

Direitos políticos e improbidade administrativa



RICARDO DE PÁDUA CÍCERO ALVES DE ALENCAR

Especialista em Direito Constitucional Eleitoral (ALEPI), Bacharel em Direito (CEUT), Técnico em Contabilidade (IFPI) e Servidor do Ministério Público do Estado do Piauí (MPPI).

E-mail: rpalenkar159@gmail.com.

DIREITOS POLÍTICOS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Ricardo de Pádua Cícero Alves de Alencar¹

RESUMO: No Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção, a improbidade administrativa é destacável por sua censura estipulada pela própria Constituição Federal. Apesar de estabelecer as diretrizes mínimas para responsabilização de quem pratica o ato ímprobo, sua caracterização é remetida à legislação infraconstitucional. O ato ímprobo repercute em âmbito eleitoral, pelo que a opção do constituinte por uma norma de eficácia limitada para regulamentação do assunto gera inúmeras discussões, à medida que os direitos políticos são garantias de participação dos cidadãos na composição do aparelho estatal e na condução da máquina pública, tendo, assim como a censura à improbidade, seu fundamento na própria Constituição Federal. Este trabalho discorre sobre os efeitos eleitorais da improbidade a partir dos elementos necessários à sua configuração, em especial, as consequências para a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei Complementar 64/1990 (Lei de Inelegibilidades).

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Direitos políticos. Combate à corrupção.

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção é composto por múltiplas ferramentas, criadas com objetivo de enfrentamento da corrupção em seus aspectos distintos. Espalhadas pelo ordenamento jurídico pátrio, elas carregam em si uma idealização de unidade em seu propósito, pelo que são mutuamente consideradas para a sua correta aplicação.

Uma das modalidades de destaque nesse sistema de censura à corrupção é aquela que incide sobre os direitos políticos, sobretudo porque, no Brasil, há um histórico aparentemente naturalizado de utilização do Poder Público para a satisfação de interesses pessoais, por meio de relações escusas, em detrimento dos interesses coletivos.

As sanções que afetam os direitos políticos assumem, dentro desse contexto, um papel de suma importância porque permitem afastar do exercício da função pública, ou do mandato, os responsáveis por atos corruptivos, bem como estabelecem uma quarentena política a fim de

1 Especialista em Direito Constitucional Eleitoral (ALEPI), Bacharel em Direito (CEUT), Técnico em Contabilidade (IFPI) e Servidor do Ministério Público do Estado do Piauí (MPPI) – rpalenkar159@gmail.com. De experiência e ênfase em Direito Administrativo, Financeiro, Econômico, Gestão, Controle, Auditoria e Políticas Públicas. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/3367723646301005>. Acesso em 22.ago/22.

que não possam assumir ou disputar um cargo eletivo.

Este estudo busca, nesse sentido, analisar as sanções decorrentes da improbidade administrativa, uma as formas de intervenção nos direitos políticos, a partir dos enfoques estabelecidos pela Lei 8.429/1992 (Improbidade Administrativa) e Lei Complementar 64/1990 (Inelegibilidades), em especial, a interação entre tais diplomas e a Constituição Federal, dadas as divergências interpretativas que trazem dúvidas de repercussão prática no cotidiano administrativo e jurisprudencial dos que se debruçam sobre o tema.

2 DIREITOS POLÍTICOS

Em interpretação sistemática do Cristo Abstrato², os direitos políticos são conceituados como manifestação por excelência da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, Constituição Federal), do poder que emana do povo para condução na máquina pública (art. 14 a 16, Constituição Federal). Eles são assim o conjunto de normas constitucionalmente fixadas para a participação popular no processo político brasileiro. A essência dos direitos políticos é manifestada pelo sufrágio (*ius suffragi*³): composto pela aptidão de votar e de ser votado. Tem um duplo aspecto: (a) capacidade eleitoral ativa (*ius singuli*⁴): expressão da opinião política: votar e (b) capacidade eleitoral passiva (*ius honorum*⁵): integrar a atividade pública: ser votado.

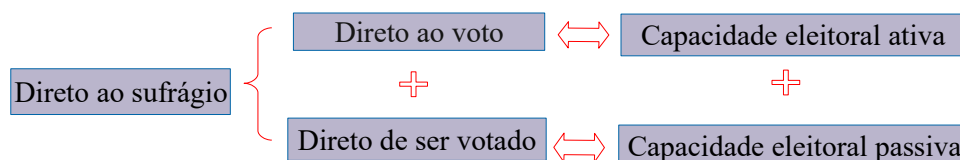


Figura 1: esquema de desdobramento do direito ao sufrágio.

O direito ao sufrágio é bifurcado no direito de votar e no direito de ser votado. Representa, dessa forma, a capacidade eleitoral, em sua forma ativa (*votar*) e passiva (*ser votado*). A premissa é essencial para distinguir as implicações jurídicas da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e da Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990).

2 Doze representantes, escolhidos entre os mais idosos, apresentavam a Constituição aos seus colegas. O representante que carregava o “livro divino” caminhava lentamente, olhos baixos, a cabeça inclinada. Os deputados se levantavam enquanto o cortejo passava. A Constituição se assemelhava ao “Cristo abstrato”. (HORTA, Raul Machado. Permanência e Mudança na Constituição. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: 188: 14-35, abr./jun.1992).

3 Do latim, direito ao sufrágio.

4 Do latim, direito singular. A individualidade do voto. Uma quota por pessoa.

5 Do latim, direito de honra. A probidade para ser eleito. Condição de elegibilidade. Relaciona-se diretamente com a etimologia de candidato: aquele que é cândido, limpo e desprovido de culpa.

3 DO COMPROMISSO CONSTITUCIONAL DE COMBATE A CORRUPÇÃO

Toda atividade estatal é sustentada em três pilares: povo, governo e território. Para organizar o povo dentro de um território, assegurando e provendo com o que lhe é demandado, o governo necessita de recursos que são auferidos pela exação, ou seja, a retirada forçada dos proventos conseguidos pelos cidadãos nas atividades econômicas através de tributos. Andam, assim, de mãos dadas Estado e Mercado. Levando à conta todos os esforços coletivos que fomentam a máquina pública, a utilização de tais valores deve, a todo custo, obedecer a critérios mínimos para a manifestação de boas práticas na apresentação de resultados eficientes e mensurados, a olhos vistos, por quem os provê – como acontece no cotidiano privado – a exemplo de sócios de determinada companhia com os capitais iniciais entregues ao administrador dela ou dos progenitores que investem nas formações acadêmica e pessoal de seus filhos.

Decorrencia disso, a ordem dos comandos constitucionais elenca, didática e sequencialmente: (1) custeio da máquina pública por cidadãos (Título I, Constituição Federal) (2) previsão da liberdade positiva (Título II, Constituição Federal) e (3) desenho das atribuições estatais – com operação e comportamentos interventivos na sociedade unicamente quando requerido – observando, para cumprimento dessas atribuições, os espeques norteadores (princípios administrativos), buscando, sempre, o interesse público, do comum, sobre o particular/pessoa que materializa esses atos (Título III, Constituição Federal), pois o Estado, com sua aparelhagem, é criação ficta e até hoje não foi encontrado um outro método mais acurado para a conciliação e organização do povo em determinado território (SUBTIL, 2014).

Quando o Estado Brasileiro tomou para si as atribuições de ditador normativo (*centro de produção das regras para organização social através da função legislativa*), de responsável pelos serviços públicos e decorrentes da soberania nacional (*tomada imperial de insumos e/ou recursos particulares com conversão deles no produto público e em segurança do povo pelas funções de chefia de estado e de governo, ambas alocadas no chefe do Executivo*), também o fez em relação a fiscalização do que fixou como parâmetro para ordenação e progresso de seu povo (*função jurisdicional e, por seus auxiliares, dizer a solução para determinado litígio*). E, apesar da partição de poderes e atribuições, o Estado continua uma unidade fictícia, em abstrato, sempre materializado por terceiros e, de igual forma que empresas, criado para produzir resultados. Sempre dependente de longas discussões legislativas que, ao promulgar a norma, é de pouca prática (*para subsumir a maior quantidade de casos e conciliar os interesses conflitantes*) ou já é antiga (*específica demais, ultrapassada pela rapidez moderna*); sem a intervenção direta de seus investidores: os cidadãos; litigando contra ele mesmo para que

cumpra com o que prometeu, observada a finitude de recursos e as demandas que pululam; aliado às decisões de gestão inarmoniosas e quase randômicas; não fossem os meios de coerção, o Estado Brasileiro aparenta, de longe, a empresa que ninguém provavelmente investiria ou, a seu tempo, quisesse jamais integrar: ineficiente e tendenciosamente falida. Fator que leva, constantemente e por diversas maneiras, ao aperfeiçoamento de sua sistemática.

Na cartografia evolucionar da atividade estatal, doutrinas clássicas a recortam em três grandes fases: patrimonial, burocrática e gerencial. Na primeira, os bens públicos são inseparáveis dos particulares, uma herança da época absolutista (*soberano poderia fazer o que entendesse pertinente com os recursos tomados a força da população*). A desconfiança da população no Estado, a formação da classe burguesa (*que não queria entregar os proventos conseguidos para sustentar o aparelho estatal*), bem como a necessidade de distinção entre público e privado, impulsionaram a instalação da fase burocrática: caracterizada pela extrema racionalização dos recursos administrados, com a hierarquia, impessoalidade, formalidades, estabelecimento de normas e o fiel cumprimento. Apesar dos benefícios advindos, as disfunções desse tipo de gestão engessaram a administração pública, pelo que se buscou uma maneira de otimizá-la. Surge, então, mais recentemente, o modelo gerencial que almeja, *sem descuidar da finalidade pública, atender às demandas sociais, observando a dinâmica privada*.

Em que pesem os recortes para interpretação e análise, os aspectos de uma ou de outra fase não foram encerrados com o período histórico em que se manifestaram. Os vieses patrimonialistas estão impregnados na estrutura estatal, em especial, a corrupção. Ela é a principal causa da ineficiência estatal: recursos destinados a uma área são desviados a outra, o labor do contribuinte é menoscabado pela desídia do servidor, pela omissão a certos aspectos da atuação, às vezes, intencionalmente contida para benefício ou prejuízo de alguém. Com ela, o interesse público é corrompido e, junto dele, o sentido de Estado. O descrédito com a atividade estatal é, a seu modo, levado por regra em toda a Administração Pública. A corrupção se torna um frasco de conteúdo tóxico que, ao ser aberto, impregna e inutiliza tudo ao redor. É degenerativa. E as implicações da presunção de legalidade dos atos estatais pelos agentes que os manifestam – e consigo de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – são apagados do imaginário popular, mesmo aqueles que agem eticamente e com balizamentos probos, pois tudo ali passa a feder e, do odor, a lembrança do “mais frio de todos os monstros”⁶.

Por toda essa consideração, o combate à corrupção passa então a ser preocupação do próprio Poder Constituinte na Ordenação Constitucional de 1988, em especial, no que tange e

6 “O Estado é o mais frio de todos os monstros. Ele mente friamente; de sua boca sai esta mentira: Eu, o Estado, sou o povo” (NIETZSCHE, Friedric. Assim falou Zaratustra. São Paulo: Martin Claret, 2015. p.53).

toca a probidade administrativa (art. 37, § 4º, Constituição Federal).

4 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em seu aspecto etimológico, improbidade significa ausência de integridade⁷. No Direito Administrativo, ela é conduta que viola a lisura dos atos praticados pelos agentes públicos. Improbo é, assim, quem age de forma desleal ou desonesta no desempenho da função pública, menoscabando os esforços coletivos para a manutenção do aparelho estatal.

De acordo com a Constituição Federal:

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.

Na parte principal, o dispositivo transcrito apresenta as vigas de sustentação da administração pública – seus princípios – e aponta as consequências da improbidade administrativa: (a) suspensão dos direitos políticos, (b) perda da função pública, (c) indisponibilidade dos bens e (d) ressarcimento ao erário, restringindo, contudo, sua aplicação à forma e à gradação de legislação infraconstitucional (*norma de eficácia limitada*⁸).

Essa sistemática adotada pelo constituinte para a responsabilização da improbidade administrativa, inclusive quanto a indicação de que o ato ímprobo é censurável sem prejuízo da ação penal cabível, é explicável a partir das discussões da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), criadora da nova Ordem Constitucional de 1988, que amplamente promoveu o combate à corrupção como um balizamento para a organização e o progresso nacional.

Nas discussões da ANC, a improbidade chegou a ser elencada como um crime inafiançável – junto do racismo, das atividades de grupos paramilitares e de outros mandamentos penalizadores graves – para combater e, à igual maneira, não repetir o período militar que precedeu a nova ordem constitucional, pois o regime foi, antes de tudo, um celeiro de corrupção⁹.

7 Em latim, *improbus* (*im*: negação, falta, ausência; *pro*: anterior, precedente; *bus*: ser, qualidade de ser, como o estar, por isso também a indistinção inglesa do verbo *to be* entre o ser e o estar). Falta de prova do que se é, do precedente íntegro que se espera das coisas e, por consequência, das pessoas: qualidade de inteireza.

8 Para a produção de efeitos, ela requer a elaboração de outra norma que a regulamente.

9 BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Ano II, nº. 194, Quarta-feira, 2 de Março de 1988. Brasília, DF. p.453-457. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N014.pdf>>. Acesso em 22.ago/22.

As nódoas e atrocidades da atuação totalitária militar deveriam, dali em diante, ser extirpadas da administração pública. O compromisso firmado pelos constituintes com a sociedade brasileira foi duplo: moral e histórico. Um salto para que iguais erros não fossem repetidos (*aprendizado com a história*) e, combatendo-os, extinguir a naturalizada ideia do aparelho estatal corrupto, imoral e desacreditado pela população (*resgate da moralidade pública*).

Por enxergarem a improbidade, essa falta de zelo com a fé, a ética e a moralidade pública, em esfera de responsabilidade distinta da criminal, mas não menos relevante e igualmente danosa à própria legitimidade estatal e de quem, por sua função, o representa; a redação final foi de que tais atos “*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*” (art. 37, § 4º, Constituição Federal)¹⁰.

Coube, portanto, à norma de eficácia limitada definir a maneira de responsabilização específica dos que, a qualquer título, promovem tal descrédito com a gestão pública. A regulamentação da norma constitucional aconteceu quatro anos depois e, assim como na ANC, depois de acirradas discussões no Parlamento Nacional (art. 1º, Lei 8.429/1992).

Na discussão legislativa sobre a norma regulamentadora (Lei 8.429/1992), o projeto somente previa responsabilização daqueles que se enriquecessem ilicitamente com o ato, no entanto, o “*mandamento constitucional não se refere somente ao enriquecimento ilícito, reporta-se a todo e qualquer ato de improbidade administrativa, tenha ou não havido enriquecimento do agente em função de sua ação administrativa*” (BRASIL, 1991, p.56-68¹¹).

Por força da brevidade do processo legislativo, o texto foi substituído para a inclusão de forma meramente exemplificativa dos atos que, mesmo não importando em enriquecimento ilícito, isto é, da sangria do erário, acarretam igualmente na violação do patrimônio intangível da Administração Pública: prestígio administrativo, lisura pública, confiança estatal.

Entenderam os congressistas que sua imaterialidade não é atenuante de sua gravidade. Apesar de economicamente imensurável, dilapidar o que legitima toda a atividade administrativa é, por si só, ainda mais danoso à imagem pública do que desviar recursos do erário. Violar a viga de sustentação – seus princípios – é, pois, ferir de morte toda a gestão pública.

Diante dessas considerações, o legislador então previu hipóteses de (a) enriquecimento ilícito (art. 9º, Lei 8.429/1992), (b) lesão ao erário (art. 10, Lei 8.429/1992) e (c) atentado con-

10 BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Ano II, nº. 194, Quarta-feira, 2 de Março de 1988. Brasília, DF. p.453-457. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N014.pdf>>. Acesso em 22.ago/22.

11 BRASIL. Câmara dos Deputados. Dossiê Digitalizado do Projeto de Lei nº. 1446/1991. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01vy8rqkdyly7b1wgmm6ilhxxnz13169776.node0?codteor=1141402&filename=Dossie+-PL+1446/1991>. Acesso em 22.ago/22.

tra os princípios administrativos (art. 11, Lei 8.429/1992), bem como especificou sanções grativas, aplicáveis cumulativa ou isoladamente, para cada um dos tipos exemplificados pelos dispositivos, entre elas, a suspensão dos direitos políticos (art. 12, I a III, Lei 8.429/1992).

5 ELEGIBILIDADE

Elegibilidade é qualidade de quem é elegível, do cidadão que cumpre os requisitos estabelecidos, implícita ou explicitamente, pela Constituição Federal para a participação no processo eleitoral, na condição de candidato, isto é, daquele que pode ser votado. Ela reporta, essencialmente, à capacidade eleitoral passiva (*ius honorum*).

Na redação original da Carta Política de 1988, o constituinte previu que, além das hipóteses nela disciplinadas, uma lei complementar estabelecesse outros casos de inelegibilidade para proteger normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

A regulamentação do comando constitucional foi materializada pela Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990). Ela disciplinou as hipóteses nas quais alguém não teria a aptidão para ser eleito – condição de elegibilidade – e, de consequência, ser votado. O normativo previu, portanto, situações de incapacidade eleitoral passiva (*ius honorum*).

Em revisão desse texto, dois anos após a vigência da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), o Constituinte Derivado acresceu o objeto de proteção do artigo para incluir “a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato, considerada vida pregressa do candidato” (Emenda Constitucional de Revisão 4/1994):

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração

direta ou indireta.

Com esta previsão, o Poder Derivado projetou os efeitos da ausência de moralidade e de probidade administrativa também na condição de elegibilidade. Ocorre que, como demonstrado acima, a suspensão dos direitos políticos, por si, acarreta a inelegibilidade de quem pratica a improbidade administrativa (art. 15, V, 37, § 4º, Constituição Federal):

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.

Descrito de outra maneira, no sistema brasileiro de combate a corrupção, censura à improbidade administrativa já protege – e talvez por conta disso seja a sanção mais grave dentro dele – a probidade e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, à medida que, caso declarada a suspensão dos seus direitos políticos, ela implica concomitantemente na sua incapacidade ativa e passiva: sua elegibilidade já é prejudicada.

Vinte anos após a promulgação da Lei Maior, sem muitos resultados práticos do compromisso constitucional de combate à corrupção, com acentuado agravamento dos escândalos envolvendo a administração pública, agora, amplamente divulgados pela mídia, um movimento popular culminou na Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), norma responsável por conferir a nova redação à Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990) e trazer uma outra vinculação da condição de elegibilidade à improbidade administrativa.

De acordo com a Lei Complementar 64/1990 (sem grifos no original):

Art. 1º São inelegíveis:

I – para qualquer cargo:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável **que configure ato doloso de improbidade administrativa**, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010);

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010);

Ao regulamentar a nova redação pela Emenda Constitucional 4/1994, o legislador infraconstitucional tentou limitar a inelegibilidade, essa ausência de capacidade eleitoral passiva, a atos de improbidade administrativa cometidos dolosamente, desconsiderando que a suspensão dos direitos pela Lei de Improbidade Administrativa, em qualquer modalidade, à época, abrangeria também a incapacidade eleitoral passiva, independentemente do elemento subjetivo vinculado (art. 2º, Lei Complementar 135/2010; art. 12, I a III, Lei 8.429/1992).

6 ELEMENTO SUBJETIVO PARA CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE

Os elementos da responsabilidade civil são: conduta humana, culpa genérica (*lato sensu*), nexo de causalidade e dano ou prejuízo. O primeiro é definido por uma ação ilícita praticada pelo agente; o segundo, elemento subjetivo que engloba dolo e culpa estrita (*stricto sensu*), esta ocorrida quando se age por imprudência, negligência ou imperícia; e aquela (dolo), quando há “violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem”; por fim, o quarto elemento é decorre do resultado da ação, concatenando os demais fatores:

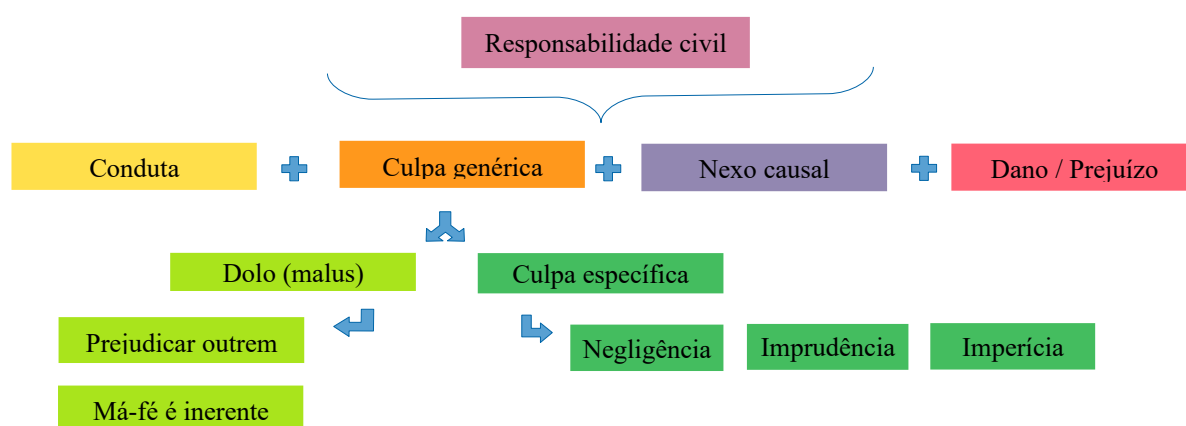


Figura 2: esquema de desdobramento da responsabilidade civil.

Na seara civil, dolo é “toda astúcia, falácia ou maquinação destinada a circundar o contexto de engano ou de ilusão do próximo”¹². É uma ambientação maléfica capaz de fazer com que alguém seja prejudicado pelo negócio firmado. Há o elemento de má-fé, sem o qual não teria sido celebrada a avença. Tal conceito, emprestado do Direito Romano, é positivado pelos Códigos Civis desde a Proclamação da República (Lei 3.071/1916 e Lei 10.406/2002).

O Projeto de Lei 634/1975, convertido no atual Código Civil:

O ilustre relator parcial propõe a rejeição da presente emenda, aduzindo que

¹² Em tradução livre da expressão em latim: *Dolus malus est omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumvenendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*.

“no texto inicialmente aprovado pela Câmara, a expressão ‘culpa’ evidentemente é empregada em sentido amplo, abrangendo a culpa em sentido estrito e o dolo. Aliás, não faria sentido que a responsabilidade decorresse de conduta imprudente, negligente ou imperita, mas não existisse em casos, mais graves, de intenção consciente e deliberada de causar prejuízo. Assim, o acréscimo é inútil; e a lei não deve conter palavras inúteis. O acréscimo quebra o sistema do Projeto, que em vários outros artigos se refere apenas a ‘culpa’, quando deseja alcançar tanto a culpa em sentido estrito quanto o dolo (vg, artigos 234, 239, 667)”. Efetivamente tem razão o deputado Fleury. A palavra ‘culpa’ empregada no texto é a culpa em sentido amplo, onde já está incluído o dolo. A utilização da expressão em seu sentido mais amplo segue a linha tradicional, utilizada no Código atual e que deve, sempre que possível, ser preservada. Pela rejeição da emenda. (p.2187-2188).

A ponderação legislativa aponta o elemento subjetivo essencial à caracterização da responsabilidade civil: a culpa genérica – ou *culpa latu sensu* – a qual abarca os conceitos de culpa em sentido estrito: imprudência, negligência e imperícia; e também o dolo: violação intencional do dever jurídico de boa-fé com o objetivo de prejudicar outrem.

Na seara criminal, dolo ocorre “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, I, Código Penal). É, assim, o elemento subjetivo pelo qual as intenções de alguém são manifestadas em relação ao resultado ou ao risco assumido por sua conduta. Dito de outra forma, por título elucidativo, é idealizado a partir das afirmações “fiz isso porque quis” (resultado provocado pelo dolo específico) ou “fiz e não me importei com o que fosse provocar” (resultado provocado pelo risco assumido em um dolo genérico).

No âmbito cível, a má-fé é indissociável do dolo, daí a etimologia latina “*dolus malus*” que significa artifício maldoso. Ele é sempre empregado em prejuízo de alguém na celebração de um ato que se tornou, por sua causa, viciado e ilícito para o Direito Civil. Já no âmbito criminal, o dolo é elemento de constituição do próprio crime. Não se presume má-fé daquele que cometeu o crime¹³, mas, sim, a intenção de produzir um resultado ilícito para o Direito Penal.

A discussão travada pela ANC é também elucidativa¹⁴:

O eminente Constituinte Hélio Costa, há alguns dias, me pedia esclarecimentos das razões pelas quais o meu parecer havia sido contrário à sua emenda, e expliquei a S. Ex.^a que a emenda repetia o texto do Centrão, o texto da Comissão de Sistematização, mas incluía uma palavra: dizia que os atos de improbidade administrativa são crimes inafiançáveis. Expliquei a S. Ex.^a, que ficou de fazer uma fusão, ao que soube encaminhada, mas que não chegou à Mesa e fico em dificuldades, porque a única matéria que tenho para dar parecer é a emenda anterior. Ora, a emenda anterior dá ao pequeno funcionário

13 Ninguém pergunta se alguém matou de boa-fé. Simplesmente matou porque quis ou porque não se importou com os efeitos de seu ato. No aspecto criminal, o dolo é analisado de forma desvinculada à má-fé.

14 BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Diário da Assembleia Nacional Constituinte. Ano II, nº. 194, Quarta-feira, 2 de Março de 1988. Brasília, DF. p.453-457. Disponível em <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N014.pdf>>. Acesso em 22.ago/22.

público uma penalidade muito grande, porque só ele é que vai ser o sacrificado. O que diz o texto? O texto do Centrão e da Comissão de Sistematização é irretorquível, é um texto duro, porque diz: “*Os atos de improbidade administrativa importarão: 1. A suspensão dos direitos políticos; 2. A perda da função pública; 3. A indisponibilidade dos bens; 4. Ressarcimento ao Erário na forma e gradação previstas em lei*”. E diz: “*Sem prejuízo da ação penal cabível*”. O Constituinte Hélio Costa, de forma elogiável, preocupado com a corrupção que grassa no Serviço Público – e rendo a S. Ex.^a as minhas homenagens –, tentou criar uma penalidade ainda maior. Qual é a penalidade? Transformando em crime inafiançável. Mas aí fica difícil, porque nem todo ato de improbidade poderia importar num crime para se tornar inafiançável. Por esta razão é que se diz no texto do Centrão: “*sem prejuízo da ação penal cabível*”. Por esta razão, e só por está, não tenho como aplicar uma pena tão violenta num funcionário público que, eventualmente, possa praticar um ato mínimo de improbidade, qual seja, receber um presentinho para levar o processo de alguém e tachá-lo por crime inafiançável. Por esta razão, Sr. Presidente, lamentando, meu parecer é pela rejeição, porque não houve acordo em cima da mesa, apenas a emenda pura e simples.

A má-fé, que pressupõe a desonestidade do ato ímprobo, não é analisada pelo dolo criminal. Esta distinção levou o constituinte a separar a aplicação da censura à improbidade administrativa da responsabilidade criminal que a mesma conduta possa vir a ter. Por expressa escolha do constituinte, a responsabilização por improbidade é assemelhada à de natureza civil (art. 37, § 4º, Constituição Federal), pelo que também assim o foi quanto aos tipos elencados pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).

Na tipificação das condutas ímprobas, previa a redação original da Lei 8.429/1992:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Os dispositivos apontam, respectiva e exemplificadamente, atos ímprobos que importavam em: (a) enriquecimento ilícito (art. 9º, Lei 8.429/1992), (b) lesão ao erário (art. 10, Lei 8.429/1992) e (c) violação dos princípios administrativos (art. 11, Lei 8.429/1992). Contudo, a sua aplicação gerava discussões acirradas à medida que, sem determinar a que tipo de respon-

sabilidade se reportava (cível, penal ou uma terceira opção), os artigos ora mencionam condutas relevantes à caracterização (ação ou omissão), ora expressam elementos subjetivos (dolo e culpa), ora permanecem silentes quanto à conduta e aos elementos subjetivos. Tudo isso porque, como apontado, a Vontade Originária do Constituinte é esquecida na sua aplicação.

Com o objetivo de aprofundar a discussão sobre o elemento subjetivo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) fixou a tese de que era necessária a presença do dolo genérico para distinguir a ilegalidade da improbidade (em 02/03/2010)¹⁵. O entendimento foi fundamentado no que se convencionou chamar de Direito Administrativo Sancionador, que baliza diferença entre o dolo criminal e administrativo. Segundo o voto do Ministro-Relator Herman Benjamin:

A propósito, a diferenciação entre o dolo administrativo e o dolo penal é apontada por Fábio Meda Osório (Direito Administrativo Sancionador, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 333): O dolo não é necessariamente a má-fé, porque há ilícitos graves que resultam de desvios comportamentais em face de exigências legais específicas. O desvio de finalidade, em que o agente busca interesse público completamente distinto daquele definido na regra de competência, talvez não se ajuste a uma idéia comum de má-fé ou dolo. Porém, inegável que tal administrador ou agente público pode ser sancionado por seu comportamento ilegal, e essa ilegalidade pode ser compreendida como um limite ao estilo patrimonialista ou personalista de governar, administrar ou simplesmente atuar. (...) O dolo, portanto, no âmbito de relações em que se faz presente um agente público ou alguém exercente de funções públicas, pessoas submetidas à legalidade administrativa, é de ser analisado em conjugação com o tipo proibitivo, havendo, todavia, a diferenciada análise do tipo permissivo violado, que integra a estrutura da proibição. Trata-se, destarte, de uma estrutura proibitiva complexa, que parte de uma ausência de permissão para a ação ou omissão do agente público particular. Diferente é a base do direito penal, que proíbe comportamentos originariamente permitidos ou não proibidos. A infração administrativa, nesses termos considerada, tem seu ponto de partida na ação ou omissão sem o permissivo legal, quando se trata de alcançar relações de especial sujeição do indivíduo ou pessoa jurídica ao Estado. O ato penalmente típico, por seu lado, geralmente, tem seu núcleo na violação de uma proibição ou no ajuste da conduta do agente a uma norma penal implicitamente proibitiva e explicitamente descritiva de um comportamento. Se o agente descumpre abertamente normas legais, pouco importa o interesse perseguido, há uma infração dolosa. Vontade e consciência de realização dos elementos da figura típica, eis o dolo comumente conceituado no direito penal e que, de forma um pouco mais flexível e elástica, diante da maior amplitude típica da infração administrativa, há de ser aceito também do Direito Administrativo Sancionatório. Pois bem. Levado esse conceito para o art. 11 da Lei 8.429/1992, tem-se que o dolo reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta, comissiva ou omissiva, que não se coadune com os princípios administrativos e com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, tal como se evidencia no rol exemplificativo do mencionado dispositivo (desvio de poder, frustração de licitude de concurso público etc.). Pouco importa se o agente atua com intenção específica de vio-

15 Recurso Especial nº 765.212/AC (2005/0108650-8).

lar a lei ou com outra especial finalidade.

O entendimento parte da premissa que, ao desempenhar uma função pública, o agente tem conhecimento de que seus atos são, do início ao fim, restritos a um conjunto de mandamentos otimizadores dos serviços públicos: os princípios administrativos, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (artigo 37, *caput*, Constituição Federal). Diferentemente do particular que age dentro do universo que a lei não proíbe: *liberdade positiva* (artigo 5º, II, Constituição Federal); o agente público – enquanto manifestação do aparelho estatal – somente atua dentro de limites estabelecimentos pela norma: *liberdade negativa*. Mesmo em situações nas quais a lei estabelece certa discricionariedade ao gestor, ele decide, propõe e age apenas dentro do círculo preestabelecido pelos parlamentares – representantes da manifestação do povo – para a própria contenção do poderio estatal, ou seja, a materialização do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, Constituição Federal).

Ninguém se exime da aplicação lei alegando que a desconhece (art. 3º, Decreto-Lei 4.657/1942; art. 21, Decreto-Lei 2.848/1940). Isso acontece porque a normatização da vida em sociedade é realizada pelos próprios representantes eleitos que, mais do que a população, conhecem as leis que promulgam, servidos que são da publicidade e do manejo diário de tais normas e, também, porque bastaria o argumento de desconhecimento da lei para afastar as responsabilidades individuais, à custa dos esforços coletivos, causando insegurança jurídica e a sensação de desigualdade no cumprimento da obrigação social¹⁶.

Ao cometer ato ímprobo, servido da função pública, o agente público tem consciência de que feriu as vigas de sustentação da gestão pública (seus princípios). E ter consciência é diferente de agir dolosamente. O elemento subjetivo é, assim, demonstrado quando o agente público sabe que toda a atividade estatal é baseada em princípios, por vezes convertidos em normativos e vedações criminais, cíveis ou eleitorais, mas, ignorando-os, age ou se omite para violá-los ou para que eles sejam violados. Assume, pois, os riscos decorrentes da sua conduta flagrantemente ilícita (art. 37, *caput*, Constituição Federal; 11, Lei 8.429/1992).

É destacável que, após esse entendimento do STJ (em 02/03/2010)¹⁷, a redação do Projeto de Lei que foi convertido na Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº. 135/2010) tenha sido alterado para, aparentemente, vincular a declaração de inelegibilidade – com fundamento

16 Na acepção técnica, do conceito de obrigação abarca mutuamente o dever e o direito. A palavra “obrigação” deriva do latim *obligare*, traduzido por ligação/ligar, é o elo constituído por contraprestações equivalentes que se compensam para formação de um acordo, a pactuação de vontades em prol de objetivos úteis a cada uma das partes envolvidas nessa ligação. Ela está, assim, vinculada ao conceito de obrigação social, ou seja, do pacto social fictamente assumido para o bem coletivo (Teoria do Contrato Social), mas detentora de uma conotação negativa – ligada a fardo – quando ignorada a sua etimologia.

17 Recurso Especial nº 765.212/AC (2005/0108650-8).

na Emenda Constitucional de Revisão 4/1994 (art. 14º, § 9º, Constituição Federal) – às condutas dolosas da Lei de Improbidade Administrativa (PLP 168/1993, em 24/03/2010)¹⁸.

Acompanhando a mesma sistemática adotada pelo STJ, fixada pela Lei da Ficha Limpa, sem a distinção técnica e normativa entre a fundamentação da declaração de improbidade (art. 37, § 4º, Constituição Federal) ou inelegibilidade (art. 14, § 9º, Constituição Federal), a reformulação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 14.230/2021), em regime de urgência na tramitação legislativa¹⁹, espelhou igual entendimento, conforme se vê nas razões do anteprojeto da Lei 14.230/2021 (Projeto de Lei 10.887/2018):

A mais urgente modificação é com relação à tipificação das condutas. A extirpação da modalidade culposa da improbidade administrativa é extremamente necessária na medida em que ações negligentes, imprudentes ou imperitas, ainda que causem danos materiais ao Estado, não podem ser enquadradas como atos de improbidade, pois lhes falta o elemento de desonestidade. Nesse contexto, necessário ainda incorporar algumas definições no texto da Lei, como, por exemplo, o conteúdo do elemento subjetivo “dolo”, a fim de excluir a interpretação que o equipara à mera voluntariedade do agente. Necessário, portanto, ser esclarecido no texto da Lei, para que não se dê margem a interpretações diversas, que não basta a mera voluntariedade do comportamento para que se configure ofensa dolosa da ordem jurídica. Daí a importância de se introduzir orientação normativa de forma a constar a possibilidade de ação de improbidade apenas para os atos ímprobos dolosos, diferenciando-se a prática dolosa da mera voluntariedade.

Em uma espécie de colcha de retalhos, que considera, indiscriminadamente elementos do dolo criminal e de um dolo administrativo, sem previsão constitucional, pelo menos em relação à improbidade, a legislação infraconstitucional delimitou a censura aos atos ímprobos à interpretação do Direito Administrativo Sancionador, talvez por uma espécie de temor a possíveis consequências dos impactos da pandemia e, quiça, de erros grosseiros na questão da gestão da saúde pública, causados por culpa (imprudência, negligência e imperícia).

Em recente acaloramento da discussão entre a aproximação da Improbidade Administrativa do Direito Penal ou do Direito Civil, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) alevantaram a mesma questão enfrentada pelo constituinte brasileiro no julgamento de Agravo no Recurso Extraordinário nº. 843.989. Parte dos votantes entendeu, como alertado pela ANC, que a Improbidade Administrativa é instituto distinto do Direito Penal, aproximando-se do Direito Civil; ao passo em que outra parte, divergindo, entendeu o contrário: A Improbidade Ad-

18 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar nº. 168/1993 Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21571>>. Acesso em 22.ago/22.

19 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 10.887/2018. Disponível em <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184458>>. Acesso em 22.ago/22.

ministrativa, como apontado pelo Direito Administrativo Sancionador, a partir de entendimentos do STJ, aproxima-se do Direito Penal e, não, do Direito Civil.

Isso não quer dizer, contudo, que a aplicação da lei é irrestrita e inquestionável. O que se convencionou chamar de direito administrativo sancionador, em especial, em relação à improbidade administrativa, está adstrito às interpretações jurisprudenciais e doutrinárias decorrentes das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, já que o STF, enquanto guardião da Constituição Federal, ainda não se posicionou sobre a Vontade Originária do Constituinte, com efeito, quanto: (a) à natureza jurídica da sanção decorrente da improbidade administrativa, (b) seus elementos constituintes, (c) os parâmetros de interpretação para a sua aplicação, ou mesmo, (d) sua definição, a partir do que o Poder Constituinte Originário projetou para a ferramenta no Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os efeitos eleitorais da improbidade administrativa são, pois, considerados a partir dos fundamentos que ensejam a declaração do ato ímprobo, seja pela Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990), seja pela Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). Caso ocorram com esboço na primeira, seus efeitos abrangem apenas a capacidade eleitoral passiva; ocorrendo com base na segunda, são projetados indistintamente sobre a totalidade dos direitos políticos, isto é, das capacidades eleitorais passiva (*ser votado*) e ativa (*votar*).

Com as alterações promovidas na Lei de Improbidade (Lei 14.230/2021), doravante, o elemento subjetivo doloso será essencial para caracterização do ato. A ação dependerá da destreza do Promotor de Justiça²⁰ em provar, não se sabe como, a intenção por trás da voluntariedade do agente público, o íntimo e o escondido, tal qual divindade que tudo sabe e tudo vê. As alterações das leis, baseadas no entendimento do STJ, planejam garantir que não se confundissem voluntariedade de intenção, o ato praticado com as ponderações internas de cada um. Fator que, todavia, leva, na prática, a somente duas certezas: a impunidade pelo desprezo e desleixo no trato com a coisa pública e aplicação mínima, se houver aplicação, de uma ferramenta essencial no Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção.

A suspensão dos direitos políticos pelo ato ímprobo não deveria ser mandamento constitucional tão severo, que amedrontasse gestores e agentes públicos em suas atividades diárias. Contudo, o histórico consagrado de corrupção no Brasil, a irresignação decorrente do cotejo entre o arrecadado pela tributação e o que é efetivamente entregue de volta à população, a ri-

20 Único legitimado para a ação ou acordo de não persecução cível (art. 17, caput, Lei 8.429/1992).

queza de potencialidades brasileiras ao lado da vivência mínima de direitos civis, ainda são hoje os mesmos fatores que aqueceram de revolta e desgosto o espírito do Poder Constituinte em 1988, pelo que a sua perspectiva de responsabilização de quem causa esse dano coletivo à nação deve permanecer, também, inalterada, pelo menos até que se consiga o conhecimento e consenso, em especial dos que participam da máquina pública, de que a elegância moral é, antes de tudo, o mais belo exercício de civilidade.

Com base no exposto, entende-se, pois, que: (a) a Improbidade Administrativa é instituto que se aproxima do Direito Civil e, não, do Direito Penal; (b) o elemento subjetivo requerido pelo legislador infraconstitucional é, de seu turno, o dolo civil; (c) a alteração promovida pela Lei 14.230/2021, caso aproximada do Direito Penal, deve ser declarada materialmente inconstitucional, já que é desvinculada da vontade da ANC; e, por derradeiro, (d) a sanção decorrente da Improbidade Administrativa implica na suspensão dos Direitos Políticos, manifestados, em sua essência, pelo Direito ao Sufrágio, ou seja, em uma via de mão dupla: nas incapacidades eleitorais ativa (*votar*) e passiva (*ser votado*).

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. São Paulo, Saraiva, 2017.

ASSIS, Adriano Marcus Brito de; TOURINHO, Rita. **Improbidade sem culpa e com dolo específico**: onde se pretende chegar. Associação Nacional de Procuradores da República: Brasília, 2021. Disponível em <<https://www.anpr.org.br/images/2021/08/ARTIGO SOBRE PL 1087 - RITA E ADRIANO.pdf>>. Acesso em 22.ago/22.

BARROS, Tarcísio Augusto Sousa de. **Direito eleitoral**: eleições municipais de 2020. Curitiba: Íthala, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657**, de 4 de setembro de 1942.

_____. **Lei n. 8.429/1992**, de 2 de junho de 1992.

_____. **Lei n. 14.230**, de 25 de outubro de 2021.

_____. **Lei Complementar n. 64**, de 18 de maio de 1990.

_____. **Lei Complementar n. 135**, de 4 de junho de 2010.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. São Paulo, Atlas, 2020.

OLIVEIRA, Welson. **Improbidade administrativa**: responsabilidade do prefeito por atos dos secretários, uma investigação jurisprudencial. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2020.

SUBTIL, José. **Urstaat: para uma arqueologia do Estado**. Observare, Lisboa: 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo, Método, 2020.