



Departamento de Direito do Estado  
Faculdade de Direito  
Universidade de São Paulo

REVISTA  
TRIMESTRAL DE



# *DIREITO PÚBLICO*

26/1999

 MALHEIROS  
EDITORES

## ESTUDOS E COMENTÁRIOS

**PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE CONSTITUCIONAL:  
NOTAS A RESPEITO DA TIPIFICAÇÃO MATERIAL  
E DO SANCIONAMENTO AOS ATOS DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA REPRIMIDOS NA LEI 8.429/92**

FÁBIO MEDINA OSÓRIO

Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul — Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul — Professor na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

*Introdução. Observações sobre o princípio da proporcionalidade. Da tipificação material do ato de improbidade administrativa. Da resposta do Estado ao ato de improbidade administrativa e o princípio da proporcionalidade. Considerações finais.*

**Introdução**

Ganha importância ímpar, no ordenamento jurídico brasileiro, a necessidade de compreensão e aplicação concreta do chamado princípio da proporcionalidade, que tem raízes constitucionais, em todo e qualquer ramo do direito.

Notadamente no direito público, e muito especialmente no manejo de sanções que atingem direitos fundamentais, à luz da Lei 8.429/92, que tipificou e sancionou categorias de atos de improbidade administrativa, revela-se o princípio da proporcionalidade de fundamental importância, seja na adequação típica das condutas às descrições das normas, seja na atenuação dos rigores sancionatórios abstratos.

Nesse passo, não custa lembrar que os direitos fundamentais e a democracia estão implicados em relação de condiciona-

mento mútuo: a democracia pressupõe liberdade individual protegida juridicamente para todos; a liberdade para todos pressupõe democracia. Se é separada a conexão entre liberdade e democracia, chega-se a uma interpretação dos direitos fundamentais capaz de acarretar perigo tanto à liberdade como à democracia. Porém, é de se salientar que a liberdade não significa apenas a delimitação da esfera privada pela comunidade. "Tener libertad significa tener derecho dentro del marco del orden jurídico".<sup>1</sup> Daí a importância de se examinar os limites jurídicos aos tipos e às sanções da Lei 8.429/92, especialmente perante os direitos fundamentais atingidos, disso resultando a necessidade de análise do princípio da proporcionalidade.

1. Martin Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado*, Depalma, trad. por Eugenio Bulygin, 1980, pp. 470 e 472.

A improbidade administrativa, sabe-se, está reprimida no art. 37, § 4º, da Carta de 1988, sendo que sua operacionalização está definida, fundamentalmente, na já mencionada Lei 8.429/92.

A tipicidade do ato ímprobo é, fora de dúvida, composta por conceitos jurídicos indeterminados, vazada em cláusulas gerais, que descrevem, abstratamente, as condutas proibidas.

Não se olvide, no contexto de repressão à improbidade administrativa, que as condutas proibidas não resultam, ontologicamente, de restrições à "liberdade" dos agentes públicos, na exata medida em que estes estão jungidos aos estreitos ditames legais. Não gozam de liberdade, mas estão sempre vinculados às leis. Daí que a conduta proibida traduz, por via de regra, um comportamento positivo ou negativo que não estava autorizado por lei. Há necessidade de uma tipicidade permissiva que, quando inobservada, acarreta incidência de sanções legais.

Deriva do princípio do Estado de Direito o submetimento da administração à lei, o que exige submetimento material e formal. Não bastam princípios jurídicos abstratos para definir os limites da atuação administrativa. As cláusulas gerais, nesse passo, não satisfazem no que diz respeito aos limites da atuação dos agentes públicos,<sup>2</sup> vale dizer, na construção da tipicidade permissiva.

2. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais — Contributo para uma Compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*, Fabris editor, Porto Alegre, 1995, pp. 199-200. É certo que se admitem, consoante o autor assinala, cláusulas gerais e conceitos indeterminados no direito administrativo, o que ocorre, fundamentalmente, no campo de intervenção do Estado no domínio econômico, em que as situações são rapidamente cambiantes. "O legislador está obrigado, todavia, a redigir a sua regulação de modo tão determinado quanto possível, segundo a peculiaridade do contexto vital a ser ordenado, e com consideração à finalidade da norma" (pp. 207-208).

Todavia, vale destacar que é possível proibir comportamentos através de cláusulas gerais,<sup>3</sup> especialmente no direito administrativo, ainda que deva existir, como se sabe, um mínimo de segurança e garantia na descrição normativa. Em outras palavras: admite-se tipificação de condutas através de cláusulas gerais, mas necessária uma razoável descrição do comportamento proibido, não sendo tolerável previsão tão ampla que signifique, na prática, inexistência de previsão normativa.

Não é possível e tampouco recomendável permitir ou ordenar comportamentos administrativos com suporte em normas de elevada indeterminação e grande generalidade, pois se assim fosse possível estar-se-ia burlando a exigência material de submissão do administrador público aos limites do legislador. De modo diverso, o sancionamento e a tipificação das condutas socialmente patológicas e atentatórias aos princípios que regem a administração pública são admissíveis através da utilização adequada das cláusulas gerais. No fundo, a tipicidade da proibição ocorre quando é inobservada a tipicidade da permissão. Daí que a legalidade administrativa, em tal medida, fornece substrato básico na compreensão da possibilidade de o Estado proibir e sancionar condutas por meio de cláusulas gerais, sem ofensa ao sistema constitucional pátrio.

Já as sanções previstas aos atos ímprobos, na Lei 8.429/92, também estão con-

3. Sempre é bom lembrar que inclusive o direito penal utiliza, com crescente frequência, normas gerais na proibição de comportamentos. De longa data que se punem delitos culposos. V.g., arts. 121, §§ 3º e 6º; 180, § 1º; 312, § 2º, todos do Código Penal de 1940. Há uma inegável estrutura aberta desses tipos, eis que o próprio conceito de "culpa *stricto sensu*" pressupõe elementos extrajurídicos intensos em sua formulação, v.g., as noções de negligência, imprudência e imperícia, o dever objetivo de cuidado, a previsibilidade objetiva e subjetiva, a evitabilidade do resultado, todas dotadas de conteúdo metajurídico, normas sociais, técnicas, administrativas, culturais compondo esse complexo quadro normativo.

templadas em normas abstratas e, paradoxalmente, pouco flexíveis, seja pela sua ligação com a tipicidade, seja pelos limites estreitos impostos aos julgadores, no art. 12, incs. I, II e III do referido diploma legal.

Se é certo que, no Estado de Direito, a atividade das autoridades administrativas nunca é completamente livre, e inclusive seus poderes discricionários sofrem cortes e limites implícitos e explícitos da ordem constitucional, com a chamada "proibição da arbitrariedade",<sup>4</sup> não menos certo que o preceito da proporcionalidade, juntamente com a proibição de excesso, estende-se, "como regra diretiva, a todas as atuações estatais e, com isso, também a liberdade de conformar do legislador, por ambas, limitada",<sup>5</sup> sendo de se acrescentar que tampouco seriam imunes à obediência a tais preceitos os juízes e demais operadores jurídicos, dada sua inarredável vinculação ao sistema constitucional.

Dá que necessário examinar, ainda que em breves e modestas reflexões, algumas importantes tarefas do princípio da proporcionalidade na concretização da Lei 8.429/92: de um lado, na tipificação das condutas; de outro, na aplicação das sanções.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade, de matriz constitucional, é de ser aplicado pelo Poder Judiciário na concretização da Lei 8.429/92, seja na própria tipificação do ato de improbidade administrativa, deixando de fora dos tipos legais comportamentos que não se mostrem materialmente lesivos aos valores tutelados pelo legislador e pelo constituinte de 1988, seja na adequação da resposta estatal, através das sanções, a ilícitos de menor gravidade.

Possui a proporcionalidade, pois, como se vê, de início, duas fundamentais funções em dimensões distintas no que diz respeito

4. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional...*, cit., p. 183.

5. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional...*, cit., p. 181.

ao controle e combate à improbidade administrativa.

Vale ressaltar a importância da atuação do princípio da proporcionalidade, também, no sentido de que inviável proteger ilimitadamente a liberdade individual em detrimento dos direitos da coletividade. A liberdade individual, consoante já assinalou Martin Kriele, não é o único bem protegido pelos direitos fundamentais. Medidas adotadas em prol da ordem pública, ainda que restritivas de liberdades, podem reforçar a defesa de direitos fundamentais, desde que necessárias à democracia.<sup>6</sup>

Os caminhos da proporcionalidade podem fornecer substrato necessário ao equilíbrio entre os direitos individuais atingidos pela Lei 8.429/92 e os direitos da comunidade protegidos pelo mesmo legislador, na medida em que se teve por escopo resgatar a combatida probidade dos agentes públicos e particulares que lidam com a *res publica*, defendendo-se, por certo, o próprio regime democrático, que se assenta em inequívoca distinção entre o público e o privado.

Não se pretende, neste espaço, formular considerações exaustivas a respeito do princípio da proporcionalidade, mas apenas fornecer uma notícia doutrinária e um alerta para sua concreta incidência no plano jurisprudencial, notadamente no que se refere à tipicidade material do ato ímprobo e aplicação de suas sanções.

#### Observações sobre o princípio da proporcionalidade

Quer-se viver em um Estado de Direito. Tem sido esta a luta do ser humano em sociedade, vale dizer, a substituição do arbítrio pela sujeição a regras gerais e abstratas, valoradas em um sistema constitucional que, por seu turno, pressupõe uma racionalidade formal e material. O poder estatal cria o direito e o impõe, mas o direito

6. Martin Kriele, *Introducción...*, cit., p. 477.

fundamenta e legítima o poder estatal, em rica dialética.<sup>7</sup>

O Estado de Direito pressupõe a defesa de direitos humanos<sup>8</sup> e aí é possível dizer que o princípio da proporcionalidade está indissolúvelmente ligado à vigência formal e material de um Estado de Direito.

O princípio do Estado de Direito é de conteúdo indeterminado e, em grande medida, dirige-se ao legislador, em qualquer das esferas da federação. Em sua concretização, todavia, devem ser mantidos seus elementos fundamentais e sua propriedade, tarefa que também incumbe a órgãos judiciários. Do Estado de Direito derivam e se desenvolvem outros princípios jurídicos, v.g., proibição de leis retroativas onerosas e o preceito da proporcionalidade, conjugado este com o preceito da proibição de excesso, no direito germânico.<sup>9</sup>

A proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais. Proíbem-se intervenções desnecessárias e excessivas. "Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i.e., deve poder ser dele exigível".<sup>10</sup>

É possível dizer que o teste da racionalidade pressupõe o argumento objetivo e lógico da relação meios-fins. "Es irracional algo que pretende ser un medio para alcanzar un fin y, en realidad, no tiene nada que ver con la consecución de dicho fin". Deve existir uma relação positiva entre meios e fins.<sup>11</sup>

7. Ver Martin Kriele, *Introducción...*, cit., p. 150.

8. Martin Kriele, *Introducción...*, cit., p. 150.

9. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional...*, cit., p. 176.

10. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional...*, cit., p. 177.

11. Enrique Alonso Garcia, *La Interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitu-

O exame da proporcionalidade, no controle de atos praticados pelo Poder Público, é admitido também pelo Tribunal Constitucional espanhol, sendo que tem tal princípio permitido que se reconheça a inconstitucionalidade de medidas "excessivamente gravosas". Nesse passo, tem-se reconhecido, em conexão com a cláusula da igualdade, a importância da chamada "alternativa menos gravosa".<sup>12</sup>

Mais do que a mera relação lógica entre meios e fins, e além da adoção da "alternativa menos gravosa", o princípio da proporcionalidade tem sido o parâmetro para avaliar o cabimento de uma medida restritiva de direito. "No se trata de examinar si caben alternativas a esa medida que sean menos gravosas para el derecho, sino de si esa medida concretamente adoptada es o no excesivamente gravosa".<sup>13</sup>

O princípio da proporcionalidade exige o exame da natureza do ataque ao bem juridicamente protegido e a sanção prevista a esse ataque. A sanção deve estar relacionada ao bem jurídico protegido. Há, sempre, uma cláusula de necessidade embutida nas medidas que buscam salvaguardar a segurança, saúde, ou moral pública.<sup>14</sup>

cionales, Madrid, 1984, p. 207. O autor trata da razoabilidade como critério de interpretação, salientando sua conexão com o princípio da igualdade e com a teoria dos valores.

12. Enrique Alonso Garcia, *La Interpretación...*, cit., p. 226. Note-se que o autor não confunde a "alternativa menos gravosa" com o princípio da proporcionalidade ou com a mera relação meios e fins. A proporcionalidade é intermediária. A relação meios-fins pode ser aferida por critérios puramente lógicos, o que a tornaria insuficiente. Já a alternativa menos gravosa nunca prescinde da indagação: o meio utilizado é o mais idôneo e proporcional para alcançar o fim almejado? Nesse sentido, o autor alerta que o controle da "alternativa menos gravosa" poderia ingressar no âmbito do controle de oportunidade (pp. 227-228).

13. Enrique Alonso Garcia, *La Interpretación...*, cit., p. 230.

14. Enrique Alonso Garcia, *La Interpretación...*, cit., p. 248.

No sistema brasileiro, o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado na interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.<sup>15</sup>

15. Suzane de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Ed. Brasília Jurídica, 1996, pp. 37-45, 68-84, 85-93. Diz a autora: "A partir desse novo contexto, infere-se, com certa facilidade, que a *dignidade do homem*, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige possibilidade de abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz insita a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos. A Carta Brasileira de 1988 assimilou, de um modo geral, as tendências do novo arquétipo do Estado constitucional. A par de expressamente considerar a *dignidade humana* princípio fundamental do Estado Brasileiro (art. 1º) e de aumentar, em relação às Constituições anteriores, o rol dos direitos e garantias fundamentais, conferiu-lhes *aplicabilidade imediata* (art. 5º, § 1º) e tratou de assegurar-lhes expectativas de expansão, segundo a cláusula aberta assim redigida: 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte' (art. 5º, § 2º). Ainda sinalizando mudanças substanciais para dar especial proteção aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, mantendo a garantia de eternidade (art. 60, § 4º, IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, II), ampliou o princípio da proteção judiciária (art. 5º, XXXV) com a criação de instrumentos processuais tendentes a coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), e explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade (art. 5º, LIV). *O princípio da proporcionalidade*, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de *garantia especial*, traduzida na exigência de que toda a intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes (Hesse). Entre estas idéias principais, o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal (art. 5º,

Entende-se que "a lei, como instrumento de regulação da vida em sociedade, deve propiciar uma existência ao indivíduo considerando o maior espaço possível para o desenvolvimento da sua personalidade e garantindo-lhe as mais amplas possibilidades de suprir suas necessidades, confirmando as palavras de Krueger, para quem 'já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis na moldura dos direitos fundamentais'. A lei tem um claro significado material — não meramente formal — e, quando cuidar de restringir direitos fundamentais, para harmonizar os diversos interesses concorrentes, deve poder ter sua *ratio essendi* testada, ou seja, deve entrar no âmbito do seu controle o problema de se saber se é realmente adequada para conseguir o objetivo em questão. Sob este enfoque, é deveras claro que o *princípio da proporcionalidade* decorre do Estado de Direito, ou do Estado Democrático de Direito, ou da idéia mesma dos direitos fundamentais".<sup>16</sup>

II), entendido este como submissão de uma determinada matéria — como a dos direitos fundamentais — exclusivamente à lei formal. E ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no princípio da *reserva legal proporcional* ou, ainda, no *devido processo legal substancial*. De fato, a reserva legal não é suficiente para evitar-se a edição de leis excessiva ou desnecessariamente restritivas. Não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entende cabíveis, quando autorizado a impor limites aos direitos fundamentais. Se assim fosse, as garantias formuladas em defesa desses direitos seriam todas ilusórias e despidas de qualquer sentido. O Ministro Rodrigues Alckmin, ao julgar a representação da inconstitucionalidade da Lei 4.116, de 27.8.62, que regulamentou o exercício da profissão de corretor de imóveis, considerou imprescindível que as restrições a direitos fossem de razoabilidade, após indagar: "Que adiantaria afirmar *livre* o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse aos casos e pessoas que entendesse?" (pp. 88-90).

16. Suzane de Toledo Barros, *O Princípio...*, cit., pp. 93-94.

Note-se que aos julgadores é possível restringir a dureza da Lei 8.429/92, interpretando-a em conformidade com a ordem constitucional. Decorre tal possibilidade do princípio da unidade da ordem jurídica, sendo a Constituição o contexto superior. Daí que a interpretação conforme a Constituição configura uma subdivisão da interpretação sistemática. É um problema de conservação da ordem jurídica.<sup>17</sup> Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade penetra as normas da Lei 8.429/92, seja na tipificação dos atos ímprobos, seja em seu sancionamento, inevitavelmente, pela superioridade hierárquica da Constituição.

Ao Tribunal é possível, dentre vários caminhos interpretativos de uma mesma norma jurídica, optar pela declaração da "compatibilidade da norma com uma determinada interpretação", sendo objeto da decisão suscetível de operar coisa julgada "a constatação de que a norma, naquela interpretação, é constitucional. Eventual referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva serve como advertência (*warnfunktion*) com vistas a evitar uma possível aplicação inconstitucional da lei".<sup>18</sup>

17. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, Saraiva, 1996, p. 223.

18. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição...*, cit., pp. 228-229. Saliento que o autor não está tratando especificamente do controle difuso de constitucionalidade, eis que refere apenas uma importante modalidade de decisão do *Bijderverfassungsgesicht*, pela qual o Tribunal declara qual das possíveis interpretações "se revela compatível com a Lei Fundamental" (p. 221). O autor alerta, todavia, que a constatação de que uma determinada lei é compatível com a Constituição, dentro de dado caminho interpretativo, "não significa que apenas naquela interpretação deva ela ser considerada constitucional, uma vez que a Corte constitucional não pode proferir decisão sobre todas as possíveis interpretações. A norma declarada constitucional continua, também depois da decisão do Tribunal, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinários, que também são competentes para aplicação do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a Constituição" (p. 228).

Tratar do princípio da proporcionalidade,<sup>19</sup> todavia, ainda que implique mergulho em universo bastante indeterminado de conceitos e até de valores, não pode traduzir arbítrio judicial.

Note-se, desde logo, no terreno hermenêutico, que o reconhecimento de valores constitucionais não implica adesão a uma idéia desenfreada de subjetivismo e relativismo axiológicos, os quais já foram corretamente criticados na filosofia,<sup>20</sup> mas uma inarredável postura estimativa diante da ordem jurídica e social vigente.

19. Ver José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 382-384. O autor refere que, no direito português, a proporcionalidade ou a proibição de excesso é princípio constitucional normativo e materialmente constitutivo de toda a administração pública. O cidadão tem o direito a menor desvantagem possível. "Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de *medida* ou *desmedida* para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim" (p. 384).

20. Luís Recasens Siches, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 11ª ed., 1995, Porrúa, pp. 59-60, 63 e 65. "Exponiendo algunas de las críticas que cabe dirigir contra la doctrina subjetivista, que reduce los valores a manifestación del agrado o a proyección del deseo, el eminente filósofo argentino Rizieri Frondizi escribe: 'Nuestro deber no puede identificarse con lo placentero; de lo contrario, todo el mundo cumpliría con su deber. El mérito de la honestidad radica en su capacidad de sobreponerse a los reclamos de nuestros placeres, apetitos y conveniencias. El placer se mueve en un plano bajo de nuestra personalidad, y no podemos sacrificar lo más alto — como son los valores morales — a lo más bajo. Pero aun en el plano del placer y del agrado hay que distinguir entre lo que nos agrada y lo que reconocemos como agradable. Distinguimos con frecuencia lo agradable de lo que nos agrada por razones personales o circunstancias. Aun me agrada escuchar un viejo vals que me emocionaba en la adolescencia, y, sin embargo, no admito que sea más agradable que la Sinfonía Inconclusa de Schubert, por ejemplo. Lo mismo sucede con el deseo, donde hay que separar también lo deseado y

lo deseable. El hecho de que la gente desee una cosa non la convierte en deseable' (...). En primer lugar, creo que debe señalarse el hecho de los que se sienten atados todavía a una concepción subjetivista, psicologista, de los valores, tienden a buscar ejemplos de anárquicas discrepancias de opinión, que induzcan a creer que se trata tan sólo de expresiones personales, en el campo del Arte y de las preferencias estéticas. Mas ocurre que en ese tipo de argumento se encierran varios equívocos. Uno de esos equívocos es olvidar que el conocimiento de los valores es un problema de conocimiento, ni más ni menos que el conocimiento de cualquier otro objeto, real o ideal. Y el conocimiento preciso y riguroso no le es dado al hombre gratuitamente; antes bien, constituye las más de las veces el resultado de penosos esfuerzos. Que los valores sean ideas objetivas no quiere decir que todos los hombres, ni siquiera unos pocos, tengan sobre todos ellos un conocimiento enteramente logrado. También tienen el carácter de evidentes los conocimientos sobre las conexiones matemáticas y sin embargo, han hecho falta muchas vigiliadas para irlos logrando (...). Es conveniente que fijemos la atención en esto, porque nos servirá muy pronto para entender una peculiaridad de la vida humana y de las obras en ellas producidas, que consiste en algo análogo a lo que ocurre con los valores, a saber: que la vida humana y sus obras tienen un ser susceptible de gradaciones jerárquicas. Y esas gradaciones jerárquicas tienen dos fuentes o dimensiones, a saber: el rango de los diversos valores y el grado de mayor o menor realización de cada uno de los valores. Lo cual nos pondrá certeramente sobre la pista de las relaciones de la estructura de lo humano con la estructura de lo estimativo. Unas páginas más adelante desarrollaré este tema. Y posiblemente a la luz del mismo conseguiré unas directrices para orientar una cuestión que había sido olvidada por el pensamiento contemporáneo, y que es urgente abordar. La vida humana, y sus actos y obras, tiene, a diferencia del mundo de la naturaleza, perspectivas de rango y de jerarquía. Mientras que la naturaleza pura, como concatenación de fenómenos, desconoce toda jerarquía, las realidades humanas, en cambio, presentan una doble dimensión jerárquica: de un lado, la que deriva de la jerarquía de los valores en ella cumplidos; de otro lado, la que, respecto de un mismo valor, deriva del grado de mayor o menor realización de él en la obra humana. Esto último trae consigo que haya grados de realización en las tareas humanas; arte que es más arte que otro, amores que son más amores que otros, filosofía que es más filosofía que otra etc. (...). Hay valores

Com efeito, se é certo que se admite uma hierarquia de valores constitucionais,<sup>21</sup> também é verdade que o Poder Judiciário não pode revogar a própria Lei Maior e tampouco ser "a corregedoria da Constituinte que fez a Carta de 1988", instaurando-se no País um "decisionismo judiciário sem freios", transformando-se a Constituição Federal em "mecanismo manipulado pelo arbítrio e subjetivismo de critérios extrajudiciais", figurando, ao mesmo tempo, como um "instrumento de poder impulsionado por paixões de cunho político, extremamente difíceis de aplacar", pois isto tornaria o Supremo Tribunal Federal uma "entidade constituinte".<sup>22</sup>

A Constituição, como disse Néstor Pedro Sagüés, citado por Paulo Bonavides, não pode ser convertida em uma espécie de cheque em branco a ser preenchido em cada caso particular por seu eventual portador: o juiz que houvesse de aplicá-la. Um juiz constitucional com tais poderes de interpretação substituiria a "tirania dos mortos", expressão esta, por seu turno, reveladora de versão extrema da "autoridade suprema do

que sirven de fundamento a otros, es decir, que funcionan como condición para que otros valores puedan realizarse. No puede darse la realización del valor fundado sin que se dé la realización del valor fundante". Sobre jurisprudência de valores, consulte-se Enrique Alonso Garcia, *La Interpretación...*, cit., pp. 277 a 412.

21. Eduardo García de Enterría, "Hermeneutica e supremacia constitucional — Principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento", in *Revista de Derecho Público*, ano 77, jan.-mar. 1986, ano XIX, p. 56.

22. Paulo Bonavides, "Inconstitucionalidade de preceito constitucional — poder constituinte originário e derivado — Cláusula pétreia — Preceito imodificável por emenda", *RTDP* 7/63-65, Malheiros Editores, 1994. O autor menciona, a propósito da possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal acolhesse ação direta de inconstitucionalidade promovida pelo Governador do Rio Grande do Sul contra o art. 45, §§ 1º e 2º, da própria Carta Constitucional, em parecer encomendado pelo Governo do Estado de Roraima, o que Abraão Lincoln teria dito, mais de cem anos antes, a res-

constituinte histórico",<sup>23</sup> ou seja, em última análise, aquela concepção retrógrada da vontade do legislador!

Ademais, cabe lembrar as palavras de Stone, magistrado da Suprema Corte norte-americana, quando disse que "a única barreira ao exercício de nosso poder é nosso senso de autolimitação",<sup>24</sup> o que no fundo significa que as decisões finais do Poder Judiciário vinculam a comunidade e o próprio Poder, retirando este, no entanto, sua legitimidade da Constituição e das leis, as quais não podem, por isso mesmo, ser por ele destruídas.

Vale destacar que os juízes possuem uma força criadora. A atividade "judicante não se configura apenas no reconhecer e no expressar de decisões do Legislativo. A tarefa do Poder Judiciário pode particularmente exigir o trazer à luz e o realizar em decisões representações de valores, que são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas que não, ou apenas incompletamente, chegaram à expressão nos textos das leis escritas, em um ato de reconhecimento valorizador, ao qual também não faltam elementos volitivos. Nisso, o juiz deve preservar-se da arbitrariedade; a sua decisão deve desancar sobre argumentação racional. Isso precisa poder ser feito com razoabilidade porque a lei escrita não preenche a sua função de resolver com justiça um problema jurídico".<sup>25</sup>

peito da decisão dada ao caso Dred Scott: "Quando as decisões de um Tribunal superior estabelecem inapelavelmente a política do governo acerca de questões vitais de todo o Povo, nessa ocasião cessa o Povo de ser senhor de seu próprio destino" (p. 65).

23. Paulo Bonavides, "Inconstitucionalidade...", cit., *RTDP* 7/66.

24. Paulo Bonavides, "Inconstitucionalidade...", cit., *RTDP* 7/71.

25. Ver a análise de Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional...*, cit., p. 210. O autor, no tópico em exame, mais adiante, traça os limites à atividade interpretativa, que não pode traduzir, sob hipótese alguma, arbítrio judiciário. Há de se

Forçoso alertar, sem dúvida, que des-cabe aos julgadores abusar no reconhecimento da suposta ausência de proporcionalidade entre um ato ilícito e sua tipificação formal proibitiva ou a resposta do Estado. Presume-se, por regra, que a formal proibição de uma conduta deva acarretar as consequências previstas pelo legislador (Lei 8.429/92) e pelo próprio constituinte de 1988 (art. 37, *caput*, e § 4º, da CF/88), seja pela presunção de constitucionalidade das leis, seja pelos riscos de instalação de decisões arbitrárias do Poder Judiciário na permissão de comportamentos nocivos à comunidade.

#### *Da tipificação material do ato de improbidade administrativa*

Um primeiro problema a ser enfrentado diz respeito à tipicidade formal de determinados atos de improbidade que, todavia, não se mostram materialmente lesivos a valores e princípios regentes da administração pública *lato sensu*, seja por adequação social, seja pela escassa ou nenhuma lesividade ao bem jurídico tutelado pelo legislador, não se justificando, nessas hipóteses, o desencadear de processo, ação criminal ou ação civil pública, permitindo-se acordos e enfatizando-se a importância, se for o caso, do ressarcimento ao erário.

Veja-se que, já na seara criminal, admite-se o chamado princípio da insignificância jurídica, na medida em que o resultado delituoso há de ser analisado segundo a antijuridicidade material, vale dizer, o impacto causado no bem jurídico protegido. Esse impacto deve ser relevante. A matéria comporta análise no campo da tipicidade penal.<sup>26</sup>

levar em conta as valorizações da lei. Na dúvida, é de ser eleita a interpretação mais consentânea com proteção máxima aos direitos fundamentais.

26. Ver julgado do STJ, ocorrido em 23.6.92, voto do Min. Vicente Cernicchiaro, in *Revista Jurídica* 186/107-108, inquérito 57-0-DF, por maioria rejeitaram a denúncia por crime de lesões corporais. No mesmo sentido, consulte-se o recurso

A dogmática penal admite o chamado princípio da insignificância para excluir a tipicidade material de comportamentos formalmente previstos na norma proibitiva. Será que o desvio de um fósforo comprado com dinheiro público exigiria processo e julgamento por peculato, partindo-se do pressuposto de uma conduta dolosa? Será que a formal tipificação de uma conduta não deve levar em linha de conta o real e concreto impacto no bem jurídico? Será qualquer arranhão no patrimônio público, em circunstâncias especiais, digno de processo e julgamento?

Em verdade, a noção de "significância jurídico-penal" está subjacente no tipo incriminador, pressuposta na proibição da conduta, ainda que não expressamente referida. Trata-se de norma implícita que integra a ordem constitucional.

Note-se que a jurisprudência tem reconhecido, na esfera penalística, que o princípio da insignificância deve ser aplicado caso a caso, pois "somente a análise individualizada, atenta às circunstâncias que envolveram o fato, pode autorizar a tese da insignificância", o que pode ser rejeitado com suporte na natureza do evento e vida pregressa do agente, ou outras particularidades do caso concreto, v.g., repercussão no contexto social.<sup>27</sup>

em *habeas-corpus* 3.557-9-PE, 4ª T. do STJ, Min. José Dantas, j. 20.4.94. Quanto aos princípios que fundamentam o princípio da insignificância, consulte-se o excelente e imprescindível trabalho de Maurício Antonio Ribeiro Lopes, *O Princípio da Insignificância no Direito Penal Brasileiro*, Ed. RT, São Paulo, 1997, pp. 51/65. De todos, v.g., igualdade, razoabilidade, liberdade e proporcionalidade, parece-me que esse último deveria ostentar prevalência, embora o necessário e natural intercâmbio entre todos seja inafastável. Note-se que a subsidiariedade e a fragmentariedade do direito penal — é dizer-se: intervenção mínima — decorrem da proporcionalidade, princípio que se desenvolve a partir do Estado de Direito e que, sem dúvida, teve seu berço e sua grande fonte inspiradora nos problemas resolvidos pelo direito penal.

27. Assim decidiu o STF, por sua 2ª T., em 7.12.93, rel. Min. Francisco Rezek, no *habeas-corpus* 70.747.5-RS, *Lex* 215/290 e ss. Note-se

Já se disse que a lei penal "jamais pode ser invocada para atuar em casos menores, de pouca ou escassa gravidade. E o princípio da insignificância surge exatamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal da expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal".<sup>28</sup>

que os julgadores, no caso concreto, afastaram aludido princípio da insignificância, sob argumento de que o juiz não deve ater-se à análise da repercussão econômica do fato delituoso, mas sim deve atentar, também, aos interesses em jogo, interesses atingidos, e a importância da conduta dentro do contexto social, com cuidado, parcimônia e excepcionalidade. Veja-se, ainda, o recurso em *habeas-corpus* 2.919-6-DF, 6ª T. do STJ, j. 27.9.93, rel. Min. Pedro Aciole, noticiando a necessidade de o juiz valorar a prova, sob a égide do contraditório processual, antes de eventualmente aplicar o princípio da insignificância, o qual decorre da premissa de que o direito penal somente deve incidir onde seja necessária a proteção de bens jurídicos.

28. Ver julgado do TACrimSP, in *RT* 733/579, datado de 3.1.96, rel. Márcio Bartoli, excluindo tipicidade de crime de tentativa de furto de duas maçãs. Formalmente, a conduta do agente estava inserida na tipicidade do furto tentado, mas não substancialmente. Por essa última perspectiva, o Tribunal considerou que o direito penal somente poderia intervir na hipótese em que a conduta do agente fosse ofensiva a bens jurídicos essenciais à vida em comum ou à personalidade do homem de forma intensa e relevante, com danosidade que o lesione ou o coloque em perigo concreto. O princípio da insignificância é instrumento de interpretação restritiva de um tipo penal, fundado na concepção material de tipo penal. Está a teoria da insignificância conectada com o princípio da intervenção mínima (p. 81). Consulte-se outra decisão do TACrimSP, mesmo relator, na *RT* 738/652. Ver, do mesmo Tribunal, *RT* 725/613, tratando do delito de maus tratos. Para uma visão mais restritiva, consulte-se decisão do STJ, in *RT* 703/351, rel. Min. Adhemar Maciel, por maioria. Ver, também, decisão do TJRS, in *Revista de Jurisprudência do TJRS* 177/129. Consulte-se, ainda, com visão igualmente restritiva, em matéria de delito de por-

A verdade é que já se reconheceu incidência do princípio da insignificância em matéria de crime contra a administração pública,<sup>29</sup> o que, de fato, parece, em tese, possível, dado já noticiado até em terreno doutrinário,<sup>30</sup> sendo inegável a estreita correla-

te de substância entorpecente para uso próprio, outra decisão do TJRS, 3ª C.Crim., apelação-crime 695140509, rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, de 26.10.95. Em matéria de receptação, acolhendo a insignificância, ver decisão do TRF da 2ª R., in *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 17/358, conectando a insignificância com a proporcionalidade que deve haver entre o fato e a sanção.

29. Ver julgado do TRF da 5ª R., datado de 20.9.95, rel. José Delgado, in *RT* 725/681, salientando-se, desde logo, que os fundamentos reais da decisão ficaram distantes do princípio em exame, o qual é invocado, não obstante, pelo Tribunal.

30. Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 3ª ed., 1987, p. 121. O autor refere sua experiência pessoal como Procurador da República — hoje é Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça —, enunciando ter visto volumoso processo contra antigo servidor público, o qual era acusado de haver "cometido peculato consistente no desvio de algumas poucas amostras de amêndoas", dizendo, também, que o descaminho do art. 334, § 1º, d, do Código Penal, não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o fisco. Poder-se-ia falar, no caso, acrescento, em uma "improbidade de bagatela", mas, com todo o respeito, me parece inadequada a expressão, visto que se presume que a improbidade, rigorosamente, estaria configurada, quando, em verdade, o princípio da insignificância haveria de excluir, *ab ovo*, a tipicidade material da conduta. Não se trata, pois, de justificar um eventual arquivamento com suporte, apenas, em razões de política institucional ou judiciária, forte no reconhecimento da ausência do interesse de agir do Estado em face de pequenas infrações. A meu ver, o melhor caminho, em nosso sistema jurídico, que consagra o princípio da obrigatoriedade da ação penal e da ação civil pública apuratória de ato ímprobo, é, ainda, o reconhecimento de uma eventual ausência de tipicidade material de comportamentos com escassa ou nenhuma lesividade ao bem jurídi-

ção doutrinária entre o princípio penal da insignificância e o constitucional princípio da proporcionalidade, uma vez que também o direito repressor deve adequar-se à relação causa-efeito.<sup>31</sup>

De fato, o ato de improbidade administrativa objeto da tipificação da Lei 8.429/92 não se confunde, necessariamente, com o ilícito criminal, tornando-se, todavia, relevante sublinhar que o princípio da proporcionalidade, origem da tese da insignificância na seara penal, também se aplica a outras esferas jurídicas, notadamente na defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A tipificação do ato ímprobo passa por um duplice estágio: formal e material.

A tipificação formal de um ato ímprobo exige, do intérprete, juízo de adequação en-

co tutelado pela norma, com controle de constitucionalidade baseado no princípio da proporcionalidade, decretando-se a atipicidade do comportamento. Tal operação, longe de revelar mero distanciamento teórico da idéia da "improbidade de bagatela", permitiria aos operadores jurídicos questionamento da atuação judicial perante o Superior Tribunal de Justiça, quando houvesse equívocos valorativos, em face de alegação de ofensa à norma federal tipificadora — modo proibitivo — da conduta. Além disso, a matéria também poderia chegar ao Supremo Tribunal Federal, em razão do debate em torno do princípio constitucional da proporcionalidade. Aumentaria, nesse contexto, o controle do ato judiciário ou mesmo ministerial de arquivamento, este submetido ao órgão colegiado do Ministério Público, a saber, Conselho Superior da Instituição.

31. Ementa: "Recurso especial. Descaminho. Princípio da bagatela ou insignificância. A pequena quantidade e o pouco valor da mercadoria de procedência estrangeira apreendida em poder dos acusados autoriza a aplicação do princípio da insignificância descaracterizando o crime de descaminho. Uma condenação criminal *in casu*, seria, na verdade, pelas suas conseqüências, desproporcional ao dano decorrente da conduta praticada pelos recorridos, todos primários e de bons antecedentes" (Superior Tribunal de Justiça, REsp 0111010, 5ª T., DJ 26.5.97, p. 22.556, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca).

tre a norma e o fato. Essa leitura, por evidente, não se esgota em um literalismo simplista, dado que, não raro, imperioso o enfrentamento de elementos normativos ou subjetivos do tipo, v.g., "vantagem patrimonial indevida" (art. 9º, *caput*, Lei 8.429/92), "qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa" (art. 10, *caput*, Lei 8.429/92), ou, ainda, quando diz o legislador que 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" (art. 11, *caput*, Lei 8.429/92).

A interpretação de tipos bastante abertos, dotados de conceitos jurídicos indeterminados, nunca é, rigorosamente, completamente formal, pois pressupõe, não raro, o ingresso de valores sociais e meta-jurídicos no ato hermenêutico, configurando especial complexidade de elementos interpretativos.

De todo modo, é possível conceber condutas que, reunidos os elementos típicos, se encontrem formalmente enquadradas na Lei 8.429/92 (qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo — art. 9º, *caput*, da Lei 8.429/92) e, todavia, esse enquadramento se revele incompatível com exigências elementares de justiça, bom senso, racionalidade da ordem jurídica.

Do ponto de vista formal, note-se que determinado comportamento de agente público, que desvia, em proveito próprio, por exemplo, uma folha de papel timbrado do órgão onde exerce suas funções, poderia, em tese, configurar o tipo da improbidade do enriquecimento ilícito (art. 9º, *caput* e inc. IV, da Lei 8.429/92), especialmente se, pelo ângulo material, tal comportamento se apresente em determinadas circunstâncias desfavoráveis, v.g., uso daquele papel para fins de escrever algo não relacionado ao desempenho das atribuições. Não haveria justificativa plausível para o ato, salvo o hábito de se usar o patrimônio público, por ínfimo

que seja seu valor, em proveito próprio. Estará, rigorosamente, tipificada a conduta.

Ocorre que, em que pese até censurável o comportamento de desviar, em proveito próprio, um papel timbrado de um órgão público, não haveria — em tal conduta — ofensa material aos valores proporcionalmente tutelados pela Lei 8.429/92, em termos a exigir o desencadeamento de processos e sanções rigorosas, v.g., perda da função, suspensão dos direitos políticos, multa civil, justificando, apenas, uma advertência da chefia ao servidor. Eis aí o princípio da insignificância a operar seus efeitos.

De resto, o contexto social também pode indicar que determinados agentes públicos, dada sua natureza funcional, usam algum patrimônio público em caráter privado, assim como também usam patrimônio privado em proveito da administração pública, v.g., computadores que são adquiridos por funcionários públicos, com seu dinheiro, para o serviço público, notadamente nos casos em que os agentes políticos se identificam profundamente com suas funções. Não há, em casos de pequenas e reduzidas utilizações de bens públicos de ínfimo valor em proveito privado, em especiais circunstâncias, uma censurabilidade extra-administrativa, vale dizer, judicial a incidir na conduta do agente público.

Vale notar, ainda, que atividades lateralmente privadas podem, ao cabo, atender interesse público, v.g., quando um servidor público atende interesses particulares da chefia, pagando uma conta bancária, comprando um lanche etc., em pequena dimensão, para propiciar a continuidade das funções administrativas.

No plano formal, há condutas que incorrem nas finas malhas da Lei 8.429/92, mas não no plano material, pois essa legislação se destina a coibir aqueles comportamentos que, independentemente da lesão ao erário e do enriquecimento ilícito, se apresentem altamente lesivos à comunidade e aos princípios regentes da administração

pública. Trata-se de incorporar, no ato interpretativo, uma teoria de valores, hoje inafastável do ato hermenêutico.<sup>32</sup>

Vários e múltiplos fatores, que são inomináveis, dada sua amplitude, contribuem à atividade do intérprete na tipificação do ato de improbidade.

Um servidor que, no exercício das funções, se apropria, dolosamente, de dinheiro público, ainda que de pequena importância, já revela, por exemplo, comportamento incompatível com o mínimo ético que se exige de um agente público, revelando-se tal ato formal e materialmente típico pelo ângulo da improbidade.

Também as falsidades deliberadas, os atos constitutivos de delitos contra a administração pública — com tipicidade formal e material — denotam improbidade administrativa não afastável pela suposta incidência do princípio da proporcionalidade.

Eventual falta de proporcionalidade entre a tipificação formal do ato e sua efetiva ocorrência na vida de relações, diga-se de passagem, não se confunde com ausência de lesão material ao erário, pois o art. 11 da Lei 8.429/92 é expresso ao dispensar a ocorrência do dano patrimonial-material na concretização dos elementos típicos do ato ímprobo.

A proporcionalidade é de ser aferida a partir de análise global e contextualizada do comportamento, verificando-se, fundamentalmente, o grau de reprovabilidade incidente à conduta proibida.

O certo é que, ao cabo, a ausência de tipicidade material da conduta, seja por adequação social do comportamento, seja por insignificância da lesão, acarreta, no campo dogmático, exclusão do próprio tipo legal, o

32. Ver Enrique Alonso Garcia, *La Interpretación...*, cit., pp. 220 e ss, especialmente p. 223. O autor examina a possibilidade de valores constitucionais contrapostos em concreto, situação que exige da Justiça constitucional posição de equilíbrio, ainda que optativa por alguns valores em detrimento de outros.

que pressupõe unidade inafastável de tipificação proibitiva nos planos material e formal.

#### *Da resposta do estado ao ato de improbidade administrativa e o princípio da proporcionalidade*

Tipificado o ato ímprobo, cabe ao julgador a imposição cumulativa das sanções de decretação da perda dos bens havidos ilícitamente, ressarcimento integral do dano, quando ocorrerem, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, 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 o agente ímprobo seja sócio majoritário, nos termos do art. 12, incisos I, II ou III, da Lei 8.429/92. Essa imposição cumulativa das sanções é a regra geral, seja por força de comando constitucional (art. 37, § 4º, CF/88), seja pela inequívoca dicção do legislador, seja, finalmente, pelo sentido teleológico de combater, duramente, a improbidade administrativa.

É, todavia, possível, em tese, que determinados comportamentos, embora típicos à luz da Lei 8.429/92, não se apresentem merecedores de todas as sanções previstas no art. 12, incs. I, II ou III, do mesmo diploma repressivo, dada ausência de proporcionalidade entre o ato ilícito e a resposta estatal.

Aspecto de grande relevância, no âmbito da fixação das sanções decorrentes da improbidade administrativa, diz respeito aos casos em que a dimensão dos fatos atribuídos aos agentes não justifique imposição cumulativa e integral de todas as sanções legais.

No campo penal, e aqui parece-me possível estender a proporcionalidade a toda e qualquer atuação sancionatória do Estado,<sup>33</sup> o princípio em estudo expressa-se pelo

33. Destaco, aliás, a crescente tendência de visualizar o poder-dever de punir do Estado subme-

preceito da adequação da pena, vale dizer, "a pena deve manter uma relação justa com a gravidade do ato e a culpa do autor; a pena aplicada não deve exceder a culpa do autor. O princípio da culpa, em suas consequências limitantes à pena, corresponde, nessa medida, à proibição de excesso".<sup>34</sup>

Com efeito, pode ocorrer que determinado agente público cometa fato enquadrado como "improbidade administrativa" sem, no entanto, ocorrer repercussão social intensa.

Veja-se a hipótese em que a lesão ao erário é mínima ou até inexistente e, simultaneamente, a ilegalidade ou imoralidade administrativa não traduz ofensa grave aos valores sociais tutelados pela ordem jurídica, seja pelo *animus* do agente, seja, ainda, pela presença de determinadas circunstâncias ensejadoras de reduzida reprovabilidade social.

Perfectibiliza-se, em muitos casos, um grau de ilegalidade que, apesar de traduzir formal e materialmente a improbidade administrativa, não revela nocividade social merecedora de todos os rigores da legislação, sujeitando o infrator, tão-somente, ao pagamento da multa civil e ressarcimento ao erário.

Cogite-se da aplicação analógica, neste campo, da teoria da reduzida potencial consciência da ilicitude.

O erro pode autorizar uma redução das sanções, dependendo do caso concreto e

tido, unitariamente, a princípios protetores de direitos fundamentais. No direito espanhol, sabe-se que inúmeras garantias penais foram estendidas, pelo Tribunal Constitucional, aos acusados em processos administrativos, situação merecedora de suporte, inclusive, da melhor doutrina, consoante se vê em Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Civitas, Madri, 1993, t. II, os quais preconizam a incidência do princípio da proporcionalidade para interditar sanções desnecessárias ou excessivas em relação a atos ilícitos apurados e punidos pela Administração Pública. Seria um princípio comum a todo o ordenamento sancionador, embora com raízes penais (p. 179).

34. Luís Afonso Heck, *O Tribunal Constitucional...*, cit., pp. 177-178.

das circunstâncias reconhecidas pelo julgador.

Além disso, em que pese o agente possuir potencial consciência da ilicitude de sua conduta, é possível que o erro inescusável, no caso concreto, objetivamente reconhecido pelo julgador, enseje uma redução das sanções, atentando-se à necessidade de uma resposta proporcional do Estado aos atos de improbidade administrativa.

Há casos em que um único ato de improbidade, isoladamente, não justifica a perda do cargo pelo agente político, eis que o dano maior, nesse caso, ficaria do lado da sociedade, a qual teria escolhido seu representante legal e veria sua vontade substituída pela vontade do julgador.

Há que se analisar o fato no contexto social e político, extraindo as consequências adequadas e proporcionais.

Inevitável que o julgador controle a constitucionalidade das sanções previstas na Lei 8.429/92, eis que eventualmente a resposta prevista abstratamente pelo Estado pode se revelar injusta, desigual, iníqua.

Pontes de Miranda já dizia: "A apreciação da constitucionalidade deve recair em todos e quaisquer atos (...). A legalidade da legislação, a juridicidade dos atos legislativos, realizada pelo controle judicial, aperfeiçoa o Estado de Direito, dizem uns; é coisa natural, adiantam outros. Em verdade, o Estado de Direito foi Estado, a que algo faltava, enquanto não se criou o expediente técnico da verificação da adaptabilidade das regras jurídicas aos textos constitucionais".<sup>35</sup>

De uma forma ou de outra, resulta evidente que o Poder Judiciário exerce o chamado controle implícito de constitucionalidade ou também denominado controle tácito.<sup>36</sup>

35. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, t. III (arts. 32-117), Forense, 3ª ed., 1987, pp. 629-632.

36. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Poder Judiciário, Crises, Acertos e Desacertos*, Ed. RT, 1995, p.

pelo que possível pontuar o caráter essencialmente controlador da função judiciária.

A improbidade traduz consequências jurídicas diretamente previstas em norma constitucional (art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988), donde a não incidência dessas sanções deve, rigorosamente, ser reconhecida apenas em casos excepcionais, considerando-se como uma cláusula implícita na própria norma do art. 37, § 4º, da Carta Constitucional de 1988.

Em que medida, limites e até que ponto pode ser feita a gradação das sanções legais, é indagação da maior relevância para a correta operacionalização do combate à improbidade.

Um aspecto que merece lembrança diz respeito ao silêncio da Lei 8.429/92 no tocante aos critérios de individualização das sanções, afora o proveito patrimonial do agente e o montante do prejuízo.

Ocorre que se mostra insuficiente ao julgador analisar apenas o montante do prejuízo e o proveito patrimonial do agente, diante da impossibilidade de atender corretamente as exigências do princípio da proporcionalidade, no ajustamento da resposta estatal ao ato de improbidade administrativa.

Veja-se que nem sempre o agente terá um proveito patrimonial com o ato ímprobo, assim como nem sempre, como se percebe por uma simples leitura da Lei 8.429/92, haverá prejuízo patrimonial ao erário.

56. O autor refere que mesmo os juízes franceses, ao tempo da conhecida Escola da Exegese, quando se preconizava uma atividade judicial praticamente nula, juízes que constituíam mera "boca das leis", necessitavam de uma interpretação contextual das leis, o que conduzia ao controle tácito de constitucionalidade, abraçando o magistrado a ideologia então dominante. Diz Zaffaroni: "Não é possível decidir conflitos conforme o direito sem uma prévia interpretação da lei (o que implica tomar em consideração as normas constitucionais que coroam o edifício no qual a lei se acha imersa), que inevitavelmente implica um âmbito de controle sobre o legislador ou uma correção constitucional do alcance de suas palavras" (p. 57).

Como se sancionaria um comportamento enquadrado no art. 11 da Lei 8.429/92? Ora, por evidente que apenas os critérios do proveito patrimonial e montante do prejuízo seriam inadequados e insuficientes para o sancionamento estatal ao ato ímprobo, devendo ser descobertos outros parâmetros.

O princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima,<sup>37</sup> sendo que, permito-me acrescentar, nada impede seja esta uma pessoa jurídica de direito público, a qual também pode revestir-se de peculiaridades, como escassez de recursos. A intensidade e a natureza do ânimo do agente são fatores que também devem ser levados em linha de conta na fixação da pena.<sup>38</sup> Além disso, veja-se que co-réus devem receber tratamento diferenciado, na fixação de suas sanções, "tendo em vista os antecedentes e a participação de cada um no crime", aplicando-se as regras de individualização da pena.<sup>39</sup> Note-se que a repercussão social do fato é outro elemento importante, até na operacionalização do princípio isonômico, na fixação da sanção, sob pena de equiparação de situações desiguais.<sup>40</sup>

O direito penal, neste campo, há de servir de importante referência ao intérprete, ainda que se mostre fundamental não confundir as distintas esferas de responsabilidade e de pretensão punitiva.

Quando da fixação das sanções, inúmeros fatores devem ser levados em linha de conta pelo Poder Judiciário. Destaco, des-

37. STJ, RIP 00030036, REsp 0068120, rel. Min. Vicente Cernicchiaro.

38. Ver ap. crim. 170.569-3, 1ª C. Extraordinária Criminal do TJSP, rel. Almeida Sampaio, j. 22.5.96.

39. STF, RTJ 150/815, rel. Min. Carlos Velloso, 22.6.93.

40. Ver TARGS, ap. crim. 296025786, 1ª C. Criminal, rel. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 18.9.96.



de logo, a condição social dos envolvidos (quanto maior, mais intensa há de ser a reprovação do ato), graus sócio-econômico e cultural das partes, repercussão social do evento, culpabilidade, circunstâncias, antecedentes, personalidade, periculosidade, montante do dano, se houver, exemplaridade da pena, e outros.

A avaliação do conjunto de circunstâncias, ajustando-se a resposta estatal ao fato, é imperativo do princípio isonômico, pressuposto de distribuição correta de justiça.

Recomenda-se, no combate à improbidade administrativa, uma aplicação analógica do art. 59, *caput*, do Código Penal, ainda que desnecessário, sempre e invariavelmente, o exame de todos os vetores ali ventilados, dado o silêncio da Lei 8.429/92 quanto aos critérios que devem nortear os julgadores na fixação da pena.

### Considerações finais

O sistemático e racional combate à improbidade administrativa passa, sem dúvida, pela seleção de comportamentos merecedores do rigor da legislação. Sem essa atividade de filtro, pode-se dizer, tudo é passível de cair na "vala-comum", desmoralizando-se a eficácia da Lei 8.429/92.

Até que se consolide a jurisprudência judicial, parece-me que o Ministério Público há, preferencialmente, de propor as demandas cabíveis perante o Poder Judiciário, suscitando pronunciamentos judiciais.

É de se reforçar, de qualquer sorte, a consolidação de uma espécie de "jurisprudência administrativa"<sup>41</sup> do Ministério Público, o qual poderia, assim, pautar racionalmente a atividade de seus membros, arquivando, desde logo, fatos insignificantes ou socialmente adequados, cujo sancionamento não deva ultrapassar a esfera administrativa.

41. Pode-se dizer, aqui, que se trata de decisões de caráter essencialmente administrativo, visto que não vinculam outras instituições co-legitima-

A eleição de prioridades, para o Ministério Público, também se revela fundamental no concreto enfrentamento da improbidade administrativa, descongestionando-se a máquina pública, com direcionamento específico aos casos de real e intensa nocividade social, sempre levando em conta as peculiaridades de cada comunidade. Nesse sentido, a correta compreensão e aplicação do princípio da proporcionalidade poderia ensejar espaço para ajuizamento de ações civis públicas realmente relevantes.

Já o Poder Judiciário deve ficar atento em relação ao rigor que dele a sociedade organizada espera no controle da probidade administrativa. O princípio da proporcionalidade não pode ser invocado de forma dissociada do contexto constitucional ou como uma cláusula aberta e ilimitada autorizadora de "direito alternativo". Os precedentes devem ser devidamente trabalhados, assim como a doutrina e o sistema normativo como um todo. O raciocínio do julgador deve ser rastreável no sistema constitucional, fundamentado racionalmente nas leis, doutrina e jurisprudência. O princípio da motivação das sentenças é de ser visto em sua maior amplitude possível.

A Justiça, em verdade, deve dar respostas exemplares à sociedade agredida por atos ímprobos de agentes públicos e particulares. Essa postura rigorosa é exigência do regime democrático, que se assenta no pressuposto da responsabilidade daqueles que detêm parcela do poder estatal. Ao assumir esse papel essencialmente controlador, por certo que o Poder Judiciário estará fortalecendo sua própria posição constitucional perante os demais Poderes da República, atendendo, fundamentalmente, os anseios sociais de combate à impunidade, anseios indissociáveis do Estado de Direito.

das ao pólo ativo da ação civil pública regulada na Lei 8.429/92 ostentando apenas força *interna corporis*.

## ESTUDOS E COMENTÁRIOS

### LICITAÇÃO PÚBLICA: (IN)EXEQUIBILIDADE DAS PROPOSTAS E GARANTIA ADICIONAL

JOEL DE MENEZES NIEBUHR

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina — Doutorando da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
— Professor da UNISUL — Advogado em Florianópolis/SC

#### 1. Introdução

1. A licitação pública e o respectivo contrato administrativo visam a amparar o interesse público, que reclama uma utilidade efetiva. Sob esta perspectiva, é imperativo que as propostas ofertadas à Administração sejam exequíveis, ou melhor, que possam ser perfeitamente cumpridas.

O tema propicia inúmeras indagações, pois é difícil distinguir as propostas inexecutíveis daquelas excepcionalmente vantajosas e com condições de serem mantidas.

2. Vinculada a essa questão, encontra-se a da garantia adicional, novidade introduzida pela Lei 9.648, de 27.5.1998. Esta se destina às propostas que se presumem exequíveis, porém ainda de valor substancialmente reduzido, que enseja o reforço de garantia.

3. Ambas as matérias recebem maior ênfase com a apreensão dos princípios da licitação pública, buscando-se uma solução a eles adequada.

Destarte, pautado pelo enfoque principiológico, discorrer-se-á, no primeiro momento, acerca da (in)executibilidade das propostas, comentando-se as regras pertinentes contidas na Lei 8.666, de 21.6.1993, com

as devidas alterações. No segundo momento, tratar-se-á da garantia adicional, com a análise do § 2º do art. 48 da supracitada Lei.

Pretende-se, com amparo em pesquisa bibliográfica, contribuir para o esclarecimento de alguns pontos polêmicos sobre a (in)executibilidade das propostas e a garantia adicional, assuntos que fazem parte do cotidiano da Administração Pública.

#### 2. (In)executibilidade das propostas

4. A licitação pública é o procedimento através do qual a Administração seleciona a melhor proposta para um futuro contrato administrativo, tratando todos os possíveis interessados com igualdade. Deste sucinto conceito defluem dois princípios nucleares do instituto, quais sejam a eficiência (vantagem) e a isonomia (igualdade), bem como outros tantos que lhe são correlatos, dentre os quais se destacam a competitividade, a legalidade, a moralidade, a razoabilidade, a publicidade, a economicidade, o julgamento objetivo e a vinculação ao instrumento convocatório.

O propósito da licitação pública é a satisfação do interesse público, mediante a