Nº 42 – Abril/Maio/Junho de 2015 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Marcelo Harger

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduado em processo civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Ex-conselheiro do Conselho Estadual de Contribuintes de Santa Catarina e ex-coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo e Gestão Pública do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - CESUSC. Professor em diversos cursos de graduação, pós-graduação e extensão universitária. Membro do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina – IDASC. Autor de diversos artigos científicos publicados nas principais revistas jurídicas do país. Autor do livro "Os consórcios públicos na lei n° 11.107/05" e do livro "Princípios Constitucionais do Processo Administrativo". Coordenador do livro "Curso de Direito Administrativo", Co-autor de dez livros nas áreas do direito administrativo, direito tributário, filosofia do direito e direito ambiental.

1- INTRODUÇÃO

Ao começar a ler o presente artigo é preciso que o leitor desarme o espírito. Caso seja preciso, feche brevemente os olhos e tente apagar da sua mente a existência da lei de improbidade administrativa.

Após esse exercício mental roga-se ao leitor que examine o § 4º do art. 37 da Constituição Federal, que é o principal dispositivo constitucional que trata do tema da improbidade administrativa. Dispõe o referido parágrafo:

> Art. 37...
> ...
> § 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 (grifo nosso)

Grifaram-se algumas palavras justamente porque elas terão grande importância no desenrolar do presente artigo. Pede-se, ao leitor, agora que se fixe no que foi grifado. Feito isso, podemos dar início à demonstração de que a lei de improbidade (lei nº 8.429/92) é inconstitucional.

Essa alegação nem mesmo é nova, eis que a lei de improbidade foi atacada por intermédio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.295/DF e 2182-DF. A primeira encontra-se pendente de julgamento, e tem como relator o Ministro Marco Aurélio. A segunda questionava apenas a existência de um vício formal devido ao fato de não ter sido aprovada pelo Senado Federal. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, afirmou ser a lei formalmente constitucional em decisão assim ementada:

> **EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA.
> **1.** Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma.
> **2.** Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabia a esta o encaminhamento à sanção do Presidente da República depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado da República.
> O substitutivo aprovado no Senado da República, atuando como Casa revisora, não caracterizou novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão.
> **3.** Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

É importante perceber três aspectos acerca da referida ementa. O primeiro é que o relator restou vencido, pois votou pela inconstitucionalidade formal da lei de improbidade. Isso significa dizer que até a prolação da referida decisão havia sérias dúvidas acerca da constitucionalidade formal da referida lei. O segundo é que o Supremo Tribunal Federal analisou apenas aspectos atinentes à tramitação do processo legislativo no Congresso Nacional. O terceiro aspecto é que não foram analisadas outras questões de ordem formal, bem como aspectos materiais. Isso significa dizer que questões acerca da constitucionalidade da lei nº 8.429/92 ainda podem ser postas e, conforme será demonstrado, elas são suficientes para que se declare a total inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa.

2- A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PARA INSTITUIR O ILÍCITO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É importante notar que não houve análise expressa acerca da competência para legislar sobre o tema da improbidade. Há quem afirme que a lei a ser editada somente poderia ser uma lei federal e que o § 4º do art. 37 dá suporte a essa interpretação.

É certo que o constituinte no § 4º de seu art. 37 previu a edição de lei para punir os atos de improbidade. Não há, no entanto, qualquer menção à edição de uma lei federal para tratar do tema. Na verdade a Constituição Federal faz referência a uma categoria intitulada improbidade administrativa. Cria, portanto, indubitavelmente, uma categoria de ilícitos cuja natureza jurídica é administrativa. A razão para essa afirmação é até mesmo tautológica, pois não é possível pretender que uma categoria intitulada improbidade administrativa tenha uma natureza jurídica que não seja administrativa. O motivo da insistência quanto a esse aspecto consiste no fato de que, sendo de natureza administrativa, cada um dos entes federados tem competência para legislar sobre o tema. Faz-se essa afirmação em decorrência do princípio da autonomia previsto no art. 18 da Constituição Federal.

Esse princípio serve para estipular que a regra geral em matéria administrativa é que cada ente federado legisle com autonomia. As exceções estão expressamente previstas na Constituição Federal, como ocorre, por exemplo, com o inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal ao estabelecer que é de competência da União Federal editar normas gerais acerca de licitações e contratos.

Além disso, é importante perceber que o dispositivo central acerca da improbidade é o § 4º do artigo 37. É princípio elementar de interpretação que um parágrafo deve ser interpretado de modo conjugado ao *caput*. Este, por sua vez, refere-se às três esferas da federação.

É relevante notar também que todos os incisos e parágrafos do art. 37 da Constituição Federal remetem a situações que deverão ser disciplinadas por cada ente federativo em separado. A título de exemplo, pode-se observar o inciso I do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que determina a acessibilidade aos cargos públicos dos brasileiros e estrangeiros que preencherem os requisitos previstos em lei. A lei mencionada é, obviamente, a lei de cada ente federado e nem mesmo há dissenso doutrinário acerca disso. Do mesmo modo, é a lei de cada ente federado que regula o concurso público e as nomeações para os cargos em comissão previstas no inciso II do *caput* do já citado art. 37. Não há dúvidas, também, de que as leis referidas nos parágrafos 3º, 5º e 7º do mesmo artigo são leis de cada ente federado.

Não haveria, portanto, qualquer razão para que o § 4º do art. 37 destoasse da lógica que permeia todo o artigo. Isso significa dizer que a disciplina material e processual da improbidade administrativa é matéria a ser tratada em legislação de cada ente federado, podendo até mesmo ser disciplinada no estatuto dos servidores de cada integrante da federação.

É certo que a lei nº 8.429/92 instituiu sistema de sancionamento por intermédio do Poder Judiciário. Isso, contudo, não pode levar por si só à conclusão de que a lei referida no § 4º do art. 37 da Constituição Federal é de competência privativa da União Federal.

A razão dessa afirmação é que o referido § 4º nada dispõe acerca de as referidas sanções serem aplicáveis pelo Poder Judiciário. Estabelece que o ilícito é administrativo, e as sanções administrativas não são aplicadas pelo Judiciário, mas sim pela Administração Pública. O Judiciário pode analisar a legalidade na aplicação das penalidades e do rito adotado, mas não pode invadir matéria que é de

competência administrativa sob pena de quebra no princípio da tripartição dos poderes.

É preciso perceber que a lei nº 8.429/92 deve ser interpretada a partir da Constituição e não o contrário. Faz-se essa afirmação, porque, obviamente, o legislador criou por intermédio da lei nº 8.429/92 um sistema de punição à improbidade administrativa que foge aos contornos constitucionais previstos para o instituto.

A natureza jurídica das sanções previstas no § 4º do art. 37 da Constituição Federal em nada altera esse aspecto. É importante perceber que a perda da função pública é penalidade comumente atribuída pelos diversos estatutos dos servidores às infrações funcionais mais graves. O ressarcimento ao erário também é possível em sede administrativa. A título de exemplo, pode-se mencionar a legislação tributária em geral que, além de determinar administrativamente o ressarcimento do dano, aplica penalidades. A legislação tributária prevê, também, em certas hipóteses, a pena administrativa de perdimento de bens, como, por exemplo, se verifica no Decreto-lei nº 37/66 e no Decreto-Lei nº 1.455/76. Podendo a lei prever a perda, que é ato mais gravoso, não haveria óbice à decretação de mera indisponibilidade de bens administrativamente.

Questão um pouco mais tormentosa diz respeito à perda dos direitos políticos. É preciso perceber, no entanto, que o art. 15 da Constituição Federal é extremamente claro em relação aos casos nos quais se exige decisão judicial transitada em julgado, quais sejam, as hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 15. As demais hipóteses independem dessa condição. Isso significa dizer que não é necessário um processo judicial para a suspensão de direitos políticos nos casos de improbidade.

A incapacidade civil absoluta decorre expressamente de lei ou de sentença judicial. A suspensão dos direitos políticos por recusa a cumprir prestação alternativa ao serviço militar obrigatório, por sua vez, é dada em procedimento administrativo previsto pela lei nº 8.329/91 e regulamentado pela Portaria nº 2.681 de 28 de julho de 1992 da COSEMI. Não há, portanto, qualquer óbice a que a suspensão de direitos políticos ocorra por intermédio de um procedimento administrativo de improbidade.

Vê-se, portanto, que a improbidade foi constitucionalmente prevista como um ilícito administrativo a ser instituído por cada um dos entes federados e que a lei nº 8429/92 é inconstitucional por completo em razão desse aspecto.

3. O DOLO COMO ELEMENTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É importante notar que a improbidade administrativa não se trata de um ilícito qualquer, mas sim de um ilícito dotado de algumas características específicas e que exigem uma forte reação do ordenamento jurídico. É necessário distinguir improbidade de imoralidade.

A Constituição Federal trata da improbidade no inciso V do art. 15 e no § 4º do art. 37. Não utiliza o termo imoralidade. Uma noção constitucional do termo, no entanto, pode ser extraída por uma interpretação *a contrario sensu* do termo moralidade empregado no inciso LXXIII do art. 5° e no *caput* do artigo 37. É necessário observar que a Constituição Federal utilizou em artigos distintos dois termos. Não se pode pressupor que termos diferentes remetam a uma mesma realidade. Caso pretendesse tratar de uma mesma realidade nos artigos transcritos

o constituinte poderia facilmente utilizar os termos opostos: moralidade/imoralidade e probidade/improbidade. Não o fez e isso traz ao intérprete a obrigação de analisar se existe alguma diferença entre os termos antes de concluir que ambos designam a mesma coisa.

O léxico demonstra a existência de uma sutil diferença entre os termos. A palavra moral, deriva do latim *morale*, que significa relativo aos costumes. O termo improbidade, por sua vez, origina-se do latim *improbitate*, que significa desonestidade. Analisando o léxico da língua portuguesa verifica-se que imoralidade significa:

> 1.Falta de moralidade; indecência.
> 2.Prática de maus costumes; desregramento. [Cf. *amoralidade*.]

O termo improbidade, por sua vez, remete a:

> 1.Falta de probidade; mau caráter; desonestidade.
> 2.Maldade, perversidade.

Ao analisar os termos moralidade e probidade, por sua vez, verifica-se que o primeiro remete à "qualidade do que é moral, a doutrina ou reflexão moral". O segundo remete à "qualidade de probo, integridade de caráter, honradez, pundonor". O significado dos dois novos termos não pode ser aprendido sem a análise dos termos "moral" e "probo". Estes termos, por sua vez significam:

> Moral
> [Do lat. *morale*, 'relativo aos costumes'.]
> Substantivo feminino.
> 1.Filos. Conjunto de regras de conduta consideradas como válidas, quer de modo absoluto para qualquer tempo ou lugar, quer para grupo ou pessoa determinada. [Cf. *amoral* (4 e 5) e *ética*.]
> 2.Conclusão moral que se tira de uma obra, de um fato, etc. Substantivo masculino.
> 3.O conjunto das nossas faculdades morais; brio, vergonha.
> 4.O que há de moralidade em qualquer coisa.
> Adjetivo de dois gêneros.
> 5.Relativo à moral.
> 6.Que tem bons costumes.
> 7.Relativo ao domínio espiritual (em oposição a físico ou material). [Cf. *mural*.]
> ~ V. *ciências morais*, *comédia* —, *consciência* —, *igualdade* —, *indiferença* —, *lei* —, *morte* —, *necessidade* —, *obrigação* —, *personalidade* —, *pessoa* —, *responsabilidade* — e *senso* —.

> Probo
> [Do lat. *probu*.]
> Adjetivo.
> 1.De caráter íntegro; honesto, honrado, reto, justo.

Verifica-se pela análise do léxico da língua portuguesa que os termos moralidade e imoralidade têm direta relação com os costumes e práticas sociais. Genericamente, pode-se dizer que, conforme o léxico, “o moral” representa o campo do aceito e “o imoral” o que não é aceito de acordo com os costumes. Já as palavras probidade e improbidade dizem respeito exclusivamente a um dos aspectos abrangidos pela moral: o valor honestidade. Obviamente o valor honestidade insere-se dentro dos preceitos de ordem moral, mas não os esgota por completo. Trata-se de um dos valores morais.

Fica evidente, após essa análise, que a diferença entre os termos é a de gênero e espécie. A imoralidade é gênero, dentro do qual se encontra uma espécie, que se denomina improbidade. A improbidade, portanto, é uma espécie de imoralidade. Trata-se de imoralidade qualificada pela desonestidade do agente. É por essa razão que, conforme leciona Aristides Junqueira Alvarenga, “torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conceito de desonestidade e, consequentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito”.

A distinção é extremamente importante devido às distintas conseqüências que a Constituição Federal atribui ao desrespeito à moralidade e à probidade. O primeiro caso pode ocasionar a anulação do ato e a responsabilização administrativa e civil do agente. O desrespeito à probidade é mais grave. Além das sanções aplicáveis aos atos que ofendem o princípio da moralidade, podem acarretar, nos termos da Constituição Federal: suspensão de direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário.

É também importante, porque os conceitos utilizados pelo constituinte selecionam “propriedades”, que devem ser observadas pelo legislador ao regulamentar as hipóteses que afrontam a moralidade e a improbidade. Condicionam materialmente a legislação infra-constitucional de modo a impedir que o legislador considere como improbidade atos que não sejam dotados do elemento “desonestidade”. Caso se duvide do conteúdo adequado do termo improbidade, insta-se ao leitor do presente trabalho que indague as pessoas sem formação jurídica, que estão à sua volta, o que o termo significa. O autor já fez esse exercício diversas vezes, e em todas as respostas o termo desonestidade ou outros a ele equivalentes sempre estiveram presentes. Não é possível, pois, dizer que esse elemento esteja excluído dos contornos constitucionais do instituto. Isso ocorre porque a linguagem utilizada pelo constituinte é a linguagem comum. Esse é o entendimento de Celso Ribeiro Bastos:

> A não ser excepcionalmente, e de forma devidamente fundamentada, não se deve atribuir aos termos interpretados significado distinto daquele que estes termos têm na linguagem comum.
>
> Em certo sentido, pode-se afirmar que a Constituição não tolera o vocabulário técnico.

Esse argumento torna-se ainda mais forte em relação à categoria jurídica da improbidade administrativa, pois anteriormente à Constituição Federal de 1988, o termo jurídico improbidade inexistia no ordenamento jurídico brasileiro. É preciso, pois, utilizar o conceito popular do termo sob pena de se inverter a hierarquia do ordenamento jurídico. As leis é que se interpretam conforme a

Constituição, e nunca o contrário. A esse respeito, alerta o ilustre Celso Ribeiro Bastos:

> Seria um contra-senso admitir-se que o que lhe vem abaixo – devendo, portanto, sofrer o seu influxo – viesse de repente a insurgir-se contra esta ordem lógica, fornecendo critérios para a inteligência do próprio preceito que lhe serve de fundamento de validade.

É necessário, pois, para configurar ato de improbidade que o agente possua a intenção de praticar o ato ilícito, ou seja, haja com dolo. Essa é a única interpretação que se coaduna com os pressupostos de que as palavras utilizadas na Constituição devem ser interpretadas em seu sentido comum, e que o ordenamento jurídico deve ser interpretado do topo para a base.

A corroborar esse entendimento está o § 6º do art. 37 da Constituição Federal. Dispõe o referido dispositivo:

> Art. 37
> ...
> § 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.

Verifica-se que para imputar a responsabilidade civil ao agente público, dando origem ao dever de indenizar, a Constituição Federal exige a ocorrência de dolo ou culpa. Partindo-se do pressuposto de que o ordenamento jurídico exige condições mais graves para a aplicação de medidas mais severas, é de se supor que se exija para a aplicação de penas tão aflitivas quanto as previstas para a improbidade administrativa mais do que aquilo que costumeiramente se exige para as simples indenizações.

Para finalizar o presente tópico, é importante perceber que o substantivo “improbidade” não é utilizado isoladamente pelo § 4º do art. 37 da Constituição Federal. Agrega–se a ele o adjetivo “administrativa”, conforme já se ressaltou anteriormente. O adjetivo limita o conceito constitucional, ainda mais, restringindo a possibilidade de aplicação das penalidades previstas na Constituição aos casos nos quais o ato qualificado como ímprobo seja exercido nos limites da função administrativa.

Essas constatações são importantes porque o legislador federal além de atuar fora de sua esfera de competência instituiu no art. 10 da lei nº 8.429/92 uma modalidade culposa de improbidade. Ao assim fazê-lo, contudo, feriu a Constituição federal, devendo a expressão culposa prevista no referido artigo ser considerada inconstitucional. Os artigos 9º e 11, por sua vez, devem sofrer uma interpretação conforme a Constituição, por intermédio da qual somente se punam as modalidades dolosas dos ilícitos que instituem.

4- A OFENSA AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE

O inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Trata-se de postulado trazido ao Direito Penal como conseqüência da evolução do Estado de Direito. O referido dispositivo traduz o postulado da legalidade penal.

Esse princípio foi incorporado ao direito criminal como garantia contra o arbítrio punitivo. Não se trata de mera legalidade, mas sim de legalidade estrita, que exige que "os delitos estejam predeterminados pela lei de maneira taxativa, sem reenvio (ainda que seja legal) a parâmetros extralegais". Isso significa dizer que a lei penal exige a utilização de termos com extensão definida ao incriminar condutas. Não basta a reserva de lei. É necessária lei que descreva com termos exatos a conduta punível.

Figueiredo Dias ensina a esse respeito:

> O princípio segundo o qual não há crime sem lei anterior que como tal preveja uma certa conduta significa que, por mais socialmente nocivo e reprovável que se afigure um comportamento, tem o legislador de o considerar como crime (descrevendo-o e impondo-lhe como conseqüência jurídica uma sanção criminal) para que ele possa como tal ser punido. Esquecimentos, lacunas, deficiências de regulamentação ou de redacção funcionam por isso sempre contra o legislador e a favor da liberdade, por mais evidente que se revele ter sido intenção daquele (ou constituir finalidade da norma) abranger na punibilidade também certos (outros) comportamentos.

Exige-se que a conduta proibida seja descrita em termos objetivos. Figueiredo Dias, a esse respeito ensina:

> No plano da determinabilidade do tipo legal ou tipo de garantia- precisamente, o tipo formado pelo conjunto de elementos cuja fixação se torna necessária para uma correcta observância do princípio da legalidade -, importa que a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até a um ponto em que se tornem objectivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, consequentemente, se torne objectivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos. Considerar crime – para usar de exemplos que já atrás foram assinalados – as condutas que ofendem o " são sentimento do povo" ou a "ordem dos operários e agricultores" tornaria supérfluo um grande número de incriminações dos códigos penais; mas não cumpriria minimamente as exigências de sentido ínsitas no princípio da legalidade. Do mesmo modo, se é inevitável que a formulação dos tipos legais não consiga renunciar à utilização de elementos normativos, de conceitos indeterminados, de cláusulas gerais e de fórmulas gerais de valor, é indispensável que a sua utilização não obste à determinabilidade objectiva das condutas proibidas e demais elementos de punibilidade requeridos, sob pena de violação irremissível, neste plano, do princípio da legalidade e

> sobretudo da sua teleologia garantística. **Nesta acepção se afirma, com razão, que a lei penal fundamentadora ou agravadora da responsabilidade tem de ser uma lei certa e determinada; e se chama muito acertadamente a atenção, nos novos tempos, para que é mais aqui até do que no plano da proibição da analogia ou da retroactividade que reside o grande perigo para a consistência do princípio *nullum crimen*, que é nesse ponto que reside o verdadeiro cerne do princípio da legalidade**.

O raciocínio até aqui exposto acerca do princípio da legalidade criminal é plenamente aplicável à lei de improbidade administrativa, pois "a teoria da tipicidade é um fenômeno peculiar ao direito, sem uma necessária vinculação com a idéia dos tipos penais". Tem especial relevo em face da interpretação a ser dada ao art. 11 da referida lei. Há quem pretenda que a afronta a qualquer dos princípios da Administração Pública acarrete a incidência do já mencionado artigo.

Essa interpretação é equivocada. Não é possível punir o cidadão com base em noção tão aberta. Nem mesmo é possível punir com base na violação aos deveres ali prescritos (honestidade, imparcialidade, lealdade às instituições e legalidade). Não se pode dizer que exista precisão quanto aos conceitos dos deveres ali elencados, e isso impede a punição com base na suposta infringência deles. Somente se pode punir alguém pela prática de um ato ilícito, quando essa pessoa puder identificar claramente entre dois possíveis comportamentos qual deles é o proibido. Não se pode admitir que indivíduos sejam punidos com base em uma análise exclusivamente subjetiva de suas ações. Não é possível punir com base no binômio concordo ou não concordo, mas somente a partir da escolha pré-determinada pela lei entre quais ações são lícitas ou ilícitas. Mauro Roberto Gomes de Mattos leciona acerca da norma em comento que o caráter aberto e inconclusivo dela eleva o intérprete à função de legislador.

Acerca do princípio da tipicidade Marçal Justen Filho leciona o seguinte:

> Não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da "hipótese de incidência" da sanção. A expressão, usualmente utilizada no campo tributário, indica o aspecto da norma que define o pressuposto de aplicação do mandamento normativo. A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da conseqüência. A definição deverá verificar-se através da lei.

O raciocínio feito pelo professor paranaense em relação às sanções administrativas é aplicável ao direito sancionatório como um todo. Isso significa dizer que a lei de improbidade administrativa somente pode ser aplicada quando a hipótese de incidência por ela prevista for clara.

O único dos itens previstos no artigo 11, que possui determinação suficiente para acarretar a incidência de sanção é a afronta a legalidade. Ocorre que

esse critério não pode ser aplicado sozinho. Exige-se a ocorrência do elemento desonestidade agregado à ilegalidade, conforme já se expôs em tópicos anteriores. Isso significa dizer que a correta interpretação a ser dada ao referido artigo, é a que exige o elemento desonestidade e considera que os seus incisos estabelecem *numerus clausus* as hipóteses que dão ensejo à incidência de penalidade por afronta aos princípios da administração pública.

É certo que haverá quem diga que a interpretação ora dada ao artigo 11 limita em muito a aplicação da lei de improbidade dando margem à impunidade. Aqueles que assim afirmam têm razão parcial. Realmente, a aplicação da lei de improbidade fica reduzida. Isso, contudo, não significa dar margem à impunidade. Significa reconhecer que não se pode punir a qualquer custo, pois historicamente essa sempre foi uma opção que trouxe mais malefícios do que benefícios. Todas as vezes em que os aplicadores da lei tiveram a liberdade suprema de punir de acordo com critérios próprios, acabaram por abusar e condenar pessoas à fogueira simplesmente por discordarem de suas opiniões.

Sobre os perigos acerca da incriminação vaga de condutas leciona Heleno Cláudio Fragoso:

> Finalmente, atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, que deixa incerta a esfera da licitude, comprometendo, desta forma, a segurança jurídica do cidadão.
> É este um aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado,com a existência de uma lei prévia, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa. Como ensina mestre *Soler*, "a só existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitória de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se conheça não somente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a não compreendida.
> A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador.

O ensinamento ministrado em face do direito penal é plenamente aplicável às demais infrações. Corroborando o entendimento, agora na seara do Direito Administrativo, Marçal Justen Filho leciona:

> Deve-se indicar os limites dentro dos quais se identifica, de modo inquestionável, a conduta apta a conduzir ao sancionamento.
> Nem se diga que exigir a tipicidade seria dar margem à impunidade. Esse é o argumento jurídico menos defensável. Sua aplicação pressupõe a substituição do princípio da segurança e a legitimação do totalitarismo. O problema não reside em propiciar a impunidade, mas em reprimir a punição injusta e ofensiva aos valores da vida, da liberdade e da propriedade. Existem dois pólos axiológicos contrapostos, em tensão que dá identidade ao direito penal e a todas as formas punitivas. Em um lado está a repressão à impunidade e às

> condutas reprováveis. Por outro, encontra-se a garantia à liberdade, à propriedade e à segurança. A disciplina normativa desenvolve-se como uma forma de produzir o equilíbrio entre ambos os núcleos valorativos. No entanto, é inquestionável que o Estado Democrático de Direito prefere a tutela à liberdade à propriedade e à segurança. Esses valores não comportam sacrifício. Como se dizia desde dois séculos atrás, é preferível mil culpados livres do que um único inocente preso. Toda essa sistemática é rompida com o argumento da necessidade de evitar a impunidade. Tem de evitar-se a impunidade, mas nunca à custa do sacrifício aos valores essenciais à Democracia.

Os ensinamentos transcritos foram feitos acerca da imposição de penalidades em matéria licitatória, mas aplicam-se igualmente à lei de improbidade administrativa.

Marcelo Figueiredo manifesta entendimento equivalente especificamente sobre o tema da lei de improbidade:

> É dizer: tanto a indeterminação de conteúdo de uma conduta delituosa, a definição legal demasiadamente "aberta", como a simples remessa da definição legal a regras morais, todos são fenômenos violadores do princípio da segurança jurídica e friccionam o princípio da reserva legal.
> (...)
> Devemos ter sempre presente que o Estado de Direito dá fundamento político, jurídico e institucional ao princípio da reserva de lei. Do mesmo modo, a função histórica do princípio da reserva de lei consiste exatamente na proteção das liberdades fundamentais. Muito pouco representaria o "primado da lei" no Estado de Direito Democrático se seu conteúdo pudesse ser colmatado de qualquer modo, contendo disposições tão vagas e imprecisas que desfigurassem sua própria finalidade – garantia *precisa* aos particulares das condutas permitidas, proibidas ou facultadas.

Os ensinamentos transcritos acerca do princípio da legalidade fazem com que a única linha interpretativa possível para o art. 11 da lei de improbidade administrativa é a que considera que ele estabelece em seus incisos, *numerus clausus,* as hipóteses de afronta aos princípios da administração pública.

Há, contudo, um outro problema. A descrição da conduta não esgota o princípio da legalidade. É necessário também que se descreva com exatidão a pena a ser aplicada. Rafael Munhoz de Mello leciona a esse respeito que:

> Tanto a infração como a sanção administrativa devem ter previsão legal, segundo o princípio da legalidade. E mais: a lei deve estabelecer a relação entre as infrações e as sanções administrativas de modo que

o infrator saiba exatamente a medida a que está sujeito pela prática do comportamento ilícito.

Essa é a conclusão a que se chega também pelo conteúdo dos incisos XXXIX e XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

Essa conclusão, contudo, traz outro problema para a interpretação da lei de improbidade. É que os incisos do art. 12 cominam penas variadas: a) perda dos bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio, b) ressarcimento do dano quando houver, c) perda da função pública, d) suspensão dos direitos políticos, e) pagamento de multa civil, f) proibição de contratar com o poder público, g) proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios. De acordo com o disposto no parágrafo único do mesmo artigo, a escolha das penalidades aplicáveis será feita de acordo com a prudência do juízo, fundada apenas nos critérios de extensão do dano e proveito patrimonial obtido pelo agente. Isso significa dizer que o juiz ao aplicar a penalidade poderá escolher entre oito penas a serem aplicáveis e que poderá escolher entre cumulá-las ou não. A cumulação, por sua vez, pode variar. Podem ser aplicadas duas, três, quatro, cinco, seis, sete ou oito penas cumulativamente. A escolha, por sua vez, por exemplo, pode se dar pela penalidade “a” e pela penalidade “b”, ou pela penalidade “b” e pela penalidade “c” e assim por diante. Há ainda penalidades que não são certas. Por exemplo a aplicação de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial obtido depende da verificação do acréscimo patrimonial.

Essas possibilidades acarretam enormes variações na aplicação das penas. São, na realidade, muito maiores do que podem parecer à primeira vista. O autor, procurando, estabelecer o número de combinações solicitou à Rafael Marques da Silva, mestrando em física, que elaborasse uma conta utilizando critérios de análise combinatória. Os valores a que se chega são surpreendentes.

Inicialmente é preciso esclarecer o que se entende por análise combinatória e para que serve. Trata-se de um método matemático que permite concluir o número de possibilidades de combinar elementos. Os elementos, no caso concreto são as penas previstas em cada um dos incisos do art. 12 da lei de improbidade administrativa. Por intermédio desse método é possível concluir quantas possibilidades de agrupamentos diferentes podem ocorrer.

O método aqui utilizado foi a combinação simples. Esse método permite identificar quantos resultados diferentes posso obter, a partir da combinação de certo número de elementos. Os elementos, no caso concreto, são as penas. A fórmula para efetuar o cálculo é a seguinte:

$$C = \frac{n!}{r!\,(n-r)!}$$

C representa o total de combinações, n é o número total de possibilidades (penas), r é o número de possibilidades que iremos agrupar. O ponto de exclamação representa "fatorial" que corresponde à multiplicação de todos os números inteiros positivos menores ou iguais a "n" ou "r". O resultado total de combinações será a soma de todas as escolhas possíveis a serem feitas pelo aplicador da lei antes apontadas, ou seja, podem ser aplicadas uma, duas, três, quatro, cinco, seis, sete ou oito penas cumulativamente. A escolha, por sua vez, por exemplo, pode se dar pela penalidade "a" e pela penalidade "b", ou pela penalidade "b" e pela penalidade "c" e assim por diante.

Inicialmente vamos analisar as possibilidades existentes no inciso I do art. 12 da lei de improbidade:

1. Perda de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (1 possibilidade)
2. Ressarcimento integral do dano; (1 possibilidade)
3. Perda da função pública; (1 possibilidade)
4. Suspensão dos direitos políticos de 8 anos (2920 dias) a dez anos (3650 dias);
(730 dias/possibilidades)
5. Multa civil de uma a três vezes o valor do acréscimo patrimonial; (3 possibilidades)
6. Proibição de contratar com o poder público por 10 anos; (1 possibilidade)
7. Proibição de receber incentivos fiscais por 10 anos; (1 possibilidade)
8. Proibição de receber incentivos creditícios por dez anos. (1 possibilidade)

Vê-se que há um total de 739 possibilidades. O número 739 será utilizados como "n" na fórmula antes apontada. Para chegar ao valor correto, seria necessário verificar a quantidade de agrupamentos possíveis e somá-los ao final, ou seja, "r" seria representado por "1", "2", "3", "4", "5", "6", "7", ou "8". Iniciaremos pelo número 08, porque ele já é suficiente para demonstrar a tese que queremos. Observe-se a fórmula:

$$C = \frac{739!}{8!\,(739-8)!}$$

O resultado é que $C = 2{,}12 \times 10^{18}$= 2.120.000.000.000.000.000. O resultado é realmente surpreendente e o autor nem mesmo sabe escrever por extenso o número alcançado. Esse, no entanto, não seria o número final. Para alcançá-lo seria necessário fazer a conta substituindo "r", por "1", "2", "3", "4", "5", "6", "7" e somar todos os resultados alcançados. Não há, portanto, como dizer que a pena em questão é certa.

Vamos agora analisar as possibilidades em relação ao inciso II do art. 12 da lei de improbidade administrativa. Temos as seguintes possibilidades:

1. Perda de bens acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (1 possibilidade)
2. Ressarcimento integral do dano; (1 possibilidade)
3. Perda da função pública; (1 possibilidade)
4. Suspensão dos direitos políticos de cinco (1825 dias) a oito anos (2920 dias).

(1095 possibilidades se considerarmos em dias)
5. Multa civil de até duas vezes o valor do dano; (2 possibilidades)
6. Proibição de contratar por cinco anos; (1 possibilidade)
7. Proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais por cinco anos; (1 possibilidade)
8. Proibição de receber incentivos creditícios por cinco anos. (1 possibilidade)

Vê-se que há um total de 1103 (um mil cento e três) possibilidades. O número 1103 será utilizado como "n" na fórmula antes apontada. Para chegar ao valor correto, seria necessário verificar a quantidade de agrupamentos possíveis e somá-los ao final, ou seja, "r" seria representado por "1", "2", "3", "4", "5", "6", "7", ou "8". Iniciaremos pelo número 08, porque, mais uma vez ele já é suficiente para demonstrar a tese que queremos. Observe-se a fórmula:

$$C = \frac{1103!}{8!(1103-8)!}$$

O resultado é que $C = 5{,}29 \times 10^{19}$= 52.900.000.000.000.000.000. O resultado é ainda mais surpreendente que o anterior. Esse, no entanto, não seria o número final. Para alcançá-lo, conforme já esclarecemos anteriormente, seria necessário fazer a conta substituindo "r", por "1", "2", "3", "4", "5", "6", "7" e somar todos os resultados alcançados. Não há, portanto, mais uma vez, como dizer que a pena em questão é certa.

Vamos agora analisar as possibilidades em relação ao inciso III do art. 12 da lei de improbidade administrativa. Temos as seguintes possibilidades:

1. Ressarcimento integral do dano; (1 possibilidade)
2. Perda da função pública; (1 possibilidade)
3. Suspensão dos direitos políticos de três (1095 dias) a cinco anos (1825 dias).
(730 possibilidades se considerarmos em dias)
4. Multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; (100 possibilidades)
5. Proibição de contratar por três anos; (1 possibilidade)
6. Proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais por três anos;
(1 possibilidade)
7. Proibição de receber incentivos creditícios por três anos; (1 possibilidade)

Vê-se que há um total de 835 (oitocentos e trinta e cinco) possibilidades. O número 835 (oitocentos e trinta e cinco) será utilizado como "n" na fórmula antes apontada. Para chegar ao valor correto, seria necessário verificar a quantidade de agrupamentos possíveis e somá-los ao final, ou seja, "r" seria representado por "1", "2", "3", "4", "5", "6" ou "7". Iniciaremos pelo número 07, porque, mais uma vez, ele já é suficiente para demonstrar a tese que queremos. Observe-se a fórmula:

$$C = \frac{835!}{7!(835-7)!}$$

O resultado é que $C = 5{,}47x10^{16}$= 54.700.000.000.000.000. O resultado embora menor que os anteriores continua a ser surpreendente. Esse, no entanto, não seria o número final. Para alcançá-lo, conforme já esclarecemos anteriormente, seria necessário fazer a conta substituindo "r", por "1", "2", "3", "4", "5" e "6", e somar todos os resultados alcançados. Não há, portanto, mais uma vez, como dizer que a pena em questão é certa.

Consideradas todas essas possibilidades, verifica-se que em cada um dos incisos do art. 12 da lei de improbidade o juiz terá um número de possibilidades que supera a casa do trilhão de opções de escolha de penas a serem aplicadas.

A incerteza é agravada pela insuficiência dos critérios de gradação das penas previstas pela lei de improbidade, que levam em conta apenas a extensão do dano causado o proveito patrimonial obtido pelo agente. É importante perceber que condutas extremamente graves podem propiciar um proveito patrimonial pequeno e condutas de baixa gravidade podem ocasionar um dano extenso. Isso torna os critérios estabelecidos pela lei de improbidade insuficientes para retirar a incerteza acerca das penas a serem aplicadas diante de cada caso concreto.

Isso faz com que as sanções previstas na lei nº 8.429/92 sejam inconstitucionais, por não serem claras. Não se pode saber de antemão qual a pena a ser aplicada ao cidadão e, com isso, dá-se uma liberdade extremada ao aplicador da lei em afronta aos incisos XXXIX e XLVI da Constituição Federal.

5- A OFENSA O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS

Pelo princípio da individualização das penas a pena não pode passar da pessoa do infrator. Trata-se de princípio previsto nos incisos XLV e XLVI do art. 5º da Constituição Federal que dispõem:

> XLV- Nenhuma pena passará da pessoa do condenado,podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
>
> XLVI- a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos;
> ...

É importante notar que os ilícitos administrativos e criminais, bem como as respectivas sanções são ontologicamente idênticos. Os termos pena e condenado são termos utilizados pelo direito punitivo em geral. É possível e corrente dizer que um servidor foi condenado e recebeu uma pena administrativa, ou que um contribuinte foi condenado em um processo administrativo fiscal e recebeu a pena de multa. A pena de perdimento de bens, por sua vez, pode também ser aplicada administrativamente como ocorre nos casos de bens provenientes de contrabando, descaminho, bens apreendidos pela vigilância sanitária em desconformidade com as regras de consumo, etc. Verifica-se, pois, tratar-se de princípio geral de direito punitivo. Esse também é o entendimento de Régis Fernandes de Oliveira:

> É princípio do direito brasileiro a individualização da pena (art. 5º, XLVI, da C. F.). Não se pode afirmar que tal dispositivo apenas se aplica ao criminoso. Isso porque a Constituição não necessita descer a detalhes, nem disciplinar casos concretos. Dá limites ao legislador, impondo-lhe restrições. A interpretação restrita de tal dispositivo poderia levar à conclusão de que apenas está outorgando garantia ao réu de processo-crime, mas não pode ser esta a interpretação jurídica. É que a individualização da *pena* alcança toda e qualquer infração. É decorrência da interpretação lógica do todo sistemático do direito.

A constatação de que o princípio aplica-se ao direito punitivo em geral é relevante, pois o art. 12 prevê a aplicação de penalidade de "proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário". Ao assim prever, a lei ofende o referido princípio, pois em virtude da conduta de um sócio pune uma sociedade que, conforme as regras de direito privado, não se confunde com a pessoa do sócio e ao fazer isso pune também os demais sócios que não participaram do ato ilícito. É importante perceber que uma mesma pessoa pode ser sócia de diferentes sociedades e com objetos diversos. A expressão sócio majoritário, por sua vez, não se identifica com o controlador, mas refere-se apenas ao detentor da maioria das quotas.

Ocorre que, conforme leciona Fábio Medina Osório

> a pena administrativa somente pode atingir a pessoa sancionada, o agente efetivamente punido, não podendo ultrapassar de sua pessoa. Pessoalidade da sanção administrativa veda, por certo, a chamada responsabilidade solidária, ainda que estabelecida por lei, porque a lei não pode violentar um princípio constitucional regente do Direito Administrativo Sancionador.

O ensinamento transcrito acerca de sanções administrativas é plenamente aplicável à lei de improbidade, sendo por essa razão o dispositivo em comento inconstitucional nesse particular.

6- A INCONSTITUCIONALIDADE DAS PENAS DE PAGAMENTO DE MULTA CIVIL, PROIBIÇÃO DE CONTRATAR CONTRA O PODER PÚBLICO E DE PROIBIÇÃO DE RECEBER INCENTIVOS FISCAIS OU CREDITÍCIOS

As penas de pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público, proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios são inconstitucionais por não estarem expressamente previstas no § 4º do art. 37 da Constituição Federal.

De fato, a lei de improbidade ao normatizar o § 4º do art. 37 da Constituição Federal foi além do permitido pela Constituição Federal. Esta prevê somente quatro espécies de sanção: a) suspensão dos direitos políticos; b) perda da função pública; c) indisponibilidade dos bens; d) ressarcimento ao erário.

Além dessas penalidades a lei de improbidade estabeleceu as seguintes: anulação do ato, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público, proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios.

A anulação do ato ilícito não é propriamente uma penalidade, mas sim um pressuposto necessário para que surja o dever de indenizar. A perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, por sua vez, não pode ser considerada como penalidade efetiva, mas sim como expressão da regra geral de vedação ao enriquecimento sem causa que permeia todo o ordenamento jurídico. As demais penalidades, no entanto, não poderiam ter sido cominadas pela lei de improbidade administrativa. Não há óbice ao fato de serem aplicadas administrativa ou criminalmente se a lei assim estabelecer. Tornam-se inconstitucionais, no entanto, quando estabelecidas para a punição de atos de improbidade.

Isso ocorre porque a redação do parágrafo é imperativa ao dispor que os atos de improbidade administrativa "importarão" e permite apenas que a aplicação dessas quatro penalidades se dê na forma e gradação previstas em lei. A linha interpretativa ora proposta ganha corpo quando se verifica que o dispositivo que ora se comenta excepcionou expressamente as penalidades criminais ao dizer em sua parte final "sem prejuízo da ação penal cabível". Verifica-se que a Constituição Federal estabelece claramente quatro penalidades para os atos de improbidade e que a única exceção admitida dá-se quando uma mesma conduta além de ímproba for tipificada criminalmente. Devem, portanto, ser consideradas inconstitucionais por ofensa ao § 4º do art 37 da Constituição Federal as penas de pagamento de multa civil, proibição de contratar com o poder público, proibição de receber incentivos fiscais ou creditícios.

7- A LIMITAÇÃO À LIBERDADE DO LEGISLADOR AO TIPIFICAR CONDUTAS E ESTABELECER PENALIDADES

Afirma Fernando Capez que:

> Além da necessidade de estar previamente definida em lei, a conduta delituosa necessita ter conteúdo de crime, já que o Estado Democrático de Direito não pode admitir que alguém seja punido por ter praticado uma conduta inofensiva. Não se pode admitir descompasso entre a vontade imperiosa do Estado e o sentimento social de justiça.

O raciocínio feito pelo autor em relação ao direito criminal é também aplicável à improbidade administrativa. O art. 10 da lei de improbidade administrativa afronta esse aspecto, pois prevê em abstrato as mesmas penas para condutas praticadas com dolo ou culpa.

Há que se atentar também para o princípio da proporcionalidade da pena. Por intermédio desse princípio exige-se que casos mais graves sejam apenados de maneira mais severa. Fernando Capez leciona a esse respeito que a resposta punitiva estatal ao crime deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social. Deve ser proporcional à extensão do dano, não se admitindo penas idênticas para crimes de lesividades distintas, ou para infrações dolosas e culposas.

Havendo penalidades idênticas para as modalidades dolosa e culposa de um mesmo crime, segundo o autor, haveria inconstitucionalidade por ofensa ao princípio do Estado de Direito previsto no caput do art. 1º da Constituição Federal e também ao princípio da dignidade da pessoa humana previsto no inciso III do *caput* do mesmo artigo. É que em um Estado de Direito não se pode conceber que crime seja tão somente aquilo que o legislador deseja, sem que se possa efetuar qualquer controle sobre o conteúdo da norma. O fato típico depende da forma e do conteúdo. Não se pode pretender que o constituinte, ao conferir ao legislador a possibilidade de incriminar condutas, tenha a ele atribuído a possibilidade de criar penas desarrazoadas ou sem qualquer relação com a gravidade do ilícito praticado. Trata-se, portanto, o princípio da proporcionalidade da pena de decorrência lógica do princípio da legalidade, da reserva legal, do devido processo legal em sua faceta substantiva e da individualização das penas.

8- A INCONSTITUCIONAL PREVISÃO EM LEI FEDERAL DE REQUISITOS PARA EXERCER CARGOS PÚBLICOS NOS DEMAIS ENTES FEDERADOS.

A lei de improbidade prevê em uma lei federal requisito para a posse, exercício de cargos públicos e demissão em todos os órgãos da Administração Pública de todos os entes federados. O *caput* do art. 13 da lei que ora se comenta que exige a apresentação de declaração de bens e valores e o § 3º do mesmo artigo pune com demissão a recusa em apresentá-la. Ambos os dispositivos demandam uma interpretação conforme, pois requisitos como esses somente podem ser estabelecidos por lei de cada um dos entes federados. Somente podem ser aplicados à União Federal.

9- A INCONSTITUCIONALIDADE DE EXIGIR DECLARAÇÃO DE BENS DE TERCEIROS COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGOS PÚBLICOS

O § 1º do art. 13 da lei de improbidade impõe que a declaração de bens, “quando for o caso”, abranja “bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante”. Trata-se de dispositivo inconstitucional

Exigir declaração que abranja o patrimônio de terceiros é inconstitucional por afronta ao inciso X do art. 5º da Constituição Federal. É lícito exigir daquele que pretende exercer algum tipo de função pública que preencha certos requisitos. Trata-se de um ônus daquele que almeja esse tipo de posição. O mesmo não pode ser dito em relação aos terceiros. Estes podem até mesmo recusar-se a fornecer dados ao agente público, eis que têm a intimidade e a privacidade constitucionalmente protegidas.

10- CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, verifica-se claramente a inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa.

A inconstitucionalidade decorre, em primeiro lugar, da elaboração de uma lei federal sobre um tema que é da competência de cada um dos entes federativos. Em segundo lugar surge pela instituição de uma modalidade dolosa de ilícito de improbidade administrativa no art. 10 da lei n° 8.429/92. Em terceiro lugar, o *caput* do art. 11 ofende o princípio da tipicidade, pois elencou a ofensa a princípios da Administração Pública como modalidade de improbidade. Esses princípios, no entanto, possuem um conteúdo extremamente aberto e não satisfazem o requisito da tipicidade para a instituição de ilícitos.

A ofensa à tipicidade também decorre da incerteza das sanções previstas no art. 12 da lei n° 8.429/92. Conforme se demonstrou o inciso I tem mais de 120.000.000.000.000.000 de combinações de penas possíveis. O inciso II tem mais de 52.900.000.000.000.000.000 combinações de penas possíveis. O inciso III, por fim, tem mais de 54.700.000.000.000.000 combinações de penas possíveis.

A quarta ofensa também é feita pelos incisos do art. 12 da lei n° 8.429/92 ao instituírem penas que vão além das pessoas dos réus em ofensa aos incisos XLV e XLVI do art. 5º da Constituição Federal.

A quinta ofensa é feita pelos incisos do art. 12 da lei n° 8.429/92 que extrapolaram as modalidades de penas previstas pelo § 4º do art. 37 da Constituição Federal, vindo, por isso, a ofendê-lo.

A sexta ofensa é feita pelo inciso II do art. 12 da lei n° 8.429/92, que prevê as mesmas modalidades de penas para as condutas culposa e dolosa, ofendendo assim o princípio da proporcionalidade das penas, eis que os únicos critérios a serem sopesados pelo juiz ao aplicar a pena, nos termos do parágrafo único do referido artigo, são a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

A sétima ofensa consiste na previsão estabelecida no art. 13 da lei n° 8.429/92 de um requisito para a posse e exercício de cargos públicos nos demais entes federados, em afronta ao art. 18 da Constituição Federal.

A oitava ofensa é feita pelo § 1º do art. 13 da lei n° 8.429/92 que determina que a declaração de bens abranja bens e valores do cônjuge, companheiro ou filho que vivam sob a dependência econômica do declarante. Trata-se de dispositivo que ofende o inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

Diante de todo o exposto, a inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa fica evidente. Trata-se de um diploma legal odioso que deve ser combatido por todos aqueles que acreditam no Estado de Direito.

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coord). Improbidade administrativa questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e interpretação constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

CAPEZ, Fernando. Limites constitucionais à lei de improbidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal, tomo I. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2002.

FERREIRA, Daniel. Sanções Administrativas. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa: Comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar. 4 ed., atual e ampl., São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEIREDO. Marcelo. O controle da moralidade na Constituição. São Paulo: Malheiros 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 5 ed. São Paulo: dialética, 1998.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O limite da improbidade administrativa. 3 ed., rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: América jurídica, 2006.

MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios Constitucionais de direito administrativo sancionador. São Paulo, Malheiros, 2007.

MUKAI, Toshio. A inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa. Boletim de Direito Administrativo, NDJ, ano XV, nº 11, novembro de 1999.

NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO eletrônico. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Positivo Informática, 2004, CD-rom, versão 5.0. Dicionário aurélio eletrônico.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. Infrações e sanções administrativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed. 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa: observações sobre a lei 8.429/92. 2 ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

HARGER, Marcelo. ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 42, abril/maio/junho de 2015. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-42-ABRIL-2015-MARCELO-HARGER.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.