



A PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A CONSTITUIÇÃO

THE SUSPENSION OF POLITICAL RIGHTS IN BRAZILIAN ADMINISTRATIVE IMPROBITY ACT AND THE CONSTITUTION

Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995). Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Pós-Doutorado/Estágio Senior (bolsa Capes) na George Washington University (2015). Professora Visitante da Universidade de Pisa/Itália Professora da graduação, mestrado e doutorado (corpo permanente) na Faculdade de Direito da UFMG. Professora do mestrado (corpo permanente) da Faculdade de Direito Milton Campos.

Nuno M. M. S. Coelho

Bacharel (USP, 1998), Mestre (UFMG, 2003), Doutor (UFMG, 2006) e Livre-Docente (USP, 2009) em Direito. Pós-Doutor em Filosofia (UFMG, 2008) e em Direito (Universidade de Munique, 2011). Professor da Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto) e da Universidade Ribeirão Preto (UNAERP). Advogado.

Resumo

O presente artigo tem por objeto compreender o sentido constitucional da expressão “improbidade administrativa”, para, a partir disto, criticar a sua apropriação legislativa e jurisprudencial, especialmente no que concerne às sanções instituídas pela Lei 8429/92. Por meio da rememoração da história da expressão em nossa cultura constitucional republicana, e da aplicação de métodos de interpretação jurídica e constitucional, conclui-se que “improbidade administrativa”, em sentido constitucional, não compreende todo e qualquer ilícito cometido pelo agente político, mas apenas aquele que se reveste de certas características (maldade, deslealdade, imoral afronta ao princípio republicano) tais que fazem dele objeto de especial reprovação ético-política – de tal sorte que a sua configuração, capaz de atrair a sanção de suspensão dos direitos políticos, apenas pode dar-se nas hipóteses em que tais características estejam presentes.

Palavras-chave: Constituição. Improbidade administrativa. Sanções. Suspensão de Direitos políticos.

Abstract

This paper aims at understanding the meaning of the term "improbidade administrativa" ("administrative improbity", somehow similar to misconduct in public office in common law) in Brazilian Constitution, in order to criticize its legislative and jurisprudential application, especially with regard to the sanctions imposed by Federal Law n. 8429/92. The history of the expression in Brazilian republican constitutional culture, and the methods of legal and constitutional interpretation, lead us to conclude that "administrative improbity", in the constitutional sense, does not include any and all wrongdoings committed by the public officer, but only the acts marked by malice, disloyalty and immoral affront to the republican principle. Just these acts, subjected to an especially strong ethical-political reproach, can attract the sanction of suspension of political rights, which Constitution reserves to acts of improbity.

Key-words: Administrative improbity. Sanctions. Suspension of Political Rights. Constitution.

1. INTRODUÇÃO (POSIÇÃO DO PROBLEMA)

Estudamos neste artigo um dos mais candentes temas da prática administrativa brasileira, a aplicação das sanções por improbidade administrativa, previstas pela Constituição (art. 37, § 4º) e pela Lei 8.429/92. Não obstante a gravidade das sanções a atrair a reflexão mais detida por parte da doutrina administrativista e constitucional, o ajuizamento de demandas com vistas à condenação é recorrente.

Usualmente, a abordagem dos artigos doutrinários foca em aspectos inerentes às sanções de cunho patrimonial e reputacional. Mas, parece-nos importante apurar a adequação constitucional das sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa, nomeadamente quando se trata da suspensão dos direitos políticos, cuja regulamentação legislativa transcende em muito os limites com que foi concebida pelo Constituinte de 1987-1988.

Não se ignora a relevância dos demais efeitos possíveis em face de eventual da condenação por improbidade, mas a suspensão dos direitos políticos envolve contornos peculiares, dado que afeta o exercício da cidadania.

No mesmo sentido em que investigamos esta questão antes¹, cumpre esclarecer

¹ O primeiro resultado, ainda incipente, da presente pesquisa, foi publicado no livro dedicado ao Professor Titular de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *História e Futuro do Direito Brasileiro: Estudos em homenagem a Ignacio Maria Poveda Velasco*, constante entre as referências bibliográficas regradas ao final deste artigo.

a expressão “improbidade administrativa”, no contexto constitucional, para entender-se a que gênero de condutas pode-se (e apenas a tal gênero de condutas) imputar a sanção de suspensão dos direitos políticos no direito brasileiro. A Constituição da República é veemente ao fazer figurar a improbidade administrativa entre as poucas e taxativas hipóteses de suspensão dos direitos políticos. A ampliação legislativa ou jurisprudencial das hipóteses ensejadoras de aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos, por via de uma recompreensão infraconstitucional amplificadora do sentido da expressão “improbidade administrativa”, estará em tensão com os princípios fundantes da ordem republicana do Estado Democrático de Direito (art. 1º, II e V).

Para manter-se conforme à Constituição, a lei só poderia impor as sanções constitucionalmente previstas para a improbidade administrativa aos fatos que se configurem ímprobos no sentido constitucional. Ao alargar tal sentido, ultrapassando os significados possíveis em debate inaugurado pelo texto constitucional, a Lei de Improbidade Administrativa ofende a Constituição da República uma vez que a suspensão dos direitos políticos não pode operar senão nas hipóteses de que cuida o art. 15.

Por isto é importante investigar o sentido constitucional da expressão “improbidade administrativa” com recurso aos princípios de Hermenêutica Constitucional segundo os quais (1) o texto empregado no texto constitucional deve ser lido de modo a fazer justiça ao seu significado histórico-político-cultural, vez que a Constituição é documento jurídico-político² de que todos somos leitores e intérpretes autênticos; e (2) normas que restringem direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente.

Com ajuda ainda da revisitação da história constitucional da expressão, esclarece-se o sentido ético-político, constitucionalmente vigente, da expressão “improbidade administrativa”, verificando-se que o princípio tem seu significado comprometido no plano moral individual, familiar, social e ético-político – com os sentidos de honestidade, decência, honradez, lealdade, zelo, seriedade, integridade e

² “A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objetivo colimado redigidas, de modo sintético, em termos gerais.” (MAXIMILIANO, 2011, p. 247). “[...] A diferença entre dois grandes ramos do Direito estende-se até os dados filosóficos. Em geral, no Direito Público se emprega, de preferência, a linguagem técnica, o dizer jurídico, de sorte que, se houver diversidade de significado do mesmo vocábulo, entre a expressão científica e a vulgar, inclinar-se-á o hermeneuta no sentido da primeira.” (MAXIMILIANO, 2011, p. 248). “Do critério filológico empregado resulta em primeiro lugar a prevalência do sentido técnico dos vocábulos e a seguir a acepção corrente e usual dos termos. É de assinalar contudo a importância de acepção comum das palavras, partindo-se da verificação de que a norma jurídica não tem por destinatário um restrito círculo de iniciados ou especialistas, senão, em primeiro lugar, a coletividade ou massa de cidadãos, nem sempre capacitados a compreender terminologias demasiado técnicas.” (BONAVIDES, 2004, p. 440).

justiça – a implicar sempre que a improbidade administrativa envolve a conduta maculada por corrupção, maldade, desídia, deslealdade, dolo e injustiça. Neste campo de avaliação das condutas humanas, a Constituição situou o debate sobre a qualificação da improbidade administrativa, a qual atrai intensa reprovação social e às quais se justifica imputação, de forma excepcional e limitada, de pesadas sanções constitucionais que constroem direitos políticos.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Inserção da “Probidade Da Administração” no Constitucionalismo Brasileiro

A proteção da probidade administrativa ingressou no constitucionalismo brasileiro com a primeira Constituição republicana, em 1891.

O art. 54 elencava, como hipótese de crime de responsabilidade de Presidente da República, o ato que atentasse contra “a probidade da administração”.

Trata-se de uma dentre as várias contribuições de Rui Barbosa à configuração política da República nascente. Ela surge no quadro da inauguração, no Brasil, da responsabilização do agente político por seus atos – nomeadamente, do Presidente da República (intitula-se o Capítulo V, que encarta os artigos 53 e 54 da Constituição de 1891, “Da Responsabilidade do Presidente”).

O projeto da Comissão presidida por Saldanha Marinho já dispunha sobre o instituto, com redação, no entanto, diversa – *litteris*:

Art. 62. A acusação do Presidente será decretada pelo Congresso Nacional, compelindo ainda o processo e julgamento ao Senado, que poderá destituí-lo das funções presidenciais, quando se tratar dos seguintes crimes:

- 1º traição;
 - 2º peita, suborno;
 - 3º dissipação dos bens públicos
 - 4º intervenção indébita em eleições de qualquer cargo federal ou dos Estados.
- Parágrafo único – Uma lei particular definirá a natureza desses delitos.

A redação proposta pela Comissão do Governo Provisório assim previa:

Art. 53 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

- 1º) a existência política da União;
- 2º) a Constituição e a forma do Governo federal;
- 3º) o livre exercício dos Poderes políticos;
- 4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;
- 5º) a segurança interna do País;

- 6º) a probidade da administração;
- 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;
- § 1º – Esses delitos serão definidos em lei especial.
- § 2º – Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.
- § 3º – Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.

A redação que se fez enfim constar do texto da Constituição de 1891 foi assim redigida:

- Art. 54 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:
- 1º) a existência política da União;
 - 2º) a Constituição e a forma do Governo federal;
 - 3º) o livre exercício dos Poderes políticos;
 - 4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;
 - 5º) a segurança interna do País;
 - 6º) a probidade da administração;
 - 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;
 - 8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.
- § 1º – Esses delitos serão definidos em lei especial.
- § 2º – Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.
- § 3º – Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.

A única diferença entre o projeto de Rui Barbosa e o texto constitucional aprovado consistiu no acréscimo da alínea 8º, prevendo-se também o atentado contra “as leis orçamentárias votadas pelo Congresso” como crime de responsabilidade do Presidente da República.³

Por isso é útil, no esforço de reconstruir o sentido e o alcance prático atual da expressão “probidade na administração”, recorrer à obra política de Rui Barbosa, não propriamente num esforço de interpretação autêntica (em que se recorre ao autor de um

³ Esta diferença não é pouco importante. Desde então o constitucionalismo brasileiro distinguiu entre atos de improbidade e atos atentatórios contra a lei orçamentária, como hipóteses diversas de crime de responsabilidade, como afrontas à ordem jurídico-constitucional de naturezas distintas. A mesma distinção permanece na Constituição de 1988. A importância disto reside em que, uma vez que o Constituinte distingue entre ato de improbidade e ato de desrespeito à lei orçamentária, e prevê, no art. 15 combinado com o art. 37 § 4º, a improbidade administrativa como hipótese de suspensão de direitos políticos, não poderia a lei ordinária (e tampouco o Poder Constituinte derivado), a pretexto de regulamentar (ou reformar) a Constituição, considerar o mero desrespeito à lei orçamentária como ato de improbidade para fins de imposição da sanção de suspensão de direitos políticos – pois estaria (como o faz, efetivamente – assunto de que não nos podemos ocupar aqui) a assimilar à improbidade que enseja, de acordo com a Constituição, a suspensão dos direitos políticos, um ato que, de acordo com a própria Constituição, não pode ensejá-lo, por distinguir-se ontologicamente dele, à luz dos incisos V e VI do art. 85 da Constituição). Se a infração à lei orçamentária pudesse ensejar a suspensão dos direitos políticos, estaria também elencada entre as hipóteses do art. 15, tal como está entre as hipóteses do art. 85. Se a Constituição distinguiu-os nos incisos V e VI do art. 85, é porque não os assimila desde o ponto de vista ontológico – o que deve afastar a sua assimilação para fins da suspensão dos direitos políticos, objeto do art. 15. O mesmo raciocínio vale para o inciso VII do art. 85 da Constituição vigente – de sorte a vedar a assimilação infraconstitucional da improbidade como causa de suspensão dos direitos políticos e a ofensa ao princípio da legalidade ou à decisão judicial.

texto para compreender-lhe o sentido), mas antes de interpretação histórica⁴, de sorte a, servindo-nos do pensamento de um grande intérprete de seu tempo (do pensamento liberal e do constitucionalismo tal como se fazia apropriar entre nós), entender o sentido com que esta expressão ingressou e tem sido utilizada em nossa tradição constitucional e em nossa cultura política.⁵

Fazendo-o, podemos perceber o sentido empregado por Rui Barbosa em outros textos e pareceres, e que será ajustado ao sentido que lhe atribuiu na redação que deu à Constituição de 1891: probidade comparece como sinônimo de virtude, de honestidade pessoal, em sentido geral – assim como “probidade da administração”, como honestidade no trato da coisa pública, garantindo-se a separação entre o público e o privado, e assim, a igualdade republicana.

Da origem da expressão em nosso constitucionalismo, podem-se sugerir dois aspectos da probidade na administração.

Em primeiro lugar, resta evidente situar-se no campo semântico da honestidade, da virtude ética, cuja observância traz honra e cujo desrespeito implica severa reprovação social. Trata-se, o ato ímprobo de ato próprio de quem não se comporta em atenção aos deveres da honestidade e da seriedade. Este é o sentido da palavra à luz de sua etimologia⁶, e é o sentido comprovado ao tempo de sua apropriação pela

⁴ A história da constituição e a de cada um de seus dispositivos contribuem para interpretar o texto respectivo. Estudem-se as origens do Código fundamental, as fontes de cada artigo, as causas da inserção de diversas providências na lei, os fins que se tiveram em mira ao criar determinado instituto, ou vedar certos atos. Tente-se compreender o estatuto brasileiro à luz da história e da evolução dos princípios republicanos; examine-se quais as ideias dominantes na época do advento do novo regime, o que se pretendeu manter, o que se preferiu derrocar. Compare-se o texto vigente com a Constituição Imperial e a dos Estados Unidos, não olvidando que o espírito dessas duas, bem como os casos da *Common Law* e *Equity*, colhidos em clássicos e brilhantes comentários, guiam o escrupuloso intérprete da lei básica de 24 de fevereiro de 1891. É de rigor o recurso aos Anais e a outros documentos contemporâneos, a fim de apurar qual era, na época da Constituinte, a significação verdadeira e geralmente aceita dos termos técnicos encontrados no texto. (MAXIMILIANO, 2011, p. 252).

⁵ Por um de seus elementos – o histórico – o método traça toda a história da proposição legislativa, desce no tempo a investigar a ambiência em que se originou a lei, procura em fim encontrar o legislador histórico, como diz Burckhardt, a saber, as pessoas que realmente participaram na elaboração da lei, trazendo a luz os intervenientes fatores políticos, econômicos e sociais, configurativos da *occasio legis*. Seu emprego insulado serviria ao historiador, não ao jurista; esclareceria negócios jurídicos, não leis. Daqui a necessidade de associá-lo ou vinculá-lo intimamente ao elemento teleológico, que indaga acerca do fim especial da norma, que só se alcança talvez mediante aquele mergulho preconizado por Windscheid, ou seja, quando o intérprete, “debaixo da consideração de todos os momentos acessíveis, se imagina da forma mais plena possível na alma do legislador (...).” (BONAVIDES, 2004, p. 446).

⁶ Vejamos as origens latinas da palavra. *Probitas*, substantivo: correição, honestidade, probidade. *Probo*, verbo transitivo, aprovar, estimar, recomendar, certificar; dar assentimento, dar aprovação, dar sanção; deixar; examinar, testar, provar, demonstrar; tornar-se aceito. *Probe*, advérbio: propriamente, corretamente.

Constituição. Por outro lado, trata-se da exigência da realização destes valores em contexto político, na vida e na gestão públicas, em estreita relação com a preservação da igualdade e da proibição da apropriação do público pelo privado.

Vejamos o que nos ensinam os textos da época sobre o sentido da expressão. A atmosfera política em que a expressão se forja deixa-se intuir na passagem abaixo, de Rui Barbosa, em parecer forjado na prática forense:

A doutrina oposta, a meu ver, seria inconciliável com as ideias da boa fé, da boa razão, do direito civil e da probidade administrativa, que não pode assegurar-se mediante privilégios odiosos, cuja elasticidade acoberte sob a responsabilidade dos particulares os danos causados à fazenda pelos erros de seus agentes, mas pela severa aplicação do direito comum⁷, cuja igualdade obrigue os chefes da administração a velarem pelos interesses do Estado com o mesmo zelo, com que todo indivíduo previdente vela pelos seus, em vez de contarem, para remédio sempre acessível dos descuidos administrativos, com a retosquia fácil dos contribuintes (BARBOSA, 1952, XXIV, p.25).

Já em muitas outras passagens dos textos de Rui, a palavra “probidade” simplesmente significa honestidade, virtude moral da pessoa em seu trato familiar, profissional e social.⁸

É neste sentido não político, mas moral, ou geral, que a palavra probidade aparecera pela primeira em nossa história constitucional (tal como se lê na Constituição de 1824: Art. 75. A idade de vinte e cinco annos, probidade, e decente subsistencia são as qualidades necessarias para ser Membro destes Conselhos).⁹

Mas o uso da palavra em contexto jurídico, e em especial no contexto do direito público, apresenta via de regra a integração dos dois sentidos: trata-se sempre da probidade como honestidade, mas nunca desacompanhada da especial exigência de observância da igualdade. Vejamos este outro texto de Rui:

⁷ A leitura do clássico de Sieyès (2001, p. 6) esclarece o sentido do “direito comum” no quadro do pensamento político liberal, comprometido com a isonomia e com a ultrapassagem dos privilégios políticos e sociais: “Que se faça dos novos nobres tudo o que se quiser. A partir do instante em que um cidadão adquire privilégios contrários ao direito comum, já não faz mais parte da ordem comum. Seu novo interesse se opõe ao interesse geral. Ele não pode votar pelo povo.” E ainda, em límpido resumo, à mesma página: “Nunca será demais repetir que todo privilégio se opõe ao direito comum”.

⁸ “Dentre as testemunhas ouvidas sobressai o barão de Sampaio Viana, cidadão conhecido pela sua probidade, pela sua alta reputação e pela sua competência excepcional em assuntos de administração aduaneira [...]” (BARBOSA, 1952, XXIV, p. 40).

⁹ Nesta passagem ácida, Rui Barbosa aplica-a a ambas as esferas da vida: “Parlamento pensionista, sim, nada mais honroso que este nome! Queriam porventura que os legisladores nacionais, que devem ser em toda parte os tipos irrepreensíveis da probidade pública e privada, oferecessem aos seus compatriotas um exemplo de escandalosa ingratidão contra o soberano que não se desdenhava de estender-lhes a mão cheia de ouro e de graças?” (BARBOSA, 1952, I, I, p. 96).

Isto seria o privilégio da improbidade, ainda não conhecido entre os da fazenda nacional, para se evadir ao alcance do compromisso, implícito a esses documentos, de aceitá-los como títulos de quitação. Ela mesma, a fazenda nacional, que por mais de uma dezena de anos os expediu com a seriedade, a uniformidade, a continuidade de uma praxe autorizada, lícita, eficaz, viria acobertar-se hoje com a alegação de sua irregularidade [...] (BARBOSA, 1952, XXIV, p. 63).¹⁰

Esta passagem revela o compromisso da palavra “probidade” com a igualdade – assimilando-se a improbidade ao privilégio social e político, ao desprezo ao “direito comum”. Transparece também a probidade como dever de coerência e lealdade no comportamento da administração, que não pode – sustenta o parecer cujo trecho transcreve-se acima – surpreender o cidadão, frustrando as legítimas expectativas que nutre em decorrência do comportamento da própria administração. A passagem mostra o compromisso da palavra “probidade” – em contexto administrativo – com os fundamentos republicanos do constitucionalismo de 1891. Sua proteção surge no quadro da ultrapassagem do princípio da irresponsabilidade política do Chefe de Estado, que marcava o sistema constitucional de 1824¹¹ – revelando seu compromisso republicano.

Vimos que, na Constituição de 1824 (art. 75), a probidade compareceu apenas como caractere da pessoa comum, como virtude moral simplesmente em sua vida privada, alçada à condição para o exercício de determinado cargo público. Já na de 1891 seu sentido altera-se, enriquece-se.

A um tempo se pode dizer que a “probidade na administração” continua guardando o sentido de honestidade – mas, já agora, no trato da coisa pública.

Outro argumento se pode ainda aduzir, a demonstrar este fato. A comparação com o projeto de Constituição oferecido pela Comissão presidida por Saldanha Marinho revela que a expressão “probidade na administração” ingressou no texto da Constituição de 1891 por sugestão de Rui Barbosa, que a inseriu em substituição das expressões “peita e suborno” como hipóteses de crime de responsabilidade.

Peita e suborno são ilícitos que maculam o agir estatal pelo efeito nefasto que

¹⁰ “Ninguém, outrossim poderá pôr em dúvida a impossibilidade absoluta, em que se acham os contribuintes, de ditar às estações fiscais a forma das quititações, de recusar as que o fisco houver por bem dar-lhes. Perante os princípios de direito mais comum, da probidade mais ordinária, da justiça mais grosseira, aquele que dá um título em prova de pagamento, é obrigado a reconhecê-lo como tal [...]” (p. 62). Nesta última passagem, a probidade significa a lealdade da administração, de quem se espera não ir contra fato próprio, em ofensa à igualdade e a honestidade.

¹¹ O art. 99 de nossa Carta monárquica dispunha: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

têm sobre a sua origem, atuando sobre a formação da vontade do agente público, que decide, assim, não de acordo com o interesse público e a lei, mas em favor de interesses pessoais (de quem suborna, e seus protegidos). Há aqui, assim, claro e específico compromisso semântico da expressão “probidade da administração” com a honestidade no trato da coisa pública, tal como se verifica da análise de seu ingresso em nosso discurso constitucional brasileiro.

No entanto, se resiste o sentido de honestidade, este se enriquece com o seu enquadramento republicano, forjando-se no novo horizonte político em que se afirma o princípio da igualdade. No mesmo quadro em que se forja o federalismo, a república, o Supremo Tribunal Federal e o *habeas corpus*, forja-se também o princípio da responsabilidade política do Presidente da República, a configurar-se também no caso de atentado contra a probidade na administração – que guarda este sentido originário que cumpre reter para seguir analisando suas transformações e confirmações ao longo da história constitucional do século XX e até o presente.

2.2 Probidade Administrativa no Constitucionalismo do Século XX e Contemporâneo

A falta de probidade na administração como hipótese de crime de responsabilidade do Presidente da República passou a figurar em todas as Constituições brasileiras, desde então – com pequenas alterações com relação à redação proposta por Rui Barbosa e acolhida pela Constituição de 1891.

Na Constituição de 1934, lê-se:

Art. 57 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra:

[...]

f) a probidade da administração; [...].

Na Constituição de 1937:

Art. 85 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra:

[...]

d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público; [...].

Na Constituição de 1946:

Art. 89. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

V – a probidade na administração; [...]

Na Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969:

Art. 82. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição Federal e, especialmente:

[...]

V – a probidade na administração; [...].

Por fim, lê-se na Constituição de 1988:

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

V – a probidade na administração; [...].

Observa-se a continuidade textual do instituto nas diversas Constituições republicanas, respeitando-se, com pequenas variações, a expressão cunhada por Rui Barbosa – “probidade na administração”, como bem protegido pelo instituto da responsabilidade política do Presidente da República.

A imersão na história constitucional brasileira, em busca do esclarecimento do sentido da expressão “probidade administrativa”, sugere o significado de honestidade no exercício de sua função pública, assim como acompanha-se do sentido republicano de guarda zelosa da coisa pública. Não se trata apenas de exercer honradamente a função pública, mas de fazê-lo de modo republicano, sem ofender os limites entre o público e o privado – e garantindo-se sempre que as ações e decisões do mandatário respeitem a igualdade característica da forma republicana, fundando-se na lei e no interesse público. Os dois ingredientes identificados na gênese republicana do conceito – improbidade como desonestidade, maldade e deslealdade; e improbidade como lesão à igualdade e à impessoalidade, como apropriação do público pelo privado – seguem integrados no discurso constitucional brasileiro, desde 1891.

Analisando-se o processo de formulação da atual Constituição, vemos que a redação do art. 85, promulgado em 05 de outubro de 1988, foi proposta já pela Comissão presidida por Afonso Arinos. A pequena diferença, meramente redacional, encontra-se no parágrafo único.

Em que pese a redação do dispositivo apresentar-se quase idêntica aos artigos correspondentes da Constituição de 1967/1969 e das anteriores, a Constituição de 1988

inaugura um novo quadro de inteligibilidade do instituto da responsabilidade política e do sentido e das consequências da improbidade administrativa, uma vez que impõe novas compreensões acerca do princípio republicano, de seus princípios fundantes e da sua relação com os direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 compreende-se como reação e superação do regime autoritário instaurado pelo golpe militar de 1964, e é, por isso, especialmente sensível ao tema dos direitos políticos.

Os direitos políticos foram gravemente restringidos pelo regime autoritário instaurado pelo golpe civil-militar de 1964, e importa ler a Constituição de 1988 como resposta histórica enfática comprometida com a democracia e os direitos fundamentais – e em especial com o respeito aos direitos políticos.

O regime autoritário de 1964 formalizou seu regime em Atos Institucionais que, representando-se como expressão e exercício do poder constituinte originário, regularam a recepção e a validade das normas do regime anterior e deram forma jurídica ao regime de repressão e negação dos direitos fundamentais em geral, e com especial gravidade, dos direitos políticos.

O Ato Institucional n. 1 de 9 de abril de 1964, dispunha:

Art. 10 – No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos.

O Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, aprofunda a repressão política, destruindo por completo os alicerces do princípio republicano:

Art. 4º – No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único – Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

Art. 5º – A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em:

- I – cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função;
- II – suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais;
- III – proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política;
- IV – aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança:
 - a) liberdade vigiada;
 - b) proibição de freqüentar determinados lugares;
 - c) domicílio determinado,

§ 1º – O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados.

§ 2º – As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário.

O Ato Institucional n. 6, de 1º de fevereiro de 1969, ainda dispõe:

Art. 2º – As disposições do art. 5º e seus §§ 1º e 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, aplicam-se às pessoas punidas com fundamento no art. 10 e seu parágrafo único, do Ato Institucional nº 1º, de 9 de abril de 1964, ou no art. 15 do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965.

Este é o contexto contra o qual a Constituição de 1988 reinventa o princípio republicano, assumindo os direitos políticos como alicerce do Estado Brasileiro. O art. 1º da Constituição o faz, ao afirmar “Democrático”, e não apenas “de Direito”, o Estado Brasileiro: ao instituir a cidadania e o pluralismo entre os fundamentos da República; ao afirmar, no parágrafo único, a origem popular de todo poder:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A prodigalidade com que o regime político de exceção havia demonstrado na limitação dos direitos políticos levou a Constituição de 1988 a instituir um regime especialmente severo de proteção dos direitos políticos, limitando de forma muito rígida a possibilidade de sua perda ou de sua suspensão.

A principal norma a veicular expressamente a questão dos limites às possibilidades de limitação dos direitos políticos é o art. 15 da Constituição:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

O art. 37, § 4º, por sua vez, dispõe:

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

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O art. 15 estabelece a improbidade administrativa como uma das hipóteses constitucionais a ensejar, legitimamente, a suspensão dos direitos políticos. Seu objetivo é estabelecer, em relação estrita, não susceptível de interpretação extensiva, analogia ou alargamento por via de lei, quais as condições jurídicas da suspensão dos direitos políticos.

Não há dúvida quanto ao caráter restritivo que se deve atribuir ao dispositivo em causa. Tratando-se de princípio estruturante da República – e dada a sua natureza de direitos fundamentais – em tema de direitos políticos devem ser interpretadas extensivamente – e de forma a emprestar-lhes máxima e imediata eficácia – as normas que afirmam direitos políticos.¹² *A contrario sensu*, devem ser interpretadas de modo restritivo as normas que os restringem.

Esta regra básica, no campo da hermenêutica constitucional, e em especial da hermenêutica dos direitos fundamentais, leva-nos a algumas consequências imediatas.

De um lado, impondo-se entender a relação do art. 15 como *numerus clausus*, conclui-se não ser lícito o alargamento de suas espécies para além do determinado pelo próprio poder constituinte originário.¹³

De outro lado, a sua interpretação/concretização deve-se orientar pelo mesmo espírito. Tanto o legislador como o juiz deverão interpretar de modo restritivo as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos trazidas pelo art. 15 da Constituição. A formulação das leis que regularão a perda dos direitos políticos em razão de improbidade e sua aplicação aos casos concretos não podem conduzir ao

¹² “Quando o estatuto fundamental define as circunstâncias em que um direito pode ser exercido, ou uma pena aplicada, esta especificação importa proibir implicitamente qualquer interferência legislativa para sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade. [...] Interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição. Assim se entendem os que favorecem algumas profissões, classes, ou indivíduos, excluem outros, estabelecem incompatibilidades, asseguram prerrogativas, ou cerceiam, embora temporariamente, a liberdade ou as garantias da propriedade (MAXIMILIANO, 2011, p. 254).

¹³ Dado o disposto no § 4º do art. 60 da Constituição Federal, veda-se até mesmo a possibilidade de alargarem-se as hipóteses de suspensão dos direitos políticos ou de qualquer forma restringir os direitos individuais. Não só a lei infraconstitucional está proibida de alargar estas hipóteses: o próprio poder de reforma constitucional encontra-se proibido de fazê-lo.

estabelecimento de hipóteses de suspensão dos direitos políticos mais amplas que as previstas constitucionalmente.

Uma vez que o Constituinte estabeleceu a relação inultrapassável de hipóteses de suspensão dos direitos políticos, não pode vir o legislador infraconstitucional a estendê-las, no intuito de regulamentar o dispositivo. De se ressaltar que o atingimento de direitos políticos de forma irracional e ilimitada estaria, evidentemente, divorciado de todo o arcabouço de uma Constituição que materializa a antítese ao autoritarismo e que, assim, assegura a participação cidadã.

Aqui se coloca a questão crucial, respeitante à compreensão constitucionalmente adequada da improbidade administrativa como causa da suspensão dos direitos políticos.

Por esta razão, é imperativo esclarecer, desde a perspectiva do sistema constitucional¹⁴, o sentido da expressão “improbidade administrativa”. A partir da definição de seu sentido constitucional, pode-se passar à análise da compatibilidade, face à Constituição, do sentido dado à expressão pela lei infraconstitucional e, especial pela Lei de Improbidade Administrativa.

Pode o sentido dado pela lei infraconstitucional em causa ser mais largo do que o admitido pela Constituição? Häberle esclarece o caráter fundamental da interpretação constitucional nos marcos pluralistas do Estado Democrático de Direito:

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside do fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (“ein Stück Öffentlichkeit und Wirklichkeit der Verfassung”), não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da “res publica” na interpretação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário (“in das Spannungsfeld des Möglichen, Wirklichen und Notwendigen gestellten Verfassungsverständnisses”). Uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (Öffentlichkeit), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e

¹⁴ “A interpretação começa onde naturalmente se concebe a norma como parte de um sistema [...]. É a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas. Sua atenção recai sobre a norma jurídica, tomando em conta, como já evidenciara Enneccerus, “a íntima conexão do preceito, do lugar em que se acha e da sua relação com os demais preceitos”, até alcançar “o laço que une todas as regras e instituições num todo coerente”. É possível assim com o emprego dos elementos lógicos e disponíveis e dos princípios mais gerais e abstratos do sistema elucidar a norma, objeto de interpretação. Graças a esse método, que assenta objetivamente sobre relações ou interconexões de normas, pôde a hermenêutica jurídica extrair diversas regras ou cânones interpretativos fundados em argumentos lógicos (*a fortiori*, *a contrario*, *sedes materiae* e *ab absurdo*), cujo emprego é frequente da parte de quantos abraçam na interpretação das leis o critério lógico-sistemático.” (BONAVIDES, 2004, p. 445).

privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos (HÄBERLE, 2002, p. 33)¹⁵.

A hermenêutica constitucional tem especificidades importantes a ter em conta, especialmente em sede de interpretação dos direitos fundamentais. Rememoremos a lição de Paulo Bonavides:

É o princípio que, por excelência, preserva o espírito da Constituição. E, tratando-se de interpretar direitos fundamentais, avultam a sua autoridade e prestígio, na medida em que a natureza sistêmica, imanente ao mesmo, pode conduzir, entre distintas possibilidades interpretativas, à eleição daquela que realmente, estabelecendo uma determinada concordância fática, elimina contradições e afiança a unidade do sistema (BONAVIDES, 2004, p. 595).

A centralidade dos direitos fundamentais na hermenêutica contemporânea é francamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, cabendo extrair-lhe as consequências práticas que exige.

Conclui-se, por esta via, que a expressão constitucional deve ser utilizada em sentido tal que se mantenha acessível a todos os seus intérpretes, impondo-se a investigação sobre seu significado.

Como já rememoramos, a palavra probidade, em suas raízes etimológicas, remete-nos ao campo semântico da honestidade, da honradez, da virtude moral, da integridade, ao passo que a improbidade remete à corrupção e desonestidade.

O sentido fundamental da palavra contém inegável conteúdo ético, permitindo concluir que seu uso na Constituição visa atingir – e cercar de graves consequências jurídicas, no âmbito do direito político – a desonestidade, a maldade, a corrupção, a vileza.

Já a expressão “improbidade administrativa” mantém esta mesma carga significativa, enriquecendo-se, ainda, por sua utilização na tradição política e constitucional do País, para compreender-se como repulsa a atos de corrupção que impliquem negação da igualdade e na apropriação do público pelo privado. Se este é o sentido da palavra, e da expressão, na Constituição, deve a legislação que a regulamenta respeitá-lo?

¹⁵ “‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. [...] Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição! Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade: a política de garantia dos direitos fundamentais de caráter positivo, a liberdade de opinião, a constitucionalização da sociedade, v.g., na estruturação do setor econômico público.” (HÄBERLE, 2002, p. 37).

2.3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA LEI INFRACONSTITUCIONAL

Voltemos nossa atenção ao Capítulo II da Lei 8.429/1992, que “Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências”, e sua relação com as penas que prevê no capítulo III.

Os atos de improbidade são distribuídos em três grandes grupos. O art. 9º define e elenca (exemplificativamente, compreende a jurisprudência dominante) os atos de improbidade que importam enriquecimento lícito, definindo-o como o fato de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei.

São muito heterogêneas as hipóteses configuradoras da improbidade administrativa na Lei 8.429/92, as quais nem sempre se restringem a atos desonestos e corruptos, e assim merecedores da reprovação social por sua imoralidade e afronta ao dever de integridade e lealdade, nem tampouco ao dever de observar a igualdade e as fronteiras entre o público e o privado.

Neste sentido, a configuração legal dos atos de improbidade mostra-se em tensão com a da norma constitucional, para a qual a improbidade administrativa tem claro sentido de delito moral e político, tão altamente reprovável a ponto de estabelecer-se como causa de constrição dos direitos políticos.

A redação do art. 9º costuma gerar menor cizânia. Ali, preveem-se atos caracteristicamente desonestos, de afronta ao princípio republicano pela apropriação particular do bem ou do patrimônio público, ou em razão da posição que o agente ocupa na administração pública. Tratar-se-á, sempre, de enriquecimento ilícito em prejuízo da administração pública, aproveitando-se o agente de sua condição para obter vantagem que não lhe seria possível alcançar não fossem o poder, a facilidade ou a oportunidade que a função pública lhe proporciona.

Já a definição e as hipóteses previstas nos arts. 10 e 10-A não correspondem, necessariamente, a atos de desonestidade. Em se tratando de atos que causem lesão ao patrimônio público, há que distinguir entre aqueles que o acarretam com ou sem a reprovabilidade social dirigida aos atos imorais (em sentido geral e em sentido político).

Clara tensão com o sentido constitucional de “improbidade administrativa” se

verifica, por exemplo, na qualificação como ímprobos de atos cuja ilicitude consista apenas na falha na “estrita observância das normas pertinentes” ou “na observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis” ou em observar “as formalidades previstas na lei”, ou na “aplicação irregular” de recursos. As condutas ali descritas (art. 10, incisos II, III, VI, VIII, IX, XI, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XX, XXI, e o art. 10) podem ou não – a depender do caso concreto – configurar improbidade administrativa no sentido constitucional, porque podem, ou não, acompanhar-se da reprovabilidade ética e política que a Constituição liga à expressão.

A verificação da improbidade em sentido constitucional deve dar-se em todo o caso concreto, uma vez que é possível que fatos que via de regra importem ofensa desleal e imoral ao princípio republicano (tais como os descritos nos incisos I e II do art. 10) tenham sido praticados sem este elemento subjetivo. Não é impossível – e nem raro – que o ato “facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º” da lei, tenha ocorrido de boa-fé, e sem qualquer mácula de desonestidade. Não caberia, na hipótese, a aplicação da sanção da suspensão dos direitos políticos – uma vez que tal ato não se poderia considerar improbo no sentido constitucional.

O mesmo se pode vislumbrar com respeito ao inciso II do mesmo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa. Não raro ocorre de o agente público “permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º” da lei, repleto de boa intenção, de propósito republicano, ainda que se possa reconhecer alguma irregularidade.

A mesma tensão entre o sentido constitucional de “improbidade administrativa” e a sua regulamentação legislativa acontece, e com maior intensidade, na definição e nas hipóteses do art. 11, que define como ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que atenta contra os princípios da administração pública, que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

A rigor, bem lido o *caput* do art. 11 guarda relação muito próxima com o sentido ético-político que, à luz de nossa tradição constitucional, deve-se atribuir à expressão “improbidade administrativa”. Como vimos, já Rui Barbosa – que promoveu a inserção da expressão “probidade da administração” em nosso constitucionalismo – chamava atenção para a honestidade, a imparcialidade e a lealdade como ingredientes de seu

sentido.

No entanto, obviamente ultrapassa o limite de seu significado ético-político a assimilação à improbidade de todo e qualquer atentado contra a legalidade ou contra os demais princípios constitucionais da Administração Pública que não o da moralidade administrativa.

A ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e da eficiência, a que remete o *caput*, pode ou não, no caso concreto, mostrar-se reprovável no sentido ético-político. Mais claramente ainda se observa que a infringência de todos os incisos do art. 11 pode dar-se eventualmente sem a reprovabilidade ético-política (a desonestidade, a falta de honradez e integridade, a desídia com a coisa pública, a ofensa à igualdade ou à distinção entre o público e o privado).

Salva-se e justifica-se o *caput* do art. 11 apenas se se leva a sério a sua afirmação de que a infração aos princípios apenas configurará improbidade administrativa se e somente se violar “os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”. Com esta leitura, mantem-se a norma legal nos limites estritos do sentido emprestado pela Constituição à expressão “improbidade administrativa”, não sendo esta, no entanto, a interpretação que se tem atribuído ao dispositivo.

2.4 SANÇÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O Art. 12 da lei 8429/92 estabelece, para os atos previstos em cada uma das seções do capítulo II, um certo elenco de sanções, cuja aplicação caberá ao Poder Judiciário. Entre as sanções possíveis está a suspensão dos direitos políticos.

Como vimos, em todas as definições de atos de improbidade administrativa (dos arts. 9º, 10, 10-A e 11), é possível configurarem-se casos concretos em que há improbidade no sentido legal, mas não no sentido constitucional.

Como a lei arrola as sanções políticas ao lado das demais, prevendo-as todas juntas em referência a seu conjunto de hipóteses, sem indicar que sanções devem ser aplicadas a que hipótese, transferiu-se para a jurisprudência o ônus de construir os critérios para aplicação das sanções.

A jurisprudência, todavia, não tem dado sempre atenção à distinção, imposta pelo dever de aplicar sanções nos limites da Constituição, entre atos de improbidade administrativa em sentido próprio (a dizer, atos que se poderiam dizer “ontologicamente

ímprobos”, ou atos de improbidade administrativa de acordo com a Constituição) e atos de improbidade administrativa em sentido equívoco (a dizer, atos de improbidade administrativa meramente de acordo com a lei, sem observar a presença da desonestidade pessoal ou do ataque aos princípios republicanos e que não se apresentam, assim, como atos “material ou ontologicamente ímprobos”).

Neste sentido, importa distinguir atos que possam ser propriamente chamados de ímprobos (de acordo com a Constituição), de outros que apenas recebem da lei este qualificativo.¹⁶

No esforço pela clareza, forjam-se assim os dois conceitos em jogo:

Ato de improbidade em sentido próprio – compreende todas as condutas que a lei configure como ímprobos e que ao mesmo tempo possam considerar-se ímprobos no sentido constitucional, o que implica a presença de desonestidade, maldade ou desídia, com rompimento da igualdade e das fronteiras do público e do privado em benefício próprio ou de terceiro. Apenas a estas condutas se pode aplicar a sanção de suspensão dos direitos políticos.

Ato de improbidade em sentido equívoco – compreende todas as condutas que a lei configure como ímprobos, mas que não desafiam a intensa reprovação social reservada aos atos desonestos, maldosos ou desidiosos atentatórios contra a igualdade e as fronteiras entre o público e o privado. A estes atos podem ser aplicadas sanções de natureza penal, civil ou administrativa disponíveis em geral ao legislador ordinário, mas nunca a suspensão dos direitos políticos.

A Lei de Improbidade Administrativa prevê sanções para a punição tanto dos atos de improbidade em sentido próprio como em sentido equívoco.

A compreensão constitucionalmente adequada do seu sistema sancionatório impõe que as sanções políticas só possam ser aplicadas aos atos que se podem compreender, de acordo com a Constituição, como de improbidade administrativa.

A própria Constituição proibiu estender tais sanções a outras hipóteses. Em razão disto, o intérprete apenas aplicará a sanção de suspensão dos direitos políticos aos atos que, para além de previstos pela lei infraconstitucional como improbidade, possam assim considerar-se também em sentido próprio (constitucional). A sanção de suspensão dos direitos políticos apenas poderá ser aplicada em resultado ao processo

¹⁶ Utilizamos a expressão “atos ontologicamente ímprobos” em esforço didático, sem deixar de reconhecer a impossibilidade de ultrapassar-se a instância linguística em que se define, culturalmente, o que sejam atos honestos ou desonestos, probos e ímprobos. A rigor, com atos ontologicamente ímprobos quer-se designar os atos que, de acordo com a cultura política republicana e com o sentido culturalmente vigente e compartilhado da palavra “improbidade”, sejam objeto da veemente reprovabilidade social que se dedica aos atos desonestos, imorais, antiéticos – e que sejam motivados pelo elemento subjetivo correspectivo (eis que, também à luz de nossa tradição ético-política, apenas as ações motivadas pela maldade, ou no mínimo pelo desprezo ou pela indiferença pelo outro, é que são efetivamente taxadas de imorais, desonestas ou ímprobos). Apenas a atos desta espécie a Constituição terá reservado a sanção da suspensão dos direitos políticos.

da ação de improbidade administrativa em que se configurar desonestidade, desídia, maldade ou qualquer outro aspecto da vontade ou da conduta que desafiem a intensa reprovação social que a sociedade reserva para a corrupção.

Para estes atos podem ser aplicadas todas as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, inclusive a sanção de suspensão dos direitos políticos.

Já para os atos que configuram improbidade apenas em sentido equívoco (uma vez ausentes os elementos subjetivo-objetivo-normativos configuradores da improbidade em sentido ontológico – atos sem desonestidade; sem reprovação social; sem atentado contra a igualdade e a distinção entre o público e o privado) veda-se a aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos, constitucionalmente limitada pelo art. 15 da Constituição ao que constitucionalmente se compreende como “improbidade administrativa”. Não se pode aplicar a sanção de suspensão dos direitos políticos aos atos sem maldade, vez que se excede o sentido constitucional da expressão “improbidade administrativa”. Lícito, nestes casos, cogitar a aplicação de outra sanção: multa, ressarcimento, perda de bens, e proibição de contratar com a administração. Seguramente, não se pode aplicar, nestes casos, a suspensão dos direitos políticos.¹⁷

Difícilmente será possível distinguir as hipóteses de improbidade administrativa em sentido próprio ou em sentido equívoco, se tentarmos fazê-lo em abstrato, apenas pelo exame do texto da lei. Todas as hipóteses dos arts. 9º, 10, 10-A e 11 podem dar-se com ou sem a reprovabilidade ético-política em causa. Em que pese ser razoável prever que as condutas do art. 9º serão em regra acompanhadas da desonestidade e do espírito antirrepublicano a que a Constituição impõe a suspensão dos direitos políticos – haverá casos em que isto poderá não acontecer. De outra forma, todos sabemos que condutas do art. 11 muitíssimas vezes acontecem sem maldade – embora reconheçamos frequentemente ocorrerem também de outra forma.

3. Conclusões

Grande parte das definições ou hipóteses a que faz alusão a Lei de Improbidade Administrativa pode realizar-se sem atrair a reprovação social de que são merecedores

¹⁷ A perda do cargo ou função e a indisponibilidade de bens são, respectivamente, sanção política e constrangimento processual ao patrimônio que se pode argumentar também aplicáveis apenas ao ato de improbidade administrativa em sentido próprio, e não à improbidade em sentido equívoco, por razões análogas que não é possível desenvolver aqui.

os atos de “improbidade administrativa”, de acordo com os usos ético-políticos que a sociedade empresta a esta expressão em comunicações e debates contemporâneos.

São hipóteses que, do ponto de vista meramente literal e sem a necessária análise constitucional, podem ocorrer sem a presença de qualquer maldade, desonestidade, deslealdade, desídia, sem qualquer intuito de favorecer indevidamente a si ou a terceiro, ausente a ofensa à decência, em que o autor não possa nem mesmo ser acusado de injusto.

Atos e omissões a que pode faltar até mesmo qualquer intenção (involuntários), ou que se dão mesmo por bons motivos, podem interpretar-se, de acordo com a lei 8.429/92, e sem a necessária luz constitucional, como “improbidade administrativa”. A inobservância simples formal da lei, do regulamento ou do procedimento já pode ser considerada legalmente ímprobo, se analisada exclusivamente a redação legal.

A questão então atine a concluir sobre uma possível tensão entre a Constituição e a Lei de Improbidade Administrativa, no quanto esta parece estender a sanção de suspensão dos direitos políticos a hipóteses vedadas energeticamente pela Constituição, ao inserir entre os casos de improbidade administrativa condutas que jamais poderiam sê-lo desde o ponto de vista constitucional, porque não carregam o mesmo sentido ético-político.

A conclusão, no entanto, não parece conduzir à afirmação da inconstitucionalidade das sanções previstas, mas à necessidade de readequação jurisprudencial acerca do sistema ou da metodologia de aplicação das sanções previstas pela lei.

Embora não seja de boa técnica – exatamente por conduzir às distorções apontadas aqui – não há qualquer óbice a que a Lei de Improbidade Administrativa, sendo lei, crie (desde que proporcionalmente e em atenção aos princípios constitucionais pertinentes) sanções penais, civis, políticas e administrativas a atos que considere devam ser reprimidos. Assim o faz a lei penal, por exemplo, ou a lei eleitoral, e também a própria Lei de Improbidade Administrativa.

O que a lei não pode fazer é impor sanções que importem a suspensão de direitos políticos a condutas que não possam ser consideradas, desde o ponto de vista constitucional, como “improbidade administrativa”.

Como a Lei 8.429/92 elenca as sanções em bloco, para cada um dos tipos de improbidade administrativa, e não é possível distinguir em abstrato se qualquer uma de suas hipóteses consiste em improbidade administrativa em sentido próprio, qual seja,

aquela que flui do texto constitucional, cabe ao Poder Judiciário distinguir, no ato, a cada caso, a presença da vileza que a Constituição pune com a suspensão dos direitos políticos.

As sanções de multa, de restituição ao erário, de proibição de contratar, conquanto se mantenham nos limites do direito civil, administrativo, penal e/ou sancionatório, podem ser previstas pela Lei de Improbidade Administrativa e imputadas às condutas que o legislador entender por bem reprimir (desde que atenda aos princípios constitucionais aplicáveis, razoável e proporcionalmente).

Mas a sanção de suspensão de direitos políticos, a lei e o Poder Judiciário apenas poderão impor, por força do art. 15 da Constituição e do sentido que a expressão “improbidade administrativa” recebe em nosso sistema constitucional, às hipóteses em que se verificarem a desonestidade, a maldade, a deslealdade, a desídia, reprováveis ético-politicamente à luz de nossa tradição constitucional e do debate político e social contemporâneo.

Apenas em resultado ao processo, em resultado ao contraditório probatório-argumentativo, no caso concreto, poderá concluir-se se se trata de ato de improbidade em sentido próprio ou em sentido equívoco.

Por um lado, à luz do exposto, é possível concluir-se não padecer a Lei de Improbidade Administrativa de inconstitucionalidade por ofensa à Constituição no que respeita às sanções que prevê e às condutas que imputa. Previsse a Lei de Improbidade Administrativa apenas a sanção de suspensão dos direitos políticos como consequência a todas as hipóteses a que faz referência seria ela evidentemente inconstitucional. Mas, como esta é uma dentre outras sanções que prevê, transfere-se ao julgador a responsabilidade de discernir as hipóteses em que a sanção de suspensão dos direitos políticos poderá ocorrer, dando interpretação à lei tal que lhe assegure a sua compatibilidade com a Constituição. O modo como a lei está redigida pode sustentar-se validamente no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, desde que a aplicação da sanção de suspensão dos direitos políticos fique reservada apenas aos atos de improbidade em sentido próprio, isto é, aos atos ontologicamente ímprobos, tal como se pode compreendê-los à luz de nossa tradição constitucional.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. Prova de quitação de impostos alfandegários. Veiga, Pinto & Cia versus Fazenda Nacional. In: **Obras completas de Rui Barbosa**. Vol. XXIV. 1897. Tomo II. Trabalhos Jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1952, pp. 9-26.
- _____. A Câmara Pensionista. In: **Obras completas de Rui Barbosa**. Vol. I. Tomo 1. Primeiros Trabalhos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1952, p 96.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- COELHO, Nuno M. M. S. A improbidade administrativa e suas sanções à luz da história constitucional brasileira. In: MORAU, Caio. *História e Futuro do Direito Brasileiro: Estudos em homenagem a Ignacio Maria Poveda Velasco*. São Paulo: LiberArs, 2019, p. 265-281.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le tiers état? (A constituinte burguesa)**. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

Recebido em 19/09/2019
Aprovado em 25/11/2019
Received in 19/09/2019
Approved in 25/11/2019