil de forte conteúdo penal”, alertando mesmo que “a sentença condenatória proferida nessa peculiar ‘ação civil’ é dotada de efeitos que, em alguns aspectos, superam aqueles atribuídos à sentença penal condenatória” (2002, p. 254). Citados autores concluem pela existência de uma competência “implícita” do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de ações de improbidade contra Ministros de Estado e membros de tribunais superiores e do Tribunal de Contas da União (2002, p. 257).

Contudo, a natureza jurídica das sanções por ato de improbidade é, à toda evidência, de caráter extrapenal, e também não se confunde com o denominado “crime de responsabilidade”, a ensejar um regime próprio de responsabilização. A existência dos atos de improbidade está anunciada em norma constitucional, estabelecendo o § 4º do art. 37 que as sanções serão aplicadas de acordo com a gradação estipulada em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. A norma é reiterada no art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/92, que estabelece as sanções cominadas ao responsável pelo ato de improbidade, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica”. Fica claro o objetivo da norma constitucional de impor responsabilidades outras que não apenas as de natureza criminal, as quais ressalvou. Nada mais coerente com o Direito brasileiro, que respeita a independência entre a responsabilidade penal e a civil, prevendo o art. 935 do Código Civil que a sentença penal somente fará coisa julgada no cível nas hipóteses de decisão sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor. Também é do Direito brasileiro a separação entre a esfera judicial e a administrativa, sendo defeso a lei afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição).

Recorde-se que orienta o Direito Penal o princípio da reserva legal, expresso pela máxima *nullum crimen sine praevia lege* e concretizado no art. 1º do Código Penal e no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República. Não há lei definidora de “crime” de improbidade administrativa. As normas pertinentes, como dito, ressalvam a responsabilidade criminal.

As condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa, em sua maioria, têm correspondente previsão criminal no Código Penal (crimes contra a Adminis-

12 Estabelece o § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 10.628/02: “A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública [...]”.

tração Pública), no Decreto-lei nº 201/67 (crimes de responsabilidade de Prefeitos), na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) e em outras leis. Há condutas, entretanto, previstas na Lei nº 8.429/92, que não comportam tipificação penal, por serem por demais abertas ou por seu caráter enunciativo, em descompasso com o princípio da legalidade estrita do Direito Penal. Assim, por exemplo, aquelas previstas no *caput* do art. 11, consistentes em atentar contra os princípios da Administração Pública. Ou a expressão “notadamente”, constante nos artigos 9º, 10 e 11.

Francisco de Assis Toledo ensina que o princípio da legalidade no Direito Penal é desdobrado em quatro outros princípios, um dos quais traduzido pelo aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. “A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”, explica (1994, p. 22 e 29).

Não se ajustando os atos de improbidade às exigências do Direito Penal e não possuindo natureza criminal, não é possível alargar sua incidência para este campo, que se relaciona diretamente com a liberdade humana e cujas sentenças condenatórias possuem efeitos secundários impactantes na vida das pessoas. Fábio Medina Osório enfatiza que se assim fosse, ter-se-ia de concluir pela produção de antecedentes criminais e mesmo de reincidência toda vez que houvesse julgamento de procedência. Destaca que a única pena exclusivamente criminal prevista na Constituição é a sanção carcerária, excetuadas as hipóteses de prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos. Não especifica a Constituição que as interdições de direitos, a perda da função pública, multa, ressarcimento ao erário ou suspensão de direitos políticos são medidas imponíveis apenas pela via criminal. Tais sanções, complementa, têm natureza administrativa, podendo ser impostas mesmo através de processos administrativos, prescindindo, assim, de intervenção judicial (1997, p. 147-148).

Por não serem penalmente típicas, as condutas de improbidade administrativa são processadas por ação civil, conforme previsão do art. 18 da Lei nº 8.429/92.¹³ Para sua propositura, são legitimamente ativos o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 17, *caput*).¹⁴ Não faz sentido reputar criminal um fato que é processado mediante ação civil. E seria absolutamente imponderável aceitar a legitimidade ativa concorrente para a propositura de ação penal pública quando o art. 129, I, da Constituição a atribui privativamente ao Ministério Público, exceção feita apenas à hipótese da ação subsidiária (art. 5º, LIX).

No que respeita à tese albergada na liminar da Reclamação nº 2.138-6, embora ainda pendente de julgamento definitivo, é conveniente enfrentá-la, mesmo que de modo superficial, a fim de contribuir com o debate deflagrado. Não existe no Brasil um regime próprio de responsabilidade de agentes políticos que exclua a apreciação jurisdicional de crimes e ilícitos civis ou administrativos. O § 4º do art. 37 da

13 “Art. 18. A sentença que julgar procedente *ação civil* de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito” (grifo nosso).

14 “Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. [...]”.

Constituição, como já referido, previu a responsabilização por ato de improbidade, sem prejuízo da responsabilização penal e da responsabilização político-administrativa (crime de responsabilidade), existente nas Cartas republicanas anteriores e mantida hígida em diversas passagens da Lei Fundamental.¹⁵

O Estado moderno tem em seus traços característicos a aplicação do princípio da responsabilidade aos governantes. A idéia de não responsabilização do Rei, ou de responsabilização de seus ministros apenas perante o soberano, nos moldes das antigas monarquias, há muito deixou de ser aceita pela ciência política.

A Lei nº 1.079/50, pretensão marco do regime próprio de responsabilidade dos agentes políticos, regulando os ditos “crimes de responsabilidade” e o *impeachment*, é instrumento arcaico, cuja obsolescência, segundo um de seus maiores estudiosos, o Ministro Paulo Brossard (1992, p. 14) “se evidencia no fato de, em um século, não ter funcionado em caso algum, a despeito da gravidade dos abusos cometidos e que, até aqui, não passou de uma falácia institucional, pomposa e inútil”.¹⁶

A própria expressão “crimes de responsabilidade” entrou na Constituição sem exato conceito técnico ou científico.¹⁷ Sua gênese indica um equívoco histórico que remonta ao Código Criminal de 1830, que excluía de sua incidência “os crimes de responsabilidade dos Ministros e Conselheiros de Estado, os quais serão punidos com as penas estabelecidas na lei respectiva”, mais precisamente a de 15 de outubro de 1827. Esta, por sua vez, não utilizava tal locução, dispondo apenas “sobre a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado e dos Conselheiros de Estado (BROSSARD, 1992, p. 67).

Os crimes de responsabilidade não são nem crimes nem atos de improbidade. São infrações políticas, e assim devem ser tratadas.¹⁸ Prestam-se somente ao afastamento da atividade pública do administrador público nocivo, sendo aptos a inabilitá-lo à função pública e o destituir do cargo que estiver exercendo (artigos 33, 34, 70 e 78 da Lei nº 1.079/50), não sendo legítima a instauração de processo por crime de responsabilidade contra acusado que já tenha deixado o cargo público que ocupava (BARROSO, 1997, p. 125)¹⁹ e sendo objeto de discussão seu prosseguimento em caso de afastamento após iniciado.²⁰

15 Art. 50, § 2º: art. 52, I e II; art. 85; art. 86; art. 102, I, c; art. 105, I, a; art. 108, I, a.

16 Merece registro, por justiça, que o ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello foi julgado pelo Senado Federal por crime de responsabilidade e, não obstante ter renunciado ao cargo, lhe foi imposta a sanção de inabilitação para o exercício de função pública por oito anos.

17 A frase é de José Frederico Marques (apud BROSSARD, 1992, p. 70).

18 “Se aos crimes de responsabilidade, enquanto relacionados a ilícitos políticos, se reservasse a denominação de *infrações políticas*, por exemplo, melhor se atenderia à natureza das coisas e se evitaria o escolho decorrente da designação, pelo mesmo nome, de realidades diversas” (BROSSARD, 1992, p. 70).

19 Em relação ao Presidente da República e Ministros de Estado: “Art. 15. A denúncia só poderá ser recebida enquanto o denunciado não tiver, por qualquer motivo, deixado definitivamente o cargo”. Governadores e Secretários de Estado: “Art. 76. [...] Parágrafo único. Não será recebida a denúncia depois que o Governador, por qualquer motivo, houver deixado definitivamente o cargo”.

20 Para Brossard, “tão marcante é a natureza política do instituto que, se a autoridade corrupta, violenta ou inepta, em uma palavra, nociva, se desligar definitivamente do cargo, contra ela não

A valer a interpretação ora criticada, o combate à corrupção no Brasil sofrerá um retrocesso de dimensões catastróficas. As sanções, como visto, resumem-se à destituição do cargo público e à inabilitação para o exercício de função pública (art. 2º da Lei nº 1.079/50), e sua imposição depende da instauração do processo antes de deixar o cargo. Desprezam-se as sanções de caráter indenizatório e pedagógico da Lei de Improbidade. Os julgamentos levam em consideração critérios eminentemente políticos, sobretudo nas hipóteses de competência de órgãos do Poder Legislativo (art. 52, I e II, da Constituição).

A posição liminarmente adotada na Reclamação nº 2.138-6/DF parece fenecer diante de um exercício de interpretação lógico-sistemática. Evidencia-se a impregnação do texto constitucional de 1988 de um espírito de transparência da Administração Pública, seja em seus objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos (art. 3º); seja no capítulo referente aos direitos fundamentais, sobretudo no que diz respeito à igualdade de todos perante a lei e à previsão de instrumentos de limitação e fiscalização do poder público colocados à disposição dos cidadãos, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e a ação popular (art. 5º); seja pelos dispositivos específicos da Administração Pública insertos no art. 37, destacando-se a explicitação de princípios do Direito Administrativo tais como os da legalidade, da moralidade da impessoalidade e da publicidade; seja enfim pelo alargamento das atribuições do Ministério Público (arts. 127 e 129).

O entendimento provisoriamente adotado, *data venia*, não considera que a adoção de um regime próprio de responsabilização se coloca na contramão da modernidade. Elege como instrumento de tal regime o crime de responsabilidade, instituto levado ao banco dos réus pela História.

Faz letra morta normas constitucionais expressas, como o § 4º do art. 37 — já comentado — e o parágrafo único do art. 52, que ressalva, no caso de crimes de responsabilidade das maiores autoridades da República, a aplicação “das demais sanções judiciais cabíveis”.²¹ Prejudica o inciso III do art. 129, também da Carta Magna, que prevê como função institucional do Ministério Público a defesa do patrimônio público por intermédio da ação civil pública, na medida em que o processo por crime de responsabilidade não tem o Ministério Público como autor (artigos 14, 41 e 75 da Lei nº 1.079/50), mesmo nos casos de competência da Suprema Corte,²² não sendo cabível, como salienta Barroso, uma analogia rigorosa com o

será instaurado processo e, se iniciado, não prosseguirá” (1992, p. 134). Em sentido oposto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria (vencidos os Ministros Ilmar Galvão, Celso de Mello, Moreira Alves e Octavio Gallotti) que a renúncia ao cargo, quando já iniciado o julgamento, não paralisa o processo (MS 21.689-1).

21 *In verbis*: “Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”.

22 Alexandre Moraes entende que todo cidadão, e apenas ele, no gozo de seus direitos políticos, é parte legítima para oferecer a acusação perante o STF, pois se trata de prerrogativa inerente à

processo judicial típico, notadamente no que diz respeito ao pólo ativo (1997, p. 117).

Desconsidera uma pluralidade de leis federais que prevêem expressamente a responsabilização por ato de improbidade de agentes políticos, v.g. os arts. 1º, *caput*, e 2º da Lei nº 8.429/92,²³ o art. 73, § 7º, da Lei 9.504/97 (Lei das Eleições), o art. 73 da Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e o art. 52 da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), além da própria Lei nº 10.628/02, em que pese a inconstitucionalidade da indevida fixação de privilégio de foro, pois ao fazê-lo presumiu a responsabilização de agentes políticos por ato de improbidade administrativa (apenas eles detêm prerrogativa de função). Vale ressaltar que os dispositivos legais referidos têm por destinatários justamente os agentes políticos, responsáveis pela gestão fiscal, pela gestão urbanística e de quem se busca evitar abusos em tempo de eleições.

Os atos de improbidade administrativa inserem-se no contexto do Direito Administrativo Sancionador. Trata-se de ramo do Direito Administrativo que contempla condutas proibidas no âmbito da Administração Pública.²⁴ Importa na aplicação de sanções administrativas, pela própria Administração, por corporações de direito público de regulação e fiscalização das atividades profissionais ou pelo Poder Judiciário, conforme o caso, com finalidade repressiva e pedagógica, mas distinta do Direito Penal, por incompatibilidade com as sanções privativas de liberdade.

Com razão Fábio Medina Osório ao afirmar que as sanções aos atos de improbidade administrativa são de Direito Administrativo, reguladas diretamente por esse ramo jurídico (2000, p. 139). E conceitua:

Consiste a sanção administrativa [...] em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como conse-

cidadania (2002, p. 1.376). No mesmo sentido o Ministro Celso de Mello, para quem, não obstante a existência de precedentes contrários da Suprema Corte anteriores a 1988, “assiste ao próprio cidadão (eleitor) o poder de acusar, perante instância constitucionalmente legítima [o STF], qualquer Ministro de Estado nos ilícitos de caráter político-administrativo” (STF, Inq. 1.350-5/DF).

23 “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei”. “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”.

24 Embora, como salienta Osório, não seja restrito à atividade administrativa, mas incluindo também ilícitos fiscais, tributários, econômicos, de polícia, de trânsito, urbanísticos, enfim qualquer campo que importe uma opção fiscalizadora e repressiva do Estado (2000, p. 17).

qüência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito da aplicação formal e material do Direito Administrativo (2000, p. 80).

Demarca-se dessa forma a natureza extrapenal (administrativa) das sanções aos atos de improbidade administrativa. Sujeitando-se à regência do Direito Administrativo e mais especificamente aos princípios referentes ao Direito Administrativo Sancionador. Da conclusão extrai-se sua distinção essencial para com os crimes comuns e também com as chamadas infrações político-administrativas, ou crimes de responsabilidade.²⁵

5. A conformação dos atos de improbidade administrativa

A Lei nº 8.429/92 estabelece as condutas ditas de improbidade administrativa em seus artigos 9º, 10 e 11. Em que pese a multiplicidade de atos tipificados pelas normas, a expressão *notadamente* inserida no *caput* de cada uma delas deixa claro que o legislador adotou técnica de exemplificação, isto é, as hipóteses descritas não são exaustivas.

Parece ter razão Cláudio Ari Mello ao afirmar se tratarem de cláusulas gerais, que conceitua, citando Karl Engisch, como “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange, e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”, visando a escapar da casuística, que é “aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade

25 Por consequência, revela-se manifestamente inconstitucional o § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 10.628/02, pois não sendo as sanções de improbidade de caráter penal nem político-administrativa, não ensejam o reconhecimento de foro especial por prerrogativa de função. As hipóteses previstas na Constituição de forma expressa e exaustiva referem-se apenas aos crimes comuns e de responsabilidade (art. 102, I, *b* e *c*; art. 105, I, *a*; art. 108, I, *a*), vedada qualquer interpretação extensiva (Supremo Tribunal Federal, AgRg na Pet. 1.738-2/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 1º-9-1999; Superior Tribunal de Justiça, Rcl. nº 591/SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 01-12-1999), não podendo a lei ordinária ir além da previsão constitucional. Ademais, a competência dos tribunais estaduais só pode ser definida pela Constituição do Estado (art. 125, § 1º), e não por lei ordinária federal. Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não se tenha pronunciado sobre o assunto, e os tribunais se mostrem divididos, importantes precedentes já foram produzidos reconhecendo a inconstitucionalidade da norma. Façam-se especiais referências, neste sentido, aos seguintes julgados: Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial), AgRg na Pet. 1.885-PR, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 16-5-2003; Tribunal de Justiça do Paraná, proc. nº 0137237-6 (Órgão Especial), Rel. Des. Leonardo Lustosa, julgado em 04-4-2003, e proc. nº 0135998-6 (3ª Câmara Cível), Rel. Des. Regina Afonso Portes, julgado em 13-5-2003; Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, proc. nº 2003.007936-0 (3ª Câmara Cível), Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 18-8-2003; Tribunal de Justiça de Santa Catarina, apel. civ. nº 2003.011367-3 (3ª Câmara de Direito Público), Rel. Des. Anselmo Cerello, julgado em 12-9-2003; Tribunal de Justiça de São Paulo, AI nº 322.355-5/6, (9ª Câmara de Direito Público), Rel. Des. Gonzaga Franceschini, julgado em 23-4-2003, e AI nº 316.587-5/5 (8ª Câmara de Direito Público), Rel. Des. Caetano Lagrasta, julgado em 30-4-2003.

própria". Para ele, o legislador pode preferir usar um ou outro método (as cláusulas gerais ou a casuística), que nem sempre se excluem mutuamente. Quando se complementam, a isso se chama método exemplificativo, que torna possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar (1995, p. 53-54).

A tipificação formal da improbidade administrativa ocorrerá, assim, tanto com a prática das ações específicas explicitadas nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92 como na infringência das condutas gerais descritas no *caput* de tais normas: o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário e o atentado contra os princípios da Administração Pública.

São previsões genéricas, adequáveis a inúmeras condutas praticadas na atividade de administração pública, de maior ou menor gravidade, mas perfeitamente concretizáveis. Como se sabe, é possível no âmbito do Direito Administrativo a proibição de condutas por meio de cláusulas gerais com razoável descrição do comportamento proibido. Impõe-se, contudo, em face da amplitude de aplicação da norma, aprofundar o estudo da conformação material dos atos de improbidade administrativa, para o que deverá ser levado em consideração não apenas o elemento subjetivo da conduta do agente, mas a própria gravidade do fato praticado.

Como esclarece Osório (2000, p. 199), a tipificação do ato ilícito, no Direito Administrativo Sancionador, passa por uma operação de duplo estágio, o formal e o material:

A tipificação formal é apenas um primeiro passo no enquadramento da conduta do agente. Necessário, ainda, verificar a adequação material de sua conduta à norma proibitiva, o que pressupõe valorações mais profundas, exame de particularidades comportamentais, circunstâncias concretas, causas e motivações específicas e relevantes do agir humano, fatores sociais complexos e influentes no resultado, enfim, um conjunto interminável de circunstâncias.

Para o jurista sul-rio-grandense, a adequação típica material opera-se em processo que exige complexas valorações. Este fenômeno é inevitável,

visto que se insere no campo da atividade interpretativa dos operadores jurídicos e na textura necessariamente ambígua do direito. Todo tipo sancionador é formulado, no plano legislativo, *in abstracto*, sem levar em linha de conta fatores complexos e múltiplos que podem aparecer nos casos concretos. Descreve-se a conduta proibida com suporte em um juízo abstrato, valorativo de pautas comportamentais básicas. Sem embargo, a ocorrência efetiva da conduta no mundo real torna imperioso o exame das particularidades do caso concreto, daí emergindo a possibilidade de uma real conduta que não ofenda, de fato, o bem juridicamente protegido.

Nesta operação de conformação material do ato de improbidade, adquire especial relevância o princípio da proporcionalidade, visando à proibição do excesso. Sua observância é exigida especialmente do Ministério Público na condição de parte

ativa *sui generis* — investido que é no mister de defensor da ordem jurídica e do regime democrático — e pelo Poder Judiciário. Importa em excluir da configuração dos atos de improbidade e em adequar o sancionamento — conforme se verá mais adiante — das condutas insignificantes ou que não se revelem materialmente ofensivas aos valores protegidos pela Constituição.

À improbidade formal, destaca Garcia, deve estar associada a improbidade material, que não restará configurada se a distorção comportamental do agente importar em lesão ou enriquecimento ínfimo ou de nenhum valor, bem como, em se tratando de ofensa aos princípios administrativos, não comprometam a consecução do bem comum (GARCIA; ALVES, 2002, p. 74).

A proporcionalidade é fundamental à garantia do direito individual da justa aplicação da lei (devido processo legal substantivo) e à própria eficácia da Lei de Improbidade Administrativa, evitando banalizar instrumento de tamanha importância por meio de sua utilização mecânica e indiscriminada. Vem a calhar o alerta de Juarez Freitas de que a história das leis é fértil em atestar que várias disposições draconianas, não raro, assumem tais moldes, consciente ou inconscientemente para não se deixarem cumprir (1996, p. 65). A interpretação razoável da Lei de Improbidade é garantia de sua aplicação.

A adequação abusiva de suas condutas e a imposição desarrazoada de suas sanções poderá levar a situações nas quais o julgador preferirá não reconhecer a improbidade a aplicar sanções cuja gravidade se revele desproporcional em relação aos fatos praticados.

Claro está que quando do reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa deriva uma colisão de interesses constitucionalmente tutelados, que só pode ser dirimida pelo exercício da ponderação. De um lado, os direitos fundamentais do agente público, identificados pela cidadania, patrimônio e livre exercício da profissão, todos ameaçados pela aplicação das sanções previstas constitucionalmente. De outro, bens jurídicos do Estado: patrimônio público e disciplina da conduta dos agentes públicos. Não há dúvida que na valoração feita pelo legislador preponderou o interesse coletivo em detrimento do individual, estampando-se no art. 12 da Lei nº 8.429/92 a legitimação da restrição dos direitos fundamentais do agente público quando da ofensa aos bens jurídicos estatais.

Se, contudo, a aplicação da Lei de Improbidade mostrar-se inadequada ou desnecessária, deverá prevalecer o direito individual:

A prática de atos que importem em insignificante lesão aos deveres do cargo, ou à consecução dos fins visados, é inapta a delinear o perfil do ímprobo, isto porque, agora a insignificância do ato, a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 ao agente acarretaria lesão maior do que aquela que ele causara ao ente estatal, culminando em violar a relação de segurança que deve existir entre o Estado e os cidadãos (GARCIA; ALVES, 2002, p. 73).

Assim, é caso de atipia material de improbidade administrativa a incidência do princípio da insignificância. Tal princípio, oriundo do Direito Penal, é aplicável ao

Direito Administrativo Sancionador, quer em decorrência do caráter repressivo deste ramo do Direito Administrativo, quer em razão do princípio da proporcionalidade. Desenvolvido inicialmente por Claus Roxin, implica a exclusão dos danos de pouca importância. Toledo dá-lhe nitidez, ao dizer que, segundo o princípio da insignificância, o Direito Penal, por sua natureza fragmentária, só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não devendo se ocupar com bagatelas (1994, p. 133). E refere sua experiência profissional para anotar a extensão da insignificância aos crimes contra a Administração Pública, exemplificando com volumoso processo criminal em que se acusava antigo servidor público de ter cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas (1994, p. 133). Aliás, a aplicação do princípio da insignificância em sede de crime contra a Administração Pública é noticiada até mesmo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.²⁶

Ainda que a aplicação do princípio da insignificância deva ser aferida caso a caso, não é razoável inquirir de improbidade administrativa — embora formalmente o constituam — atos como desviar em proveito próprio um papel timbrado de órgão público ou utilizar servidor subalterno para pagar conta ou comprar lanche para a chefia, exemplos lembrados por Osório (1999, p. 268). Salta aos olhos a desproporcionalidade entre as condutas exemplificadas e as consequências jurídicas das sanções aos atos de improbidade, que incluem a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos. Abstraídas eventuais considerações acerca da adequação social das condutas insignificantes,²⁷ insista-se que o objetivo da lei é coibir os graves atos de corrupção. Comportamentos causadores de dano irrisório ou de ínfimo grau de reprovabilidade não passariam por um juízo quanto à adequação, necessidade ou justa medida da escolha do meio no que concerne à caracterização da improbidade.

Mesmo na hipótese de atos que causem prejuízo ao erário, em que se admite a figura culposa (art. 10), não se devem aplicar as cominações referentes à improbidade administrativa aos agentes que tenham condutas leves ou levíssimas, sequer como afronta aos princípios, justamente em razão do *telos* em pauta, destacando-se que “a preservação do sistema jurídico não se coaduna com excessos de qualquer matiz” (FREITAS, 1996, p. 67).

26 Refira-se, exemplificativamente, o *Habeas Corpus* nº 21071/SP, da 5ª Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 11-02-2003 e publicado no Diário da Justiça de 17-3-2003, p. 245: “*HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO. APREENSÃO DE MERCADORIA DE PEQUENO VALOR. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE FISCAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE. PRECEDENTES DO STJ. 1. Não se vislumbra na hipótese a existência de ilícito fiscal, o que se torna inviável a imputação do delito de descaminho ao paciente, uma vez que a conduta que se lhe imputa a peça acusatória não chegou a lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração Pública em seu interesse fiscal. 2. Aplicação do princípio da insignificância como causa supralegal de exclusão da tipicidade. Precedentes do STJ. 3. *Habeas Corpus* concedido.”

27 Pelo princípio da adequação social, desenvolvido no âmbito do Direito Penal por Hans Welzel, “se o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas” (TOLEDO, 1994, p. 131).

O reconhecimento da insignificância não exclui o caráter ilícito da conduta. A recomendação de Toledo no que respeita aos ilícitos penais (1994, p. 134) é aplicável ao tema ora em comento, para que se tratem adequadamente as irregularidades não conformadoras de atos de improbidade, permitindo-se que sejam adotadas as providências cabíveis no âmbito disciplinar, de responsabilização civil etc.

A atipia material da improbidade ultrapassa a discussão do prejuízo por determinado ato. Eventuais afrontas a princípios administrativos, sem embargo do que dispõe o art. 11 da Lei nº 8.429/92, poderão situar-se à margem das condutas reprimidas pela norma.

Freqüentemente os tribunais de contas, em sua atividade rotineira de fiscalização das administrações públicas, apontam restrições de natureza formal, por descumprimento de preceitos de Direito Financeiro, encaminhando ao Ministério Público para a adoção de providências. Ocorre que a ótica tecno-contábil que em geral orienta a atuação desses órgãos de controle externo não é fator exclusivo na conformação material da improbidade, não coincidindo necessariamente, portanto, com a atuação do *Parquet*. Andou bem o legislador quando ressaltou no inciso II do art. 21 da lei que a aplicação das sanções independe “da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas”, reassentando o princípio da separação entre a instância judicial e a administrativa.

Para a configuração do ato de improbidade, será fundamental a ocorrência de intensa e manifesta afronta aos princípios administrativos, afastadas as meras irregularidades formais. A discussão sobre o princípio da legalidade é ilustrativa. Não é qualquer infração legal que ensejará o reconhecimento da improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/92. A violação da legalidade constitui improbidade em relação aos atos que, além de ilegais, se mostrem fruto da desonestidade ou inequívoca incompetência do agente público (OSÓRIO, 1997, p. 82) ou, em outras palavras, quando o caso concreto demonstre nítida intenção de violação do ordenamento jurídico e grave ofensa aos deveres éticos, com conotação de desvio de poder (MARTINS JÚNIOR, 2002, p. 267).

Importa reiterar que a aplicação do princípio da proporcionalidade não representa o subjetivismo e o arbítrio judicial, mas a busca da medida justa, a correção do abuso. Ao Judiciário não será lícito examinar, à luz desse princípio, se a alternativa eleita pelo legislador era a menos gravosa possível; competir-lhe-á, sim, corrigir abusos casuais, isto é, a eleição de alternativas ilícitas, excessivamente gravosas (OSÓRIO, 2000, p. 171). Para tanto fará uso do poder criativo do juiz, que aliás é controlado pelo princípio do duplo grau de jurisdição.

Garcia constrói de maneira lógica o atendimento da proporcionalidade na aplicação da Lei nº 8.429/92:

Em linhas gerais, o princípio da proporcionalidade será observado com a verificação dos seguintes fatores: a) adequação entre os preceitos da Lei nº 8.429/92 e o fim da preservação da probidade administrativa, salvaguardando o interesse público e punindo o ímprobo; b) necessidade dos preceitos da Lei nº 8.429/92, os quais devem ser indispensáveis à garantia da probidade administrativa; c) proporcionalidade em sentido estrito, o que será consta-

tado a partir da proporção entre o objeto perseguido e o ônus imposto ao atingido, vale dizer, entre a preservação da probidade administrativa, incluindo as punições impostas ao ímprobo, e a restrição aos direitos fundamentais (livre exercício da profissão, liberdade de contratar, direito de propriedade etc.) (GARCIA; ALVES, 2002, p. 73).

Outro importante fator a ser levado em consideração diz com a efetiva resposta à sociedade das demandas que vêm ao Ministério Público. São tantas, e tão insuficientes os recursos materiais e humanos para delas dar conta, que cada vez mais cresce a voz daqueles que pregam a priorização das condutas mais graves. A adoção do princípio da proporcionalidade leva à obrigatoriedade mitigada da ação civil pública.

Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior (1999, p. 202-203), após se questionarem sobre a necessidade de se anular determinado ato ou negócio administrativo que alcançou o interesse público e realizou o bem comum, conquanto tenha percorrido caminho não ortodoxo, afirmam que nos casos sem maior potencial ofensivo, de danos culposos de pequena monta, nada obsta que o órgão ministerial verifique da conveniência e da oportunidade de se promover a ação civil pública baseada na lei dos atos de improbidade.

Não há dúvida que a priorização dos atos mais graves, com base no juízo de proporcionalidade, deve ser feita com absoluto respeito ao princípio da isonomia e mediante controle do Conselho Superior do Ministério Público. Mas não é razoável se ter a pretensão de que pode o Ministério Público dar resposta repressiva a todas as denúncias de irregularidades que lhe chegam ao conhecimento. Nem a sociedade merece isto, pois, como dito alhures, há leis excessivamente rigorosas que se fazem assim para não ser cumpridas. A Lei nº 8.429/92, para ser cumprida, deve ser aplicada aos fatos em que se reconheça grave violação da honestidade administrativa.

O Ministério Público, para responder às expectativas nele depositadas quando da edição das normas anti-corrupção, precisa priorizar sua atuação, de forma a concentrar seus recursos materiais e humanos nos casos de maior importância, para que se estabeleça efetiva paridade de armas com um adversário que muitas vezes tem na retaguarda o apoio de co-autores poderosos que lutam com recursos ilimitados e forças desconhecidas (PROENÇA, 2001, p. 163).

Ressalte-se que é vedado abusar no reconhecimento de suposta ausência de proporcionalidade entre um ato ilícito e sua tipificação formal proibitiva e a resposta do Estado, presumindo-se, por regra, que a violação formal de uma conduta proibida acarretará o sancionamento legal (OSÓRIO, 1999, p. 265).

O princípio da proporcionalidade aplicado na conformação material do ato de improbidade administrativa é de fundamental valia na garantia do Estado de Direito. Por ele protege-se o cidadão contra os excessos do Estado e se defendem os direitos e liberdades constitucionais. Contribui para a efetividade do combate à corrupção na Administração Pública, seja servindo de subsídio para a atuação positiva do Ministério Público, seja norteando o Poder Judiciário quando da aplicação das sanções.

6. A proporcionalidade no sancionamento

A idéia de proporção perpassa também o sancionamento pela prática dos atos de improbidade administrativa.

O Direito Penal moderno há muito abandonou o puro retributivismo do mal pelo mal, nos moldes de Talião. A pena justa é a pena necessária, no tipo e na execução (TOLEDO, 1994, p. 70).

Não é diferente no âmbito do Direito Administrativo Sancionador. A gradação existente entre os atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/92 difere em face da gravidade. Os atos que importam enriquecimento ilícito, capitulados no art. 9º, recebem sancionamento mais severo: suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratação com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos por dez anos, além da perda dos bens ilegalmente acrescidos, ressarcimento do dano e perda da função pública. Os atos que geram prejuízo ao erário ocupam situação intermediária e os atos que afrontam os princípios administrativos, portanto de menor gravidade, são sancionados de forma proporcionalmente menos carregada: suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, multa de até cem vezes o valor da remuneração, proibição de contratar ou receber benefícios ou incentivos por cinco anos, além da perda da função pública (art. 12).

Discute-se, entretanto, se diante do caso concreto cada conjunto de sanções previstas nos incisos do art. 12 deve ou não ser aplicada integralmente.

Há firme posição doutrinária que se contrapõe à idéia de flexibilização das sanções. Para Aristides Junqueira Alvarenga (2001, p. 90-91), a imposição das sanções é imperativa e cumulativa. Para ele, a Constituição não permitiu ao legislador ordinário ser condescendente com a improbidade administrativa e, se determinada conduta não merece ser reprimida nos termos estabelecidos pela Lei nº 8.429/92, por certo não se está diante de um ato de improbidade.

Segundo Martins Júnior, as sanções são cumulativas justamente para censurar gravemente a improbidade administrativa, restringindo-se a discricionariedade do juiz ao prazo e à base de cálculo das sanções variáveis. De acordo com este membro do Ministério Público paulista, se as sanções fossem alternativas, não estariam previstas em três incisos, cada qual se referindo a uma espécie de improbidade, com variação apenas no *quantum* e no prazo (2002, p. 304-306).

No mesmo sentido disserta Cláudio Ari Mello, para quem não há discricionariedade para o juiz aplicar isolada ou cumulativamente as sanções do art. 12: “confirmada a prática de ato de improbidade administrativa, cumpre ao magistrado impor ao responsável todo o conjunto de sanções arroladas nos incisos da norma mencionada” (1995, p. 59).

Com a devida vênia, é preciso reiterar a existência do princípio da proporcionalidade no ordenamento constitucional brasileiro e o caráter normativo dos princípios. Fixadas essas premissas, conclui-se pela inafastabilidade de sua aplicação aos casos de improbidade. Caso contrário, o caráter draconiano da lei proponderará, em detrimento da justiça: *summum jus, summa injuria*.

No art. 12 da Lei de Improbidade, as sanções são descritas com o emprego do aditivo “e”. Não se prevê a hipótese de alternatividade ou flexibilidade. O permissivo está contido implicitamente.

As penas devem ser individualizadas, conforme o art. 5º, XLVI, da Constituição da República. Embora esta norma constitucional se enderece, *a priori*, ao Direito Penal, é ela também aplicável ao Direito Administrativo Sancionador (OSÓRIO, 2000, p. 341-342).

A regra geral é a aplicação cumulativa das sanções. Depreende-se isso da própria Constituição, ao dar especial tratamento à improbidade administrativa no § 4º de seu art. 37. Extrai-se também do texto legal, deixando claro o objetivo da norma de sancionar gravemente os agentes públicos que se locupletarem ilicitamente do erário, que lhe causarem prejuízo ou ainda que afrontarem os princípios regentes da Administração Pública. Mas a individualização da pena, que “significa adaptar a pena ao condenado, consideradas as características do agente e do delito” (CERNICHIARO; COSTA JÚNIOR, 1991, p. 99), implica a análise do caso concreto, para respeitar as diferenças de cada situação, enfim, para que se verifique a necessidade e adequação das sanções impostas.

Se a regra geral é a aplicação cumulativa, situações várias surgem em que não se justifica a imposição das sanções nestes termos. O erro, a conduta culposa, a gravidade do fato e até circunstâncias de natureza pessoal são fatores determinantes no apenamento diferenciado. Não se pode conceber que um administrador público que tenha injustificadamente dispensado licitação na modalidade de convite para uma compra de pequenas proporções seja sancionado da mesma forma que outro administrador público cuja responsabilidade diga respeito a fraude em concorrência pública para edificação de um grande prédio ou para construção de extensa rodovia. Nem que se dê tratamento igual àquele que causa prejuízo ao erário culposamente em relação a outro que o faz de modo intencional.

Esta parece ser também a posição de Fábio Medina Osório, que sustenta ser necessário se analisar o fato no contexto social e político, extraindo as consequências adequadas e proporcionais, sendo possível a aplicação não cumulativa das sanções em hipóteses nas quais o grau de ilegalidade, apesar de traduzir formal e materialmente a improbidade administrativa, não revela nocividade social merecedora de todos os rigores da legislação (1999, p. 270).

No mesmo sentido o escólio de Marcelo Figueiredo: sendo procedente a ação de improbidade, há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente. O fundamento, esclarece, é o respeito ao princípio da proporcionalidade, a fim de se verificar a adequação entre a conduta do agente e sua penalização, princípio ao qual se recorre ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas (2000, p. 114).

Circunstâncias pessoais podem ser levadas em consideração na individualização das sanções. Veja-se, por exemplo, a sanção referente à perda da função pública. Aplicá-la a servidor público de carreira, de idade avançada, arrimo de família e que não tenha outra atividade profissional nem segunda fonte de renda, pode significar condená-lo e sua família à não subsistência. Em se tratando de ato de improbidade

administrativa de pouca repercussão e gravidade, é justo que prepondere o interesse individual referente ao respeito à dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição) e à garantia de que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado (art. 5º, XLV). Diga-se com Cícero: *ne maior poena quam culpa sit*²⁸ (apud FREITAS, 1996, p. 76).

A hipótese já foi aventada pela doutrina. Affonso Ghizzo Neto, em que pese tenha se filiado à corrente que afirma a aplicação cumulativa das sanções, aceita que excepcionalmente, em casos raríssimos, é possível a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, relevando-se a sanção, buscando resguardar o interesse social existente na sobrevivência familiar (2001, p. 89).

A obediência à adequação entre a conduta e o sancionamento aos atos de improbidade tem amparo no próprio parágrafo único do art. 12, ao estabelecer que “na fixação das penas previstas nesta Lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. Como visto, a interpretação do dispositivo feita à luz do princípio da proporcionalidade afasta a tese de que ele só é aplicável às sanções variáveis (prazo de suspensão dos direitos políticos e valor da multa).

Este argumento também é defendido por Freitas, que pede ao juiz firmeza de ânimo e espírito de moderação para considerar, com extrema acuidade, a extensão do dano e o proveito patrimonial do agente, motivos pelos quais “pode e precisa o magistrado determinar a aplicação, de modo parcelar, das penalidades retributivas”, desde que tal postura brote do intuito fundamentado de robustecer o princípio da probidade, cuja concreção é o desiderato normativo (1996, p. 66-67). No pensamento do administrativista gaúcho, para que se alcance a moderação pretendida, as sanções não reclamam sempre a aplicação conjunta, de forma a escoimar do texto legal seu vezo draconiano. Afirma, entretanto, visando a não desprestigiar o sistema jurídico, que o enriquecimento ilícito — “a mais torpe das espécies de improbidade administrativa” — deve ensejar sempre a aplicação das sanções em sua totalidade, tendo em vista o alto apreço teleológico pelo princípio normativado (1996, p. 75).

Com o devido acatamento, parece mais justa a incidência do princípio da proporcionalidade também na hipótese de enriquecimento ilícito. A título ilustrativo e sem desconsiderar a inquestionável gravidade do fato de se locupletar indevidamente à custa do erário, não se pode dar igual tratamento ao agente público que tenha utilizado algumas vezes veículo oficial para ir ao supermercado (hipótese alcançada pelo tipo do art. 9º, IV) e a outro que tenha ilicitamente vertido para seu patrimônio polpudas quantias de dinheiro público.

Nem se diga que a aplicação da proporcionalidade ameaça a segurança jurídica. Não procede a preocupação de que a aplicação do princípio poderia ensejar decisões muito diferentes de situação para situação. Como já mencionado, o abuso da proporcionalidade é defeso ao juiz, que terá seu poder criativo limitado pelo duplo grau de jurisdição.

A medida do justo não pode ceder primazia a uma discutível certeza. A uniformidade decisória não é a principal meta do Direito. O que confere a segurança é a

28 “A pena não pode ser maior do que a culpa”.

certeza da realização da justiça, e não o excesso de penas, uma vez que o injusto rigor é contrário ao Estado de Direito; a desigualdade das decisões é paralela à diversidade de casos de improbidade levados à apreciação do Judiciário (FAZZIO JÚNIOR, 2001, p. 298).

O momento de incidência da proporcionalidade é a sentença. Em se tratando de interesse indisponível, o autor, quando do ajuizamento da ação, deverá declinar todos os pedidos. Realizada a instrução, e demonstrados os exatos contornos da prática do ilícito, poderá o autor sugerir restringir-se a amplitude das sanções, como forma de influenciar a decisão judicial. Mas apenas ao juiz caberá dizer da proporcionalidade nas sanções. A limitação do pedido pelo autor acarretaria verdadeira usurpação da função jurisdicional de balizamento das sanções legais, frustrando a individualização da pena (GARCIA; ALVES, 2002, p. 660). Osório, que compartilha desse entendimento, vai mais longe: em se tratando de direitos indisponíveis e incumbindo ao autor formular todas as postulações possíveis, se não o fizer, nada impede que o julgador determine a emenda à inicial ou extraia as consequências legais pertinentes dos fatos narrados. Desse modo, a aplicação judicial de todas as sanções da Lei de Improbidade independeria de expresso pedido ministerial (1997, p. 187).

Em relação aos critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade, mister esclarecer que não é objeto deste estudo a dosimetria das sanções. Por sua complexidade, o assunto pediria espaço próprio, para que se desse azo às reflexões que lhe são atinentes. Aqui se pretende proclamar a normatividade do princípio da proporcionalidade e ressaltar sua importância no reconhecimento do ato de improbidade e em sua repressão. Cumpre destacar apenas o entendimento esposado de que, por regra geral, as sanções deverão ser aplicadas cumulativamente, mas as situações concretas poderão recomendar a flexibilização das sanções. Será relevante, para tal juízo, a verificação de fatores diversos, como a valoração da personalidade do agente, sua vida pregressa na Administração Pública, o grau de participação no ilícito, a gravidade moral e material dos fatos, sua repercussão social, as condições pessoais do agente, o concurso de ilícitos etc.²⁹

7. Conclusão

As considerações tecidas ao longo do artigo convergem para o reconhecimento do dever de proporcionalidade como princípio constitucional. Nesta condição, possui força normativa que impõe sua aplicação aos casos concretos, como vedação do excesso, exigindo da atuação do legislador e do administrador público observância da adequação, da necessidade e da proporcionalidade dos meios.

²⁹ Eventual comparação com o art. 59 do Código Penal não é mera coincidência. O caráter repressivo da improbidade, ainda que no âmbito do Direito Administrativo, permite, como dito alhures, a aplicação subsidiária, com as devidas adaptações, de princípios do Direito Penal.

Assevera-se a natureza administrativa das sanções de improbidade, com campo de abrangência estendido a todos os agentes públicos e demais pessoas referidas nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.429/92, inclusive os agentes políticos.

Modalidade de sanção administrativa aplicável pelo Poder Judiciário, mediante ação civil para a qual o Ministério Público é co-legitimado, exige-se do aplicador da lei a observância do princípio da proporcionalidade, tanto na configuração dos atos de improbidade como na imposição das sanções legais, de maneira a garantir que haja correspondência qualitativa e quantitativa entre a reprimenda e o ato praticado.

Neste aspecto, o respeito à proporcionalidade contribui à efetividade da legislação em espécie, na medida em que autoriza o Ministério Público a priorizar sua atuação visando a coibir os casos verdadeiramente graves e impõe óbice à vulgarização da ação por ato de improbidade administrativa. Da mesma forma, permite uma triagem dos casos que são levados ao Judiciário, com a exclusão dos fatos insignificantes, e impõe ao julgador o dever de individualização das sanções, sopesando com prudência e cautela todas as circunstâncias que revestem o caso concreto, não obstante ser regra geral a aplicação cumulativa das sanções do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

O rigor injusto é contrário ao Estado de Direito e não concorre necessariamente à contenção do desvio ético na função pública. As sanções devem ser proporcionais à culpa, fazendo-se com que a interpretação razoável da Lei de Improbidade seja garantia de sua aplicação.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 81-92.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 720 p.
- BARROSO, Luís Roberto. Aspectos do processo de “impeachment” – renúncia e exoneração de agente político – tipicidade constitucional dos crimes de responsabilidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 19, p. 115-125, 1997.
- _____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Disponível em: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>. Acesso em: 7 outubro 2003.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 805 p.
- BROSSARD, Paulo. *O Impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. 247 p.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. 259 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997. 566 p.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. 288 p.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de Prefeitos: de acordo com a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 344 p.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 381 p.
- FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, n. 204, p. 65-84, abr./jun. 1996.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. 867 p.
- GHIZZO NETO, Affonso; ROSA, Alexandre. *Improbidade administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal: conexões necessárias*. Florianópolis: Habitus, 2001. 219 p.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2002. 328 p.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 454 p.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. 496 p.
- MELLO, Cláudio Ari. Improbidade Administrativa – considerações sobre a Lei n.º 8.429/92. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 11, p. 49-62, abr./jun. 1995.
- MENDES, Gilmar; WALD, Arnoldo. Competência para julgar ação de improbidade administrativa. *Revista de Processo*, n. 107, p. 253-257, jul./set. 2002.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. 2.924 p.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2000. 426 p.
- _____. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 1997. 254 p.
- _____. Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na Lei 8.429/92. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, p. 258-272, 1999.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999. 255 p.

- PROENÇA, Luís Roberto. *Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*. São Paulo: RT, 2001. 197 p.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1999. 88 p.
- SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. *Interesse Público*, n. 2, p. 93-107, 1999.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362 p.

Direito Internacional dos Refugiados

José H. Fischel de Andrade

É vista aqui a fase histórica do Direito Internacional dos Refugiados (de 1921 a 1952). O Autor aborda a agenda internacional, a evolução das relações internacionais e os fatores políticos, sociais e jurídicos que influenciaram as decisões tomadas em nível intergovernamental e que repercutiram na proteção brindada aos perseguidos. São minuciosamente estudados os instrumentos jurídicos concertados, com suas distintas definições do que se deveria entender por "refugiado", e as organizações internacionais criadas com vistas à proteção dos refugiados pela comunidade internacional.

Ref. 0103
Form. 14x21

Brochura **228 págs.**
1996

Direito Societário e Mercado de Capitais

Luiz Leonardo Cantidiano

Fruto de sua experiência profissional, o autor analisa questões relacionadas às sociedades anônimas e ao mercado de capitais, com que empresários e consultores vêm se defrontando na atual fase do processo de desenvolvimento do país. São abordadas aqui as particularidades que decorrem da alienação do controle de uma companhia, especialmente se aberta. São apontadas também as relações existentes entre o programa de privatização das empresas estatais e o mercado de capitais.

Ref. 0100
Form. 14x21

Brochura
1996

190 págs.