

PROBIDADE ADMINISTRATIVA, DANO MORAL COLETIVO E LEI 8.429/92: UMA INTERSEÇÃO OBRIGATÓRIA SOB O OLHAR DE UMA FÁBULA

Adrio Nobre Leite

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba

1 Paralelo alegórico e demarcação inicial da área temática

A fábula *Os três porquinhos*, difundida pelo folclorista australiano Joseph Jacobs, é de todos bem conhecida. Cada um dos três bácoros deixa o teto e a teta materna para ganhar o mundo. Desdenhando da figura arquetípica do lobo *devorador*, dois deles constroem casas de palha e madeira. Apenas um bacorinho parece enxergar mais de um palmo à frente do focinho. Edifica uma casa de tijolos. A esta, apenas, o sopro do lobo não consegue superar.

A utilização dessa escora simbólica não guarda leviandade. Tempera o argumento com o elo perdido da infância. De acordo com as palavras de Chevalier e Gheerbrant, “*Hoje em dia, os símbolos gozam de nova aceitação. A imaginação já não é mais desprezada com a louca da casa. Está reabilitada, considerada gêmea da razão, inspiradora das descobertas e do progresso.*”¹

A narrativa alegórica infantil provoca o início do tema.

Era uma vez a República Federativa do Brasil. Seus contornos consolidados na Constituição Federal de 1988 e, em seu âmago, o Estado Democrático de Direito (artigo 1^o). Ligado às tetas e sob o teto da pátria-mãe, o poder político condicionado de forma intestina, com a tripartição das funções estatais, a cargo do Executivo, Legislativo e Judiciário (artigo 2^o).

Como núcleos organizacionais internos do poder estatal, lançam-se à reconstrução da cidadania, sinônimo atual e imperativo de efetivação dos direitos fundamentais. Essa roupagem do Estado brasileiro justifica

1 CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dicionário de símbolos: mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009. p.12.

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

3 Verbis: “Art. 2^o São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

a íntima ligação das funções estatais ao respectivo direcionamento para a concretização dos valores essenciais da coletividade.

Cada estrutura funcional organizada – Legislativo, Judiciário e Executivo – vai erguendo uma *casa*, a seu modo e jeito. A sociedade acompanha os movimentos de consolidação dos vetores axiológicos estampados na Constituição Federal.

O *lobo* da fábula é um arquétipo multifacetado. Ronda a atuação do Estado.

O contexto específico da realidade do momento precisa ser timbrado. É período ímpar e histórico de redemocratização no país. A superação do estrangulamento da cidadania se exige. A Constituição Federal de 1988 é a ruptura do quadro de então, constituindo-se em

[...] uma resposta à situação da sociedade brasileira, marcada profundamente pelas consequências políticas, sociais e econômicas do regime ditatorial implantado no Brasil, até hoje não apagadas da alma brasileira. Surge na esteira do processo de redemocratização política brasileira que implicou na retomada de governos civis em 1982 (nos Estados) e 1985 (na União).

Sob o ponto de vista político, encontrou uma sociedade civil, cuja cidadania foi crescentemente solapada por anos de impossibilidade de participação ampla, livre e efetiva no processo político do país; uma sociedade marcada pelas ofensas cotidianas do Estado que, justificando sua atuação na defesa da segurança nacional e contra a subversão política e social, promoveu certamente os episódios mais sangrentos de tortura contra o seu povo, de censura contra a liberdade de pensamento e de expressão, na luta concertada e ideologizada pela manutenção do poder; uma sociedade cujo processo político seguiu a bipolaridade partidária consentida, atemorizada por não encontrar canais institucionais efetivos para afirmar as necessidades do corpo social, cuja emancipação política e social era antiética ao duro regime de censura e ostracismo político então vigente.⁴

Para tanto, em um refundado pacto de cidadania, alcandora-se com solidez a constatação de fragilidade do aparelho punitivo estatal. Também o pensamento de aprimorar a luta contra a corrupção, descrita, em abordagem ampla de Schilling, como *“um conjunto variável de práticas que implica em trocas entre quem detém poder decisório na política e na*

4 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 58.

administração e quem detém poder econômico, visando a obtenção de vantagens – ilícitas, ilegais ou ilegítimas [...]”⁵.

Em se tratando de corrupção, o *lobo* se avulta. Travestido, desta feita, em impunidade. As formas de responsabilização jurídica, portanto, precisam de incremento. A Lei nº. 8.429/92 (Lei Geral de Combate à Improbidade Administrativa – LGIA⁶) é nascedouro e depositária desta intenção inovadora de aperfeiçoamento do sistema. Sem exclusividade de outros mecanismos já existentes. Integra um microsistema de defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa⁷.

Derivando diretamente de inserção constitucional do §4º, do artigo 37⁸, da Carta Magna, a Lei nº. 8.429/92 tem missão espinhosa: auxiliar o resgate da efetividade punitiva nas condutas lesivas aos parâmetros axiológicos da atividade estatal.

Por este viés, a Lei nº. 8.429/92 emerge no sistema jurídico brasileiro como mais uma medida de reforço, no campo extrapenal, para aliviar as dores da corrupção, fenômeno tão endêmico no seio da estrutura administrativa do país que, conforme acentua mais uma vez Schilling, [...] *irrompe num continuum que parece não ter fim, invadindo o cotidiano sob holofotes que emolduram atores e lugares que se sucedem rapidamente, desvendando tramas que, logo em seguida, recaem na escuridão dos bastidores.*”⁹

Esta realidade irradia para uma enorme expectativa da sociedade brasileira. Desejo maior de concretude da normatização constitucional e, por derivação, de proteção à probidade administrativa como elemento antecedente necessário. Aí se insere, portanto, a importância da Lei nº.

5 SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999. p. 15.

6 Como referência à Lei nº. 8.429/92 será utilizada a abreviatura LGIA ou a expressão Lei Geral de Combate à Improbidade Administrativa, aproveitando-se de escolha feita por OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão: corrupção : ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

7 Ao lado da ação por improbidade administrativa surgida a partir do artigo 37, §4º, da CF, o ordenamento jurídico prevê a ação popular, o mandado de segurança e a ação civil pública. A esse respeito, decisão do Superior Tribunal de Justiça, trecho in verbis: “(...) 8. *A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1085218 / RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. 15.10.2009, public. DJ 06.11.2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em : 27 jun 2010.

8 Verbis: “*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*”

9 SCHILLING, op. cit., p. 35.

8.429/92.

O tema surge, desse modo, dentro de uma análise dogmática não exaustiva.

Busca-se pinçar, assim, pelo paralelo fabular, a constatação panorâmica de relativa fragilização estrutural da norma em comento: uma *casa de madeira*. No mesmo tom, são citados, em simples garimpagem exemplificativa e emblemática, proposituras legislativas e posicionamentos hermenêuticos que reforçam uma perspectiva ainda maior de fragilização: a transformação da *casa de madeira* em *casa de palha*. Em argumentação derradeira e nuclear, extrai-se a questão da obrigatoriedade da identificação do dano moral ou extrapatrimonial coletivo nos comportamentos que estão postos na Lei nº. 8.429/92 como mecanismo de contribuição a um fortalecimento da tutela à probidade administrativa: um caminho para incitar a metamorfose da *casa de madeira* à *casa de tijolos*.

O *lobo* insiste em um desfecho que lhe seja favorável. Continua seu sopro insistente. A probidade administrativa deve ser protegida com melhor armadura. *Madeira, palha* ou *tijolo*? A ideia provocativa de atíçar o pensamento pela simbologia do universo da fábula infantil guarda sua relevância. Decerto, um apelo roubado ao estilo do Nobel português José Saramago: “*Deixa-te levar pela criança que foste*”¹⁰.

2 Constatação panorâmica sobre perspectivas de fragilização da Lei geral de combate à improbidade administrativa (Lgia): de casa de madeira à casa de palha?

Questionada em sua solidez, a Lei nº. 8.429/92 parece prestes a ruir diante do sopro renitente do *lobo*. As fendas na estrutura da *casa de madeira* são insistentemente abertas. A transformação em *casa de palha* facilita o trabalho de demolição.

Apesar do caráter inovador, as imperfeições normativas originárias da LGIA são exaltadas, não obstante asseverar Carvalho Filho que “*Foi a Lei 8.429, de 02.06.92, o diploma que, com todos os seus equívocos, mais minuciosamente tratou da improbidade no direito pátrio[...]*”¹¹.

Em outro tom, a crítica contundente de Pazzaglini Filho, Rosa e Fázio Júnior:

10 Frase inaugural extraída, de modo ficcional do Livro dos Conselhos, cf. SARAMAGO, José. *As pequenas memórias*, São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 08.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *O Ministério Público e o combate à improbidade administrativa*. In: *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. CHAVES, Cristiano, ALVES, Leonardo Barreto Moreira e ROSENVALD, Nelson (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 469-490.

O diploma em questão é uma autêntica babel jurídica, reunindo normas de direito administrativo, de direito civil, de direito processual civil, de direito penal e de direito processual penal, nem sempre alocadas racionalmente. Intentando atualizar as duas leis que revogou, peca pela falta de sistematização, reitera lacunas procedimentais existentes naquelas, não disciplina um procedimento cautelar específico e exterioriza flagrantes confusões decorrentes da transposição apressada de enunciados da Lei Bilac Pinto [...] ¹².

Esse contexto de insegurança na aplicação da LGIA se apresenta de modo ininterrupto ao longo de sua sobrevivência de quase duas décadas. E os argumentos são vários e diversificados. A *casa de madeira* vem paulatinamente se metamorfoseando em *casa de palha*. O lobo está em franca vantagem. A constatação vem nas palavras de Alves:

Numa rápida retrospectiva histórica, é possível perceber, contudo, que os mais de quinze anos de trajetória da LIA não foram nada fáceis. Desde a inicial perplexidade causada pela inauguração de um novo modo de ser do sistema de direito sancionatório brasileiro, pouco ou nada afeiçoado a punições de natureza extrapenal aplicadas pelo Poder Judiciário, até os difíceis tempos atuais. Em que a sua incidência a todos os agentes públicos se vê contestada, a plena eficácia da referida Lei é ainda um sonho acalentado por aqueles que almejam uma sociedade mais justa e solidária e uma verdadeira República. Sem perder de vista tal realidade, é forçoso reconhecer que a deficiência de sua disciplina processual também contribuiu para esse desalentado panorama. ¹³

As tentativas de modificação legislativa para agravar o quadro de inefetividade sancionatória da Lei n.º 8.429/92 são insistentes. Intencionam cingir séria deformidade que emperre a respectiva efetivação normativa. De modo pontual e em simples referência ilustrativa, as situações concretas mais emblemáticas podem ser enfatizadas.

Por arquitetura montada pelo Executivo, a edição da Medida

12 PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 1999. p. 38.

13 ALVES, Rogério Pacheco. Por uma nova disciplina processual da improbidade administrativa: Propostas aos Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 491-507.

Provisória nº 2225-45, em 2001, inseriu modificações procedimentais ao artigo 17¹⁴, da Lei nº. 8.429/92, criando uma fase preliminar de defesa, em momento anterior à contestação. Trouxe, com isso, não só alargamento procedimental inusitado, mas intencional aumento no tempo de tramitação da ação por improbidade administrativa.

Além disso, no final de 2002, por aprovação do Legislativo, introduziu-se a Lei nº 10.628/02. Foi a ressurreição do foro especial para ex-agentes públicos e, por via oblíqua, sua extensão para as ações por improbidade administrativa. Tal iniciativa foi fulminada, após 03(três) anos de prejuízos de tramitação a incontáveis ações, por decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁵.

As investidas sobre a Lei nº 8.429/92 persistem. O *cheiro* de impunidade tenta arrebatar a sua efetividade. O Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, chegou a acolher a inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos¹⁶, limitando o alcance deste diploma legal e segregando tal mecanismo de responsabilização apenas às demais categorias de agentes públicos.

No âmbito do Judiciário, oscilam as interpretações quanto à incidência da LGIA. Até mesmo a ausência de dano ao erário tem servido para afastar a identificação da improbidade administrativa¹⁷.

Este quadro exemplificativo demonstra que há necessidade de melhor visualização da tutela à probidade administrativa. Em sua perspectiva de atos que se inserem na Lei nº 8.429/92. Como postura de atendimento às expectativas depositadas na Constituição Federal.

3 reconhecimento compulsório do dano moral ou extrapatrimonial coletivo em face das condutas previstas na Lei nº. 8.429/92: erguendo a casa de tijolos!

Impulsionada a confirmação de conduta passível de incursão nas iras da LGIA, um horizonte se descortina: a identificação do dano moral ou extrapatrimonial coletivo¹⁸.

14 Verbis: “Art. 17, §7º. *Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.*”

15 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2797, 2005, public. DJ 19.12.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 27 jun. 2010.

16 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Reclamação 2138. Rel. Min. Nelson Jobim, j. em 13.06.2007, public. em 18.04.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 27 jun. 2010.

17 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp nº. 213.994-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ª T., j. 17.08.99; STJ, Resp. Nº 269.683-SC, Rel. Min. Laurita Vaz., r. P acórdão Paulo Medina, 2ª T., j.06.08.2002. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 jun. 2010.

18 As decisões do Superior Tribunal de Justiça ainda vacilam. A esse respeito: Resp. 10.57274/RS, Rel. Min.

Incansável, o *lobo* continua à espreita. Toda medida de reforço das estruturas da Lei nº. 8.429/92 é válida para manter a *chama acesa* de preservação da probidade administrativa. *A casa de tijolos* é um anteparo. É a inversão da metamorfose em andamento.

Para tal mister, fundamental esquadrihar os seguintes pontos: a probidade administrativa como direito fundamental, de natureza difusa e bem juridicamente tutelado constitucionalmente; o reconhecimento do dano moral ou extrapatrimonial coletivo em face de desatenção aos direitos fundamentais; e, por fim, a identificação obrigatória do dano moral ou extrapatrimonial coletivo nas condutas identificadas como atos de improbidade administrativa na Lei nº. 8.429/92.

3.1 A probidade administrativa como direito fundamental difuso e bem juridicamente tutelado

Dentro da visão de Sarlet¹⁹, os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano e guardam positividade e reconhecimento na ordem constitucional, inclusive em sua projeção coletiva ou difusa. Integram os chamados direitos fundamentais de *terceira dimensão*, inserindo-se dentre os direitos de fraternidade ou de solidariedade.

Já reconhecida no direito positivo, conforme artigo 81, parágrafo único, da Lei nº. 8.078/1990²⁰, a percepção de transindividualidade e indivisibilidade se realça diante dos direitos difusos. Como aponta Lenza, “*perpassa a órbita individual, adquirindo natureza coletiva ampla, sem se restringir a qualquer grupo, categoria ou classe de pessoas*”²¹. Há, neste sentir, uma indeterminabilidade subjetiva, porquanto não há como efetivar a cisão entre os sujeitos para fins de identificá-los, já que diz respeito a toda uma sociedade.

Demais disso, essa transindividualidade acarreta uma indeterminabilidade objetiva. Não se tem como dividir o bem juridicamente protegido. Nos interesses difusos, Appio afirma que “[...] o objeto é único e indivisível, na medida em que se reportam a bens que fazem parte de um patrimônio social, ou seja, bens essenciais à manutenção de uma

Eliana Calmon, j. 01.10.2009, public. DJ 26.02.2010; Resp. 821891/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.04.2008, public. DJ. 12.05.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 jun. 2010.

19 SARLET, INGO WOLFGANG. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 35.

20 Verbis: “Art. 81, parágrafo único, inciso I. interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;”

21 LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p 71.

determinada sociedade e, que, portanto, são de natureza indisponível."²²

Tal raciocínio leva à conclusão de que a probidade administrativa é categorizada como direito fundamental, de natureza difusa. Conforme Garcia e Alves:

[...] todos os membros da coletividade têm o direito de exigir dos administradores públicos que atuem com estrita observância ao princípio da juridicidade, o que pode ser considerado um direito transindividual e indisponível, de natureza eminentemente difusa, já que pulverizado entre todas as pessoas.²³

O assento constitucional do §4º do artigo 37 consolida o grau de relevância dado ao tema dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro. A supremacia da Constituição revela o *status* que se trouxe dentro da ordem jurídica doméstica para a questão da probidade administrativa. Sua proteção se reveste de *normatividade constitucional*. Sem prejuízo de outros dispositivos espalhados no texto constitucional, está bem confirmada essa realçada *dignidade normativa*. É elemento valorativo pinçado para a ordem jurídica, de modo especial. Eleito pela Constituição, é vetor axiológico que encerra a vontade da sociedade.

Repercute até mesmo na observância do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF²⁴), mesmo porque, como adverte Piovesan,

[...] infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.²⁵

Por conseguinte, a probidade administrativa é diretriz da ordem constitucional. Mais ainda. É bem jurídico tutelado constitucionalmente, conforme correta ponderação de Oliveira, ao deixar claro que

22 APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 57.

23 GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 434.

24 Verbis: "Art 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana."

25 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 32.

É indubitável que a probidade na Administração Pública é bem jurídico meta-individual defendido como tal no artigo 37, §4º da Constituição Federal. A realização concreta deste valor ultrapassa qualquer situação individual. Está diretamente voltada à sociedade como um todo e, logo, indiretamente, a cada membro da comunidade. A plena efetividade e integral respeito do bem jurídico é, em linha fundamental, imprescindível à vida social.²⁶

3.2 O reconhecimento do dano moral ou extrapatrimonial coletivo em face de desatenção aos direitos fundamentais

No âmbito do sistema de responsabilização jurídica, a responsabilidade civil acolhe, como um de seus pressupostos, o dano. Ele se apresenta como o ponto de partida para a obrigação de ressarcimento. Sem dano, não há obrigação de reparar. Para Diniz, o “*dano pode ser definido como a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.*”²⁷

Havendo agressão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, dar-se-á um dano. Esse dano pode recair sobre a esfera patrimonial ou extrapatrimonial, de modo cumulativo ou não. Nesse sentido, indiscutível a existência e a autonomia do dano moral, a teor dos artigos 5º, incisos V e X da Constituição Federal²⁸. Com igual sentido, o artigo 186²⁹, do Código Civil. Essa repercussão danosa no campo moral alcança inclusive, de forma indistinta, as pessoas jurídicas³⁰.

Em abordagem conceitual, nas palavras de Cahali, insere-se o dano moral em “*Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado [...]*”³¹.

Por este quadro evolutivo, chega-se ao dano moral coletivo. Decorre de lesão à província moral ou extrapatrimonial da coletividade. Repercute

26 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 247.

27 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64. 7v.

28 Verbis: “Artigo 5º(...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

29 Verbis: “Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

30 Súmula 227, do STJ: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Diário da Justiça da União, em 08.10.1999. p. 126.

31 CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25.

negativamente, lanhando valores sociais fundamentais guindados pela sociedade. Pode resultar, portanto, de nódoa lesiva aos interesses difusos ou coletivos, exigindo-se reparação pelos prejuízos causados.

Maculados os direitos fundamentais difusos, o dano moral ou extrapatrimonial coletivo surgirá. A obrigação de ressarcimento é derivação lógica. O foco da lesão extrapola o campo individual para atingir, na lição de Medeiros Neto, *“toda modificação desvaliosa do espírito coletivo, ou seja, qualquer ofensa aos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, e que refletem o alcance da dignidade de seus membros.”*³²

3.3 A identificação obrigatória do dano moral ou extrapatrimonial coletivo nas condutas identificadas como atos de improbidade administrativa na Lei nº. 8.429/92

Sem adentrar em discussão conceitual, há que se partir da configuração da improbidade administrativa nos limites da previsão normativa da Lei nº. 8.429/92.

Dentro da tipologia dos atos de improbidade administrativa previstos na Lei Geral de Combate à Improbidade Administrativa, a partir da dicção dos artigos 9º, 10º e 11, houve nítida organização em três grupos de condutas: as que causam enriquecimento ilícito; as que causam prejuízo material ao erário público; e, por fim, as que violam os princípios norteadores da Administração Pública.

Para os blocos de condutas organizados e descritos, de forma ilustrativa, pela LGIA, inseriu-se uma gradação punitiva que guarda certa uniformidade nas medidas de castigo. Afetam a esfera jurídica pessoal, atingindo direitos políticos e a seara patrimonial daqueles que incursionam em sua zona sancionadora.

Pela gravidade do nível de reprovação da improbidade, cuida-se de conduta com acentuada afronta ao ordenamento jurídico.

No corpo da Lei nº 8.429/92, o dano vem ancorado na cláusula genérica do artigo 5º, ao estabelecer que *“Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente público ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”*³³.

Além disso, quando da previsão específica das sanções em face da inclusão de condutas nos tipos previstos na aludida norma (artigos 9º, 10º e 11), o artigo 12, por seus incisos I, II e III, faz referência ao *“ressarcimento integral do dano”*³⁴.

32 MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: Ltr, 2004. p.136.

33 BRASIL. *Lei nº. 8.429/92*. Legislação administrativa. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

34 Idem. *Ibidem*.

Por fim, no artigo 21, I, admite o mesmo diploma legal a aplicação das sanções previstas, independentemente “*da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.*”³⁵

Há evidente entrelaçamento do dano na previsão do rol das sanções do artigo 12, da Lei nº 8429/92. No entanto, ele não ostenta a natureza de medida punitiva. O ressarcimento do dano não é castigo ao agente ímprobo. Cuida-se de mecanismo de reparação de prejuízos em face da lesividade da conduta. Traz ínsita a ideia de reequilíbrio, apenas. É pura busca de recomposição do *status quo ante*.

Quando o artigo 21, I da Lei nº. 8.429/92 permite a incidência punitiva da carga sancionadora, independentemente do dano, o intuito é também demonstrar, de modo textual, a nítida dissociação do dano em relação à configuração da improbidade. Por excesso de precaução, inclusive, estabeleceu-se o registro normativo expresso da desnecessidade de confirmação de um dano material como elemento integrante dos tipos da Lei Geral de Combate à Improbidade Administrativa. Jamais informa, portanto, a exclusão do dano moral ou extrapatrimonial.

Por esta trilha, em quaisquer das condutas e a partir da respectiva configuração dentro do espectro tipológico normatizado pela LGIA, haverá dano moral ou extrapatrimonial coletivo, passível de indenização. O prejuízo extrapatrimonial à sociedade se posiciona em paralelo e por derivação do reconhecimento da improbidade administrativa. Até mesmo de forma autônoma às consequências materiais e punitivas previstas na Lei nº. 8.429/92. Mais ainda, em linha de compatibilidade cumulativa, perfeitamente.

Dessa maneira, em razão da incursão pela LGIA, há plena permissibilidade de reconhecimento obrigatório de indenização em face de mácula ao direito fundamental difuso à probidade administrativa.

O caráter compulsório de reconhecimento do dano em hipóteses tais transcende a repercussão negativa no conceito da pessoa jurídica afetada e relacionada no artigo 1º, da Lei nº 8.429/92. O ponto nodal é de repercussão na legitimidade do poder e, portanto, no sentimento da coletividade de credibilidade nas instituições estatais e na democracia. A improbidade afeta o sistema político-jurídico. Demonstrando a gravidade da lesão causada pela improbidade administrativa, Vhoss enfatiza que:

[...] se o respeito aos princípios que regem a Administração é reclamado na própria Constituição Federal, a violação de tais princípios, configurada com a improbidade administrativa, ocasiona desrespeito ao ordenamento positivo nacional até

35 Idem. Ibidem.

seu nível mais elevado, que é o constitucional. Ou seja, a improbidade administrativa abala a legitimidade estatal mesmo sob uma ótica estrita de que tal legitimidade seja decorrente apenas de um regramento racional.

[...] o desrespeito ao regramento positivo estabelecido pelo Estado, quando havido no seio da própria Administração e protagonizado por seus agentes, é observado, pelo administrado, com revolta que torna cada vez mais diminuído, dentro de cada cidadão, o escrúpulo oriundo dos sentimentos de cidadania, estes que são o principal refreio às intenções de burlar normas administrativas editadas para tutelar a harmoniosa convivência entre as pessoas e entidades.³⁶

O impacto na sociedade a cada prática de uma das condutas ímprobadas trazidas pela Lei nº. 8.429/92 é indiscutível. O grau de reprovabilidade é evidente. A desatenção à legitimidade do poder político justifica a lesividade dos comportamentos, pois

[...] se relaciona com o modo de comunicação entre o governo e a sociedade. Se o direito não encontra seu fundamento de validade numa base religiosa ou puramente moral, e como não pode manter-se por via da força, então a única alternativa restante é o *consenso* dos cidadãos. Esse consenso, na democracia, é obtido por meio do respeito a procedimentos.

Mas esse consenso pressupõe, primeiramente, a possibilidade de cada indivíduo ser tratado como igual, como titular de direitos insuprimíveis. Não há consenso entre indivíduos que se qualificam como desiguais. Portanto, é indispensável o reconhecimento dos direitos fundamentais para haver o consenso.

Depois, o reconhecimento da igualdade de todos os cidadãos conduz ao direito de participação igualitário. [...]³⁷

É justamente a quebra do consenso, assegurado constitucionalmente, de respeito aos direitos fundamentais que semeia a lesividade ao ordenamento jurídico a partir da tipificação da improbidade administrativa. Na síntese lançada por Osório, “[...] a *confiança pública dos governados*

36 VHOSS, Moser. *Dano moral e improbidade administrativa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008. p. 64.

37 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

*nos governantes ou administradores é uma das chaves do sistema democrático contemporâneo.*³⁸

Tal identificação, por qualquer comportamento subsumido à Lei n.º 8.429/92, agride a ideia de legitimidade do poder estatal. Esta agressão traz obrigatório desequilíbrio na relação de confiança entre Estado e sociedade. O dano é suportado pela coletividade. Há incontornável e acentuada lesividade ao direito difuso à probidade administrativa.

O sentimento de autoridade é lançado pelo agente público ímprobo. A sociedade é traída com a desatenção aos parâmetros axiológicos do texto constitucional pelos governantes ou detentores, de uma forma ou de outra, do exercício da parcela de poder estatal. O prejuízo é evidente. A lesividade da conduta ímproba inconteste.

Na verdade, é a agressão à concretude do princípio constitucional de democracia que se tem com a prática dos atos ímprobos. Lesão inafastável a um bem juridicamente tutelado pela ordem constitucional: a probidade administrativa. Proteção que se justifica como garantia primária de persecução pelo Estado Democrático de Direito de seus objetivos (artigo 3º, da CF/88³⁹).

A Constituição *cidadã* e dirigente de 1988 estabeleceu metas fundamentais muito claras. A prática da improbidade administrativa corrói esta dimensão teleológica. Espanca a efetividade constitucional. Abre sulcos violentos na concretização da transformação da sociedade brasileira, como adverte Sarmiento:

É uma Constituição, por isso mesmo, pródiga na consagração de valores substantivos. Ela não se contenta em traçar as regras do jogo democrático, nem se limita a estabelecer as condições materiais necessárias para tornar a democracia possível - embora também o faça. Ela não é, definitivamente, uma Constituição do tipo procedimental, já que acolhe valores materiais como dignidade da pessoa humana e solidariedade social, tornando-os de observância compulsória no âmbito do Estado e da sociedade. Ao dar forma jurídica a estes valores, convertendo-os em princípios expressos em linguagem vaga e abstrata, mas não

38 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007. p. 24.

39 Verbis: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

obstante dotados de plena normatividade, a Constituição prepara o terreno para a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico.⁴⁰

A questão não é colocar a repercussão lesiva da conduta como aspecto preponderante para a configuração da improbidade administrativa. O dano extrapatrimonial é medida decorrente do reconhecimento da conduta ímproba. E de constatação compulsória. Haverá a presença do dano moral ou extrapatrimonial coletivo sempre que ocorrer a prática do comportamento ímprobo e, portanto, a obrigação de ressarcimento. Isso independentemente de quaisquer das tipologias da Lei nº. 8.429/92, conforme Oliveira:

A título de responsabilidade civil (art. 186 CC), entende-se que o artigo 5º e 18 da Lei nº. 8.429/92 autoriza, se houver pedido autônomo, a cumulação de ressarcimento de dano moral, decorrente da improbidade administrativa, uma vez configurada sua existência jurídica nas circunstâncias do caso concreto. No primeiro caso, o fundamento é a ofensa ao bem jurídico probidade, que encarna o zelo na gestão do erário. No segundo caso, o fundamento é a ofensa à imagem da pessoa jurídica lesada pelo ato ímprobo, também tutelada pela ordenação constitucional (art. 5º, X c/c 23, I CF). Daí que o pedido de indenização de dano moral em decorrência do ato ímprobo, independe da categoria típica em que o mesmo se subsume.⁴¹

Superando a discussão acerca da possibilidade de dano moral em face da nódoa ao conceito da pessoa jurídica lesada, muito bem posta a ponderação quanto à plena viabilidade de identificação de um dano extrapatrimonial de natureza subjetiva, voltando-se à verificação do sofrimento causado à coletividade, em posição lúcida de Garcia e Alves:

A reparabilidade do dano moral coletivo, no entanto, suscitará algumas dificuldades. A primeira delas é constatada pelo fato de a Lei nº. 8.429/1992 somente abordar os danos causados ao patrimônio das pessoas jurídicas referidas em seu art. 1º, o que poderia não incluir o dano moral causado à coletividade.

Para contornar tal obstáculo, deve-se observar que o

40 SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178-179.

41 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit. , p. 310.

patrimônio público, de natureza moral ou patrimonial, em verdade, pertence à própria coletividade, o que, ipso facto, demonstra que qualquer dano causado àquele erige-se como dano causado a esta. Assim, ao se falar em dano à coletividade, não se está instituindo uma dicotomia entre os sujeitos passivos do ilícito, mas unicamente individualizando uma parcela do dano experimentado pelo verdadeiro titular do bem jurídico, o povo.

Em verdade, o dano moral ora estudado será experimentado pelo próprio patrimônio público, concebido este como o conjunto de direitos e deveres pertencentes, em última ratio, à coletividade.⁴²

É este o prisma de responsabilização do agente ímprobo que densifica o espectro de responsabilização jurídica. Acopla-se, com este prisma, um instrumento reparador. Demais disso, leva a uma abstenção na prática de atos de improbidade administrativa. Impede ou retarda o impulso volitivo desvirtuado e tendente à violação do direito fundamental à probidade.

A perspectiva de indenização lógica e decorrente por dano moral coletivo diante das condutas da Lei nº 8.429/92 fortalece o microsistema de tutela do patrimônio público. Garante mais uma província jurídica de enrijecimento no combate à improbidade administrativa.

4 Considerações finais

De todo o esforço da exposição, a conclusão derradeira se volta, em primeiro momento, para demonstrar a clara compatibilidade do dano moral ou extrapatrimonial coletivo com a Lei nº 8.429/92. Além disso, sua obrigatória incidência quando se depara com as condutas ímprobadas descritas na norma mencionada. O argumento central é a violação grave e acentuada ao direito fundamental difuso da probidade administrativa, desestruturando negativamente o Estado Democrático de Direito.

É uma alternativa de certeza de mais um gravame ou ônus ao agente que comete atos de improbidade administrativa. Coloca em diminuto espartilho o desejo de desbordar para a prática de condutas inseridas na Lei nº. 8.429/92. Traz maior eficiência ao sistema de responsabilização jurídica para os que agem em nome do Estado brasileiro. Enfim, é ferramenta de colaboração à construção de uma *casa de tijolos*. Para manter a uma distância aceitável o *lobo* da corrupção e da impunidade.

42 GARCIA, Emerson ; ALVES, Rogério Pacheco. Op. cit., p. 434.

Referências

ALVES, Rogério Pacheco. Por uma nova disciplina processual da improbidade administrativa: propostas aos Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Legislação administrativa. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Lei n.º 8.078/90*. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

_____. *Lei n.º 8.429/92*. Lei Geral de Combate à Improbidade Administrativa: legislação Administrativa. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Lei Federal n.º 10.406 de 10.01.2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 jun. 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Ministério Público e o combate à improbidade administrativa. In: *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. CHAVES, Cristiano, ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. *Dicionário de símbolos: mitos, sonhos, costumes, gestos, formas, figuras, cores, números*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 23. ed. reformulada.

São Paulo: Saraiva, 2009. 7v.

GARCIA, Emerson ; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: Ltr, 2004.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FÁZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHILLING, Flávia. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*. São Paulo: IBCCrim, 1999.

VHOSS, Moser. *Dano moral e improbidade administrativa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.