

A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE DOS MOTIVOS DO ATO DO AGENTE PÚBLICO.

LUIZ FABIÃO GUASQUE

1.Introdução; 2.Relação direta do controle com os deveres inerentes à cidadania; 3.O sistema da Lei de Improbidade Administrativa; 4.A quem se dirige a responsabilidade do art. 10º da Lei de Improbidade? 5.O conceito de dever jurídico; 6. A análise de equidade do Magistrado em relação aos motivos do ato praticado; 7.A abrangência do controle jurisdicional e o âmbito de fiscalização do Ministério Público no Estado Moderno; 8.Conclusão.

1.Introdução.

A *communis opinio* dos publicistas é hoje no sentido de que as expressões Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário são impróprias. O Poder do Estado é um só, as funções é que variam.

Muitos autores entendem mesmo que as funções do Estado são apenas duas: de fazer as leis e a de executá-las. Mas na jurisdição de equidade não há propriamente legiferação, porque a regra ditada pelo magistrado é norma para o caso concreto, enquanto que a formulada pelo legislador é cânon abstrato, para todos os casos por vir.

Falta à decisão do pretor romano ou a do juiz brasileiro, que preenche a lacuna da lei, o caráter de generalidade. Os atos de Jurisdição legal não são atos de administração, de gestão da coisa do Estado.

Mas também o ato de jurisdição não é apenas um incidente da execução da lei, e quando preenche o campo normativo no caso concreto, é importante complemento da função legislativa. Nesse aspecto, a lei de improbidade administrativa, ao estabelecer exemplos do que considera desvio de finalidade na atividade do agente público, defere ao Poder Judiciário a análise de equidade do que pode ser assim considerado, na busca do interesse da maioria.

Assim, o que sempre foi reivindicado pela doutrina como essencial à moralidade administrativa, ou seja, o controle sobre os motivos dos atos administrativos, passa a ter um controle direto e fundado no juízo de valor do magistrado sobre se aqueles motivos que impulsionaram o ato do agente eram fundados na regra do interesse público ou na busca do locupletamento injusto.

2. Relação direta do controle com os deveres inerentes à cidadania.

A correlação direta entre o dever jurídico cidadão e a responsabilidade da lei de improbidade, tem sua gênese no art. 15 da Constituição da República:

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 .

§ 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.

Sem a previsão constitucional, não seria possível a restrição da cidadania por lei ordinária, que apenas exemplifica as hipóteses de desvio de finalidade no atuar do agente público.

A natureza jurídica da responsabilidade por improbidade tem gênese de dever cidadão, imposto pela Constituição da República de 1988, que redimensiona a relação estado-indivíduos, em virtude da concepção de democracia participativa e cidadania responsável que expressa.

Seria incongruente considerar que a Constituição Cidadã conferisse “direitos e deveres individuais e coletivos” aos seus súditos no art. 5º, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais” e ao agente público, que lida com a coisa pública diretamente, responsabilidade equivalente a penal, com o sistema de dolo, como regra, e exceção a culpa.

3. O sistema da lei de improbidade administrativa.

A natureza de dever jurídico constitucional, com responsabilidade objetiva, e até independente do resultado lesivo ao erário, aparece clara no exame da lei, que refere apenas no art.10, excepcionalmente, o elemento subjetivo ao determinar:

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:

O simples confronto com os arts. 9º e 11, que responsabilizam sem a exigência do elemento subjetivo, demonstra claramente que a regra é o dever jurídico de natureza constitucional e a exceção, o dolo ou culpa:

Art. 9º - Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito aufferir 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:

Sendo a hipótese do art. 11, ainda mais rigorosa, pois confere a responsabilidade independente do resultado, ou proveito obtido:

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:

A obrigatoriedade, que expressa o dever jurídico cidadão, é afirmada já no art. 4º da lei :

Art. 4º – Os agentes públicos de qualquer nível e hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

Se estamos no campo do dever jurídico :“são obrigados”, diz a lei, estamos tratando da imposição de um comportamento decorrente da lei e independente da vontade de qualquer pessoa.

Note-se que , no mesmo art. 37 da Constituição da República, repetido no preceito do art. 4º da lei , o sistema de dever jurídico é o mesmo, trocando apenas, desta vez, o comando imperativo : “são obrigados” por “obedecerá aos princípios”...

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

Note-se, que o parágrafo 6º do mesmo artigo, quando trata da responsabilidade objetiva do Estado, apenas continua a usar o verbo no imperativo, exatamente igual à lei de improbidade, excepcionando a responsabilidade subjetiva apenas ao preposto, no caso de direito de regresso, fundado em dolo ou culpa.

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Portanto, considerar a necessidade do elemento subjetivo para responsabilizar o agente publico que pratica ato desviado no interesse público é, na minha modestíssima opinião, querer ser mais realista que o rei.

4. A quem se dirige a responsabilidade do art. 10º da lei de improbidade?

Mas a quem se dirige então a responsabilidade do art. 10 da lei, que exige o resultado danoso e o elemento subjetivo: dolo ou culpa?

Consideramos, que assim como na responsabilidade objetiva a subjetividade é relacionada diretamente ao ato do preposto, que agiu com a vontade de produzir o resultado ou foi imprudente, negligente ou imperito, posto que o preceito se dirige à responsabilidade do agente que inobserva preceito relacionado diretamente ao seu atuar e não aos deveres de probidade expressos na Constituição da República.

Portanto, é exceção que se aplica apenas aos atos conexos com hipóteses de improbidade, em que o agente responsável integra a complexidade dos atos que causaram prejuízo ao erário, por conduta comissiva ou omissiva dolosa ou culposa aos seus deveres legais especificamente decorrentes do seu mister, sempre submetido a regra da hierarquia, em relação ao agente que realmente pratica o ato desviado de finalidade.

As hipóteses exemplificativas da lei reforçam a assertiva, como por exemplo o inciso VI: “realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea”.

Nesses atos, o inferior hierárquico que faz parte da cadeia causal do ato desviado de finalidade praticado pelo seu superior, tem a consciência de que aquele seu ato é ilegal, mas o pratica assim mesmo, ou é imprudente em relação a situação funcional que se encontrava, pois é princípio de Direito que: ninguém é obrigado a praticar ato manifestamente ilegal.

5. O conceito de dever jurídico.

Quando falamos de dever jurídico nos referimos a “necessidade imposta por lei de fazer (ou omitir) alguma coisa. Por vezes ela exige a prestação independentemente da vontade de quem quer que seja; de outras vezes à obrigação de fazer corresponde um dever, mas a recíproca não é verdadeira: há deveres criados por lei independentemente de exigência de qualquer pessoa. Assim, por exemplo: o dever de pagar o aluguel corresponde ao direito do locador; mas o dever do médico de comunicar certas doenças (CP art. 269) é imposto em lei independentemente da vontade de quem quer que seja”.

Assim, verificado pelo Ministério Público que aquele ato traz indícios de desvio de finalidade, submetendo o interesse público ao individual, será ajuizada a ação de improbidade administrativa, com a descrição do ato que aparentemente expressa enriquecimento injusto.

Ao agente, caberá demonstrar que os motivos do seu ato eram fundados na regra do interesse público e na vedação ao enriquecimento injusto, pois por estarmos diante de hipótese de dever jurídico, há a inversão do ônus da prova.

Também poderá provar a existência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva do prejudicado, ou que o ato não foi praticado pelo destinatário do dever.

Ao Ministério Público cabe apenas demonstrar a existência do nexo de causalidade entre o ato comissivo ou omissivo e o resultado contrário ao interesse público, ou que em outras palavras, que submeteu este interesse ao individual do agente.

6. A análise de equidade do Magistrado em relação aos motivos do ato praticado.

A doutrina mais avalizada, tanto nacional como estrangeira, defende que no combate ao enriquecimento sem causa, aparece “o enriquecimento injusto como princípio geral do direito administrativo baseado na equidade”. (José Alfredo de Oliveira Baracho RT 755:18).

Valle Ferreira, no exame do tema afirma: O princípio contrário ao enriquecimento sem causa, fundado em velha regra de equidade, é universalmente aceito; a circunstância de não se encontrar expressamente consagrado por todas as legislações não impede o seu reconhecimento pela jurisprudência ao impulso das exigências diárias”.

Na Espanha, a teoria do enriquecimento injusto pretendeu responder aos questionamentos referentes aos arbitramentos de uma solução justa e razoável de certas pendências. Devido à jurisprudência, foi elevado à categoria de princípio geral de direito.

Savatier, ao expor a teoria do enriquecimento sem causa, menciona o princípio da equivalência”, oportunidade em que realça o papel da equidade na hipótese do enriquecimento injusto (*apud* artigo citado pags.12/14).

No nosso ordenamento jurídico, esta realidade não é nova. Desde a Constituição de 1934, existe a previsão para a aplicação da equidade no nosso Direito. A regra do art. 113, n. 37, determinava: “Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão da lei. Em tal caso deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de Direito ou por equidade”.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1939 (art. 114), quando outra lei autorizasse o juiz a julgar de acordo com a equidade individual, ele usaria também a equidade social, aplicando a norma que ele próprio estabeleceria se fosse o legislador.

Com a Constituição de 1988, a previsão da equidade é dirigida a aplicabilidade de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania, exatamente como nas hipóteses da lei de improbidade administrativa.

Afirma-se isso com base no mandado de injunção, importado do Direito Anglo-Saxão, para ser utilizado, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos : “direitos e liberdades individuais”, nos quais se inclui o dever jurídico cidadão de probidade no trato da coisa pública.

A obra do legislador tem em seu prol a unidade e a harmonia do sistema, além do préstimo de tender para o ideal.

No caso da lei de improbidade, o legislador exemplifica o que pode ser considerado como inobservância do dever de probidade imposto na Constituição, deixando ao aplicador da lei a avaliação se o fato descrito pelo autor da ação, violador desse dever jurídico-constitucional, representa ato de improbidade pelo réu.

Nessa equação, realiza-se o controle sobre a finalidade do ato de interesse público, com a análise se os motivos se desvincularam ou não do seu fim.

A finalidade do ato deve ser, sob este aspecto, sempre de subordinação do interesse individual ao da coletividade.

É importante observar, que essa forma de controle de atos ou ações praticadas em nome do interesse público, confere ao Judiciário a possibilidade de aperfeiçoamento do princípio da independência e harmonia dos Poderes, utilizando-se da jurisdição de equidade, para suprir as lacunas exemplificativas das hipóteses da lei de improbidade.

7. A abrangência do controle jurisdicional e o âmbito de fiscalização do Ministério Público no Estado Moderno.

Reconhecendo a realidade de um Estado que ao abraçar a Democracia participativa e a cidadania responsável se descentraliza para o mercado e a sociedade civil, através de parcerias público-privadas ou políticas de incentivos fiscais, o parágrafo único ao art. 1º da lei, abraça todas as entidades do chamado 3º setor, que são as ONGs e as Fundações, que por desenvolverem atividades que não visam ao lucro, produzem apenas parcela de reinvestimento.

Parágrafo único - Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

As ONGs e as Fundações, mesmo quando não recebem verbas públicas através de convênios ou financiamentos para o desenvolvimento de projetos, são consideradas isentas de Imposto de Renda por desenvolverem atividade não lucrativa, se beneficiando da renúncia fiscal.

Também nesta situação jurídica estão as entidades imunes de educação e assistência social sem fins lucrativos, que tiveram reconhecido o direito ao benefício fiscal previsto no art. 150 da Constituição da República.

Incluem-se, portanto, neste rol:

1. os partidos políticos, inclusive suas fundações;
2. as entidades sindicais dos trabalhadores;
3. as instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, já referidas.

Todas essas entidades sem fins lucrativos, como expressões de atividade pública não estatal, estão submetidas aos preceitos da lei de improbidade administrativa.

Como silogismo lógico deste sistema, as pessoas físicas que atuam na atividade humanística e não lucrativa do 3º setor respondem por desvios de finalidade quando na busca do interesse público.

Art. 2º - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

O preceito não deixa dúvidas quanto ao seu campo de abrangência. Nele se incluem o trabalhador voluntário e o temporário, novas formas específicas de prestação de serviços no setor não lucrativo.

O primeiro realiza-se mediante ação graciosa e volitiva dos interessados, sem remuneração, subordinação ou habitualidade. Trata-se de atividade que não configura vínculo trabalhista, motivada por convicções e ideais da pessoa que executa as tarefas, e foi regulado pela Lei n. 9.608/98. Embora sem contrato ou remuneração, subordina-se à responsabilidade da lei.

O temporário, destina-se a projetos principalmente em fundações de apoio a autarquias federais ou estaduais (Lei n. 9.601/98).

8. Conclusão.

Como podemos ver, o ordenamento pátrio coloca nas mãos do Juiz e do Promotor de Justiça as ferramentas necessárias ao combate à corrupção no Estado moderno, possibilitando o tão sonhado controle sobre a correlação entre os motivos do ato do agente público e o resultado.

Caberá a esses atores das funções integrantes do Poder do Estado, a construção da ética na atividade pública lato senso, que a partir de casos concretos, possibilitará o redimensionamento de um conceito hodierno de interesse público e das motivações para alcançá-lo.