

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-082-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górdico da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar e fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

ADMINISTRATIVE MISCONDUCT FROM INFRINGEMENT OF LEGALITY'S PRINCIPLE

**Carla Cirino Valadão
Tiago Augusto De Resende Melo**

Resumo

A corrupção é tema contemporâneo no cenário político e jurídico nacional. Nesse contexto, o instituto da improbidade administrativa ganha notoriedade, principalmente em razão das sanções cíveis e administrativas impostas aos agentes, além da ação penal cabível, com a finalidade de coibir os atos ímprobos. Diante dessas premissas, o objetivo deste artigo é estudar a improbidade administrativa na hipótese de violação do princípio da juridicidade, o qual guarda origem na evolução do princípio da legalidade, tendo em vista os paradigmas da modernidade e do Estado Democrático de Direito. Preliminarmente, afirma-se que, para a caracterização da improbidade por atentado à juridicidade, é imprescindível a existência do dolo em praticar um ato que viole a moralidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa, Princípios, Juridicidade

Abstract/Resumen/Résumé

Corruption is contemporary theme in the political and national legal scene. In this context, the administrative misconduct gains notoriety, mainly due to the civil and administrative sanctions imposed on agents, in addition to the applicable criminal action, in order to curb the dishonesty acts. Given these assumptions, the aim of this paper is to study the administrative misconduct in the event of violation of the legality's principle, considering the modernity's paradigms and democracy. Preliminarily, it is stated that, for the characterization of misconduct by attack on legality, it is essential the existence of fraud in practicing an act that violates the administrative morality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative misconduct, Principles, Legality

1 INTRODUÇÃO

A corrupção e a desonestidade sempre foram grandes problemas enfrentados pela sociedade brasileira, principalmente pela Administração Pública, que deve sempre garantir o interesse público e zelar pela boa gestão de suas instituições.

A preocupação do legislador em coibir essas práticas já é bastante antiga, desde a Constituição de 1891, que previa o crime de atentado contra a probidade da administração. Somente em 1988, entretanto, com a promulgação de uma Constituição que buscou a redemocratização do país, o Direito pátrio ganhou um mecanismo mais eficiente no combate a esse problema, o art. 37 § 4º, segundo o qual os atos de improbidade administrativa serão punidos com suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

Tal dispositivo inseriu no Direito Administrativo o ato de improbidade administrativa, punindo-o com severas sanções na esfera cível. A inserção desse parágrafo constituiu um avanço na luta contra a improbidade, visto que inovou ao incluir no polo ativo todos os agentes públicos ou particulares envolvidos na prática de ato ímprobo, e não apenas os agentes políticos. Esse dispositivo constitucional foi regulamentado, posteriormente, pela Lei 8.429/92, a Lei de Improbidade Administrativa.

Verifica-se que essa lei foi editada em um momento muito importante para a sociedade e para o direito. Havia apenas quatro anos que a Constituição estava em vigor e todos se depararam com um novo paradigma por ela instituído, o Estado Democrático de Direito. Além disso, logo após sua edição, a sociedade brasileira viveu um momento de turbulência política, posto que o Presidente da República foi destituído do cargo por meio de impeachment.

A Lei 8.429/92 definiu quem são os sujeitos ativos e passivos, as condutas que ensejam a improbidade, os requisitos para sua ocorrência, as penas aplicáveis, além de algumas regras procedimentais do processo administrativo e judicial. Mas o que mais merece destaque em seu texto é a inclusão da hipótese de constituir improbidade administrativa a violação de princípios.

Apesar de todo esse mecanismo capaz de punir a desonestidade na Administração Pública, percebe-se que o cenário político e administrativo atual é composto por diversos escândalos de corrupção, tornando o estudo da improbidade administrativa de suma importância. Desde 1992, quando da publicação da Lei 8.429/92, já foram aplicadas diversas sanções aos administradores públicos em virtude da falta de probidade. O que se vê atualmente

é uma série de condutas atentatórias aos princípios constitucionais praticadas por agentes públicos.

Nesse contexto, o objeto deste artigo é estudar a improbidade administrativa na hipótese de aplicação do art. 11 da Lei 8.429/92, ou seja, a improbidade administrativa decorrente da violação de princípios. E, mais especificamente, discutir a improbidade em razão da violação ao princípio da juridicidade. Importante mencionar, desde já, que o princípio da juridicidade guarda origem na evolução do princípio da legalidade, tendo em vista os paradigmas da modernidade e do Estado Democrático de Direito.

2 A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DECORRENTE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

A história do direito pode ser analisada sob a óptica de dois grandes paradigmas, o pré-moderno e o moderno. Durante o paradigma pré-moderno, o pensamento dominante se pautava no jusnaturalismo, que objetivava fazer uma interpretação moral, com valores éticos, do direito. Segundo Barcellos e Barroso (2007, p. 11) “a crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais.” Esse paradigma entrou em colapso e fez surgir o Estado de Direito (ou Liberal), a partir das revoluções americana e francesa.

O Estado Liberal, primeiro paradigma da Modernidade, nasceu para garantir direitos, fazendo surgir a ideia de Constituição rígida e formal como garantia dos cidadãos contra o Estado. Todavia, os direitos¹, cujas primeiras manifestações foram referentes à liberdade, à igualdade e à propriedade, eram considerados apenas em seu aspecto formal. Não havia preocupação em relação à materialidade destes.

Nesse sentido, Emílio Medauar (2004, p. 69) descreve esses primeiros direitos, demonstrando que a liberdade era entendida apenas como a intervenção mínima do Estado,

¹ Esses direitos são chamados de 1ª geração.

visto que a esfera privada não poderia ser tolhida por este. A igualdade era somente formal, no texto da lei, pois havia desigualdades fáticas que impediam o desenvolvimento pessoal de todos. A propriedade, por sua vez, correspondia à concepção de que todos eram proprietários, nem que fosse de seu próprio corpo, que poderia ser vendido em troca de salário.

O Estado de Direito supervalorizava o positivismo, pois o Direito era visto apenas como um conjunto de leis gerais, abstratas e válidas para todos os cidadãos. Isso ocorreu porque os cientistas necessitaram de objetividade científica, surgindo o positivismo.

Os positivistas equiparavam o direito à lei, pretendiam criar uma ciência jurídica com características análogas às ciências exatas e naturais. Barcellos e Barroso (2007, p. 12) acrescentam ainda que:

A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade.

Tinha-se a ingênua concepção de que o direito funcionaria bem por si só e que as normas se efetivariam automaticamente, gerando felicidade e bem-estar social a todos.

Em virtude do surgimento do movimento operário, do socialismo, do aumento da pobreza e da criminalidade, dentre outros fatores, o Estado Liberal entra em crise, e é substituído pelo Estado Social.

Nesse momento, além da reformulação dos direitos garantidos pelo paradigma anterior, há também o aparecimento de outros direitos², tais como saúde, educação, trabalho, previdência, assistência. A partir daí a liberdade, a igualdade e a propriedade passam a ser compreendidas também em seu aspecto material.

Emílio Medauar (2004, p. 77) explica que nesse contexto a igualdade deve compreender as diferenças fáticas, decidindo-se a favor dos hipossuficientes. A liberdade permite maior incidência de leis sobre os indivíduos e a propriedade deve atender à sua função social.

O Estado de Bem-Estar Social (ou Estado Social) tinha por premissa a atuação positiva do Estado, de forma que apenas a igualdade formal não era suficiente. Passou a haver obrigação estatal em garantir os direitos sociais básicos aos cidadãos.

² Esses direitos são chamados de 2ª geração.

A partir da década de 60, devido à crise do petróleo, à revolução no setor da informação e a outros fatores, o Estado Social declinou, surgindo o Estado Democrático de Direito.

Esse paradigma nasceu logo após a Segunda Guerra Mundial, que desencadeou, na Europa, um processo de redemocratização, redefinindo o papel e o lugar da Constituição no Estado. No Brasil, o marco da mudança estatal também ocorreu com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, após longos anos de ditadura militar.

Dessa maneira, novos direitos³ foram garantidos, dentre os quais destacam-se o meio ambiente equilibrado, direito do consumidor, da criança e do adolescente, do patrimônio histórico. Vale ressaltar que esses direitos têm caráter procedimental, ou seja, somente adquirem um sentido específico diante do caso concreto, pois buscam maior quantidade e melhor qualidade destes.

Após as atrocidades da Segunda Grande Guerra, houve a superação do positivismo, com a retomada de valores éticos e morais. Esse novo pensamento é chamado de pós-positivismo, que se constitui na inclusão de valores aos princípios, sua incorporação pelos textos constitucionais e reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica.

O Estado Democrático de Direito assegura direitos fundamentais e subjetivos da pessoa. Por esse motivo, nele não cabe a compreensão de que o conteúdo formal e material do direito sejam contrários. Essas concepções são complementares, pois não é possível fazer uma análise separada de cada uma. Elas devem ser consideradas como princípios, e não como regras.

É importante ressaltar que o Estado Democrático de Direito se funda no princípio da soberania popular, consagrado no art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República. Tal princípio impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação das instituições representativas, que constituem um importante marco, mas não devem ser consideradas únicas no processo de democracia. A soberania popular deve ser representada pela efetiva e legítima participação do povo nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas, em todos os aspectos, funções e variantes do poder estatal.

2.2 O novo paradigma de aplicação dos princípios constitucionais

³ Esses direitos são chamados de 3ª geração, ou difusos, pois têm diversos sujeitos, não sendo possível determiná-los.

Diante da evolução do Estado Democrático de Direito e da consolidação do pós-positivismo, houve importantes mudanças no paradigma de interpretação e aplicação dos princípios constitucionais e na própria concepção de Constituição.

Uma das principais inovações foi o reconhecimento da força normativa da Constituição, dando a ela status de norma jurídica, e não a considerando apenas um documento político. Atualmente as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, têm caráter vinculativo e o respeito a elas é obrigatório, cuja inobservância acarreta mecanismos próprios de coação.

Esse reconhecimento de normatividade da Constituição somado à distinção entre regras e princípios são os principais elementos do pós-positivismo.

Princípios, segundo Barcellos e Barroso (2007, p. 11) são normas que consagram determinados valores, indicam fins públicos e têm maior teor de abstração, incidindo sobre uma pluralidade de situações. Nesse contexto, eles conquistaram o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. Os autores Barcellos e Barroso (2007, p. 11) ainda afirmam que: “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”. Além disso, Alexy (2015, p. 178) ensina que princípios são normas de otimização do ordenamento, impõem seu cumprimento em graus distintos, em vista das possibilidades reais e jurídicas existentes.

Em geral, de acordo com Barcellos e Barroso (2007, p. 16), regras são relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ou elas são cumpridas ou não o são.

Assim, observa-se que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto.

2.3 Evolução do princípio da legalidade e juridicidade

O princípio da legalidade surgiu no Estado Liberal como principal fonte do Direito, com um significado de cumprimento da lei em sentido formal, com primazia da forma sobre o

conteúdo, bem diferente do que se tem hoje. O advento desse princípio ocorreu em consequência à Revolução Francesa, fazendo surgir o culto à lei como maneira de proteger a sociedade dos governos absolutistas. Assim, o direito administrativo, que estava nascendo, encontrou nesse princípio a base de seu conteúdo, vinculando a adequação entre os atos da Administração a uma previsão legal. Segundo Rocha (1994, p. 110), “a lei passou a ser considerada, então, sede única do comportamento administrativo, sua fonte e seu limite”.

Nesses primeiros momentos do Estado Liberal o culto à lei surgiu em virtude da crença de que ela é formulada com base na vontade geral, trazendo legitimidade ao ato. Dessa maneira, a legalidade era concebida em consonância com a legitimidade. Para o direito moderno, entretanto, esta se refere à qualidade do poder, enquanto aquela trata do exercício deste.

Nesse modelo vigorado durante o Estado Liberal, chamado formal, havia insuficiência para se alcançar a justiça social material, visto que a preocupação se limitava à previsão legal dos direitos, e não à sua efetivação. A própria justiça era apenas formal, pois os direitos fundamentais jamais foram respeitados e cumpridos da maneira que a lei determinava.

O Estado de Direito formal evoluiu, então, para o chamado Estado de Direito material, em que o conceito e a realização concreta da Justiça buscam efetivar os direitos fundamentais. Ressalta-se, entretanto, que não houve dispensa da formalidade legal, visto que ela é elemento de segurança jurídica dos indivíduos, mas a lei deixou de ser a única fonte do direito.

Complementando esse pensamento, Rocha (1994, p. 73) ensina que “à ideia de Estado de Direito formal acopla-se a de Estado de Direito material, a fim de que a realização da justiça material não se desapegue da segurança jurídica que o sistema de Direito garante ao indivíduo”.

Entretanto verificou-se que esse conceito era muito frágil em virtude de sua falta de aplicação prática e formalidade extrema. Sequer os direitos fundamentais eram respeitados e cumpridos em toda sua amplitude, pois não havia preocupação com a materialização dos direitos, apenas com a mera previsão legal dos mesmos.

O Estado Liberal desenvolveu-se na linha de sua maior democratização, pois era baseado na luta contra o absolutismo e na defesa da liberdade. Verificou-se, entretanto, que esse paradigma não conseguiu alcançar seu objetivo de realização da justiça igualitária entre os membros da sociedade. Além disso, segundo Rocha (1994, p. 74), “a preocupação central com o indivíduo possibilitou a preponderância do individualismo, não o humanismo democrático nas relações políticas havidas no Estado”.

Por esse motivo, o Estado Social surgiu para submeter o direito às garantias fundamentais do ser humano. O objetivo desse paradigma era superar o individualismo e buscar a socialização dos interesses e dos bens prestados pelo Estado, para, assim, concretizar a justiça

e reconhecer a garantia dos direitos sociais. Porém essas liberdades eram apenas formais, não se concretizavam. Havia predominância de injustiças e as camadas mais pobres da sociedade eram oprimidas e submetidas aos interesses dos poderosos.

Nesse cenário, o Estado Social possibilitou o surgimento de ditaduras, como ocorreu no Brasil com o Estado Novo.

Com isso, houve a necessidade da instituição da democracia, que reconheceu e garantiu os direitos fundamentais do ser humano e a participação democrática do cidadão na elaboração e aplicação deste direito. Com a afirmação do princípio democrático o povo passa a ser o verdadeiro detentor de poder. Segundo José Afonso da Silva (1994, p. 108),

A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário na transformação do status quo.

Com a maior democratização do Estado de Direito, houve a universalização dos princípios democráticos, fazendo com que o ideal de justiça almejado pelo Direito se materializasse. A primeira atitude para a democratização do Direito e aceitação da legitimidade como qualidade inafastável da lei foi a superação da concepção de legalidade como sinônimo de lei formal. Já começava o pensamento de que a legalidade deveria abranger princípios jurídicos dotados de normatividade que refletissem os valores fundamentais da sociedade. Nesse momento, Rocha (1994, p. 107) afirma que:

O repensamento do objeto da relação de legalidade conduziu à ampliação do conteúdo da legalidade, num primeiro momento, e à integração da legitimidade como seu imperativo para a garantia da realização do princípio democrático.

É sabido que a lei é um frequente instrumento utilizado pelo direito. Entretanto, o princípio da legalidade não se limita, hoje, à lei em sentido formal. Com o estabelecimento do Estado Democrático de Direito ele passou a ser compreendido como o ordenamento jurídico amplamente considerado, cujo principal fundamento é a juridicidade. Dessa forma, a Administração Pública não se submete apenas à lei, mas sim ao Direito, amplamente considerado, que tem outros instrumentos além da lei em sentido formal.

Essa nova concepção, igualmente conhecida como princípio da juridicidade, vincula o Estado em todas as funções por ele exercidas. De acordo com Rocha (1994, p. 80):

Por isso, ele se expressa como princípio garantia do cidadão, afirmando um conteúdo positivo a obrigar o Estado a atuar pelo Direito e, ainda, no sentido negativo, estabelecendo um limite de atuação permitida ao Poder do Estado, restringindo-lhe o espaço de ação.

Portanto, o princípio da juridicidade administrativa, significa que a Administração Pública é o direito em um de seus momentos: o de sua dinâmica. Ela não se submete ao direito, mas ela é o direito, realizando seus efeitos para intervir e modificar a realidade social sobre a qual incide. Na verdade, quem se submete ao direito é o administrador público, que deve ter sua conduta pautada pela observância do sistema jurídico (ROCHA, 1994, p. 82).

A legalidade se democratizou, adquirindo novos elementos, e ainda segundo a autora, este “(...) é, no Estado Democrático de Direito, proclamado, exigido e controlado em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social” (ROCHA, 1994, p. 80).

Já que persiste o Estado Democrático de Direito é preciso haver legitimidade dos atos e da conduta administrativa, com o objetivo de respeitar a juridicidade. Percebe-se que ambas são interdependentes e reúnem-se para formar a juridicidade democrática. Nesse cenário, a legitimidade não é mais analisada pela forma da lei, mas sim por sua matéria, modo como conteúdo é concebido e produção de efeitos. Tal conteúdo deve encontrar respaldo no senso de Justiça social.

Essa ideia de Justiça social passou a se destacar no Estado Democrático de Direito, juntamente com a segurança jurídica e a eficácia normativa e realizada pela lei, tornando o Direito legítimo e passível de eficácia social e jurídica. Assim, a soberania da lei não pode ser considerada sem a legitimidade, que possibilita a realização efetiva de Justiça social.

Rocha (1994, p. 108) diz que “para qualquer manifestação do Estado, no exercício de suas funções, há que se adequar e conformar-se à lei, que, para obrigar com a Justiça, deve ser legítima.”

Assim, o que legitima a Administração Pública é a realização efetiva e eficiente do interesse público determinado, demonstrado e exposto concretamente em cada situação administrativa e que se identifica, na maioria das vezes, com a prestação do serviço público. No mesmo sentido, a legitimidade da conduta administrativa é vinculada aos fins buscados pela Administração Pública e aos meios por ela utilizados para o seu atingimento. O motivo que guia a Administração deverá sempre ser juridicamente determinado. Por isso a finalidade integra como elemento essencial o princípio da juridicidade. Ela não atua porque quer, mas porque tem que atingir determinado objetivo estabelecido pelo ordenamento jurídico.

A Administração Pública, além de se submeter à legalidade formal, deverá ater-se a outros conceitos, normas e princípios, que compõem o princípio da juridicidade. Em outras palavras, há a necessidade de obediência a todo o ordenamento jurídico, principalmente à legalidade, aos princípios constitucionais e às demais formas de expressão jurídica.

Observa-se a evolução do princípio da legalidade, partindo da premissa básica da obrigatória observância da lei pela Administração e da ampla liberdade dos indivíduos frente à inexistência de impedimento legal, para uma esfera mais ampla.

A evolução do princípio da legalidade, baseada no desenvolvimento do Estado, passando pelo Estado de Direito, Social e culminando no Democrático demonstrou que a lei formal é importante para obtenção da segurança jurídica. No entanto, ela não oferece segurança plena, além de não ter a justiça material em seu conceito. Apenas a legalidade formal não assegura a eficácia social do direito.

O princípio da juridicidade, portanto, informa que há de se considerar todo o ordenamento jurídico em que se insere o dispositivo legal, para, no caso concreto, encontrar a norma jurídica aplicável. Propõe-se a substituição da legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade, asseverando que a legitimidade do comportamento administrativo não se contém apenas na formalidade de normas jurídicas, indo muito além da legalidade estrita. É preciso buscar apoio em todo o sistema jurídico.

3 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Probidade e Moralidade Administrativa: conceitos distintos?

Muito se discute na doutrina administrativa brasileira o alcance e a abrangência do conceito de probidade e moralidade administrativa.

De acordo com Eurico Bitencourt Neto (2005, p. 102),

a moralidade administrativa é um conjunto de regras morais aplicadas ao exercício da função administrativa do Estado, que refletindo a Moral vigente na sociedade, constitui-se em círculo específico de relações sociais, aquele da Administração Pública. Logo, a moralidade administrativa indica o correto uso de competências, dentro do padrão moral-administrativo vigente, para obtenção da finalidade pública. Esta se caracteriza pela conduta leal, de boa-fé, honestidade e com a observância dos

valores administrativos considerados bons para uma atividade administrativa adequada.

A probidade administrativa, conforme enuncia Di Pietro (2007, p. 670-673), com o sentido de princípio, tem o mesmo significado de moralidade e ambos abarcam os valores de honestidade, lealdade, boa-fé, boa administração.

Em sentido diverso, Wallace Paiva Martins Junior (2001, p. 111), afirma que o princípio da probidade administrativa está contido no da moralidade, constituindo subprincípio deste. Para o autor, a probidade administrativa tem função instrumentalizadora da moralidade administrativa. A improbidade administrativa, portanto, é a imoralidade qualificada pelo resultado.

Esse pensamento pode ser explicado pelo dever de obediência ao princípio da juridicidade, que, segundo Osório (2007, p. 177), “na moral administrativa, ganha pautas mais densas de ponderação e de visualização da conduta administrativa, em uma perspectiva substancial.”

Seguindo essa mesma linha de pensamento, Juarez Freitas (apud BITENCOURT NETO, 2005, p. 104) aduz que o princípio da probidade administrativa é a especificação do princípio da moralidade, significando vedação de atos desonestos ou desleais para com a Administração Pública. Constitui um verdadeiro subprincípio da moralidade administrativa.

Também com o mesmo raciocínio, Marcelo Figueiredo (2004, p. 23) aduz que a probidade é espécie do gênero moralidade administrativa. Além disso, diz que é impossível afirmar com exatidão e a priori qual o sentido de cada um dos princípios da Administração Pública, incluídos a moralidade e probidade.

Para Fábio Medina Osório (2007, p. 175):

inserir o dever de probidade no universo da moral administrativa equivale a reconhecer sua dimensão ética e, portanto, sua valoração a valorações pontuais. O diagnóstico da enfermidade percorre um caminho lógico, que vai da moralidade administrativa até o dever de lealdade institucional, culminando na patologia da improbidade administrativa. A legalidade, em todo caso, é o marco básico no qual se movem as regras de probidade.

Torna-se mais adequado, portanto, considerar a probidade administrativa como espécie do gênero moralidade. A própria Constituição da República seguiu esse mesmo pensamento ao enunciar a moralidade no art. 37, caput e a probidade em seu parágrafo 4º. Vale destacar ainda que a probidade é um instituto intimamente ligado à ideia de honestidade na Administração Pública, pois somente o estrito cumprimento da lei não é suficiente. Na conduta

pública é preciso haver também observância aos princípios éticos, de lealdade e boa-fé, assegurando uma boa administração e disciplina interna da Administração Pública.

É importante mencionar ainda o que aduz Fábio Medina Osório (2007, p. 134), ao destacar que os atos de improbidade administrativa têm relação particular com a violação do princípio da juridicidade. As condutas juridicamente corretas, legais, tanto do ponto de vista formal quanto material, não podem ser consideradas desonestas nem tampouco ineficientes, pois, dessa maneira, se configurariam como improbidade. A conduta legal pode ser imoral, mas pode não configurar improbidade, porque esta é uma ilegalidade comportamental.

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição de 1988 foi de encontro ao positivismo jurídico, baseado no superado conceito de legalidade estrita. Atualmente, tal conceito foi ampliado e é composto por um conteúdo axiológico do direito. Dessa forma, a probidade administrativa faz parte do novo princípio da legalidade do Estado Democrático de Direito, abrangendo valores éticos, de razoabilidade, boa-fé, moralidade.

Essa ampliação do princípio da legalidade englobou os princípios e valores do direito, originando o princípio da juridicidade. Ele compreende todos os demais princípios informativos do direito, inclusive a moralidade e a probidade.

Cabe ressaltar que a principal diferença entre esses dois princípios, probidade e moralidade, está na perspectiva da ilegalidade. Segundo Di Pietro (2007, p. 658), quando se fala em improbidade como ato ilícito, seu sentido é mais amplo, pois abrange não apenas atos imorais ou desonestos, mas também atos ilegais. Na Lei de Improbidade Administrativa a lesão à moralidade é uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido Emerson Garcia (2006, p.24) diz que

a-se individualizar os atos de improbidade a partir de uma perspectiva principiológica, considerando-se como tais todos os atos que infrinjam o princípio da juridicidade, designativo que aglutina todos os princípios regentes da atividade estatal, merecendo maior realce, dentre estes, os princípios da legalidade e da moralidade.

A improbidade administrativa estará configurada diante da ofensa ao princípio da juridicidade, que aglutina todos os princípios que informam a Administração Pública, inclusive a legalidade e a moralidade, vetores básicos da probidade administrativa.

Juarez Freitas (1999, p. 107), ainda assevera que:

(...) o princípio da probidade administrativa consiste na proibição de atos desonestos ou desleais para com a Administração Pública, praticados por agentes seus ou terceiros, com os mecanismos sancionatórios inscritos na Lei 8.429/92, que exigem

aplicação cercada das devidas cautelas para não transpor os limites finalísticos traçados pelo ordenamento.

A improbidade administrativa, portanto, é o atentado ao princípio da juridicidade, que engloba todos os demais princípios da Administração Pública. Atenta também contra os valores éticos, de honestidade e probidade, constituindo-se como espécie da moralidade administrativa qualificada.

3.2 A Lei de Improbidade Administrativa

A lei a que faz menção o art. 37 § 4º é a Lei 8.429/92, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. De acordo com tal legislação, existem três tipos de atos ímprobos: aqueles que importam em enriquecimento ilícito, aqueles que importam prejuízo ao erário e aqueles que atentam contra os princípios da Administração Pública.

O primeiro tipo, que importa em enriquecimento ilícito, constitui ato de improbidade administrativa por auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de alguma competência pública. A Lei 8.429/92 enumerou doze hipóteses exemplificativas da ocorrência de tal conduta, que correspondem à corrupção administrativa. Eurico Bitencourt Neto (2005, p. 112) assevera que o enriquecimento ilícito é a forma mais grave de improbidade administrativa, visto que o patrimônio destinado à concretização do interesse público (finalidade) se incorporou ao patrimônio de um particular.

Já a segunda hipótese, prevista no art. 10, trata dos atos que causam lesão ao erário por ação ou omissão, dolosa ou culposa, que acarrete prejuízo ao erário. O art. 10 enumera rol exemplificativo de quinze condutas que podem trazer prejuízo à Administração Pública. Nesse caso, porém, não há necessidade de benefício de qualquer particular, bastando a configuração do dano ao erário.

O art. 11, objeto de estudo deste artigo, configura a terceira hipótese, repudiando as condutas atentatórias aos princípios da administração pública por qualquer ação ou omissão violadores dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Ressalta-se que a lei obriga os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos. Além disso, enuncia a Lei 8.429/92 que “quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a

autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado” (BRASIL, 1992).

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 761), um mesmo ato pode enquadrar-se em uma, duas ou três das hipóteses de improbidade previstas na Lei 8.429/92. Essa lei, entretanto, é omissa quanto às condutas que comportam múltiplos enquadramentos, cabendo à doutrina e a jurisprudência disciplinar a matéria.

Para a configuração do prejuízo ao erário, segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 201), é preciso haver existência de lesão ao erário ou perda patrimonial, desvio e malbaratamento, sem necessidade de obtenção de vantagem patrimonial pelo agente. O autor ainda afirma que no caso de enriquecimento ilícito essa vantagem patrimonial indevida é imprescindível. É ela que determina em qual artigo o agente praticou a improbidade. Dessa maneira, quando a conduta se caracterizar como enriquecimento ilícito com dano ao erário, o agente será tipificado na primeira hipótese. Além disso, cabe ressaltar que a sanção dessa hipótese é mais grave que a da segunda, visto que a supremacia do interesse público sobre o privado foi violada.

Juarez Freitas (1999, p. 102) destaca o art. 12, parágrafo único, e defende que na aplicação da pena o juiz deve considerar a extensão do dano e o proveito patrimonial do agente. Nas palavras do autor, “o juiz levará em conta a extensão do dano, assim como o proveito patrimonial logrado pelo agente, não apenas para dosar as penalidades, senão que para elegê-las” (FREITAS, 199, p. 102).

Para tanto, exige-se a absoluta observância do princípio da proporcionalidade e da intenção desonesta do agente. Nesse sentido, o jurista ainda diz que nem sempre as sanções serão aplicadas em conjunto. Elas serão aplicadas de acordo com a intenção desonesta e com a gravidade do ato. O enriquecimento ilícito, devido à ofensa ao corolário do interesse público, está sujeito a penas mais graves, incluindo-se a aplicação universal destas. O dano ao erário, por ser menos gravosa, tem sanções menos drásticas. Da mesma forma ocorre com a ofensa a princípios (FREITAS, 1999, p. 112).

No momento em que uma conduta se caracteriza como mais de uma hipótese de improbidade, o mais importante é analisar a situação concreta, à luz da gravidade do ato e do dolo desonesto do agente, para, observando o princípio da proporcionalidade, aplicar a sanção mais adequada. Se fosse diferente, haveria antijuridicidade.

Vale ressaltar que, de acordo com Di Pietro (2007, p. 743), o art. 1º da Lei 8.429/92 exige a presença de quatro elementos essenciais para configuração da improbidade administrativa.

O primeiro refere-se ao sujeito passivo, que pode ser qualquer entidade da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual. O parágrafo primeiro do art. 1º da Lei 8.429/92 ainda inclui como sujeito passivo a entidade que recebe subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

O segundo trata do sujeito ativo, que é o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma. Vale dizer que não são apenas os agentes administrativos que podem praticar ato de improbidade administrativa. O art. 2º da Lei 8.429/92 define que

reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior (BRASIL, 1992).

Em seu art. 3º ainda amplia o rol de sujeitos ativos ao definir que essa lei também se aplica aos que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta.

O terceiro diz respeito à ocorrência de ato danoso descrito na lei, que se enquadre em uma das três hipóteses supracitadas. Nota-se que esse enquadramento pode se dar isoladamente, em uma das três hipóteses, ou cumulativamente, em duas ou nas três.

E, o último elemento, o elemento subjetivo, ou seja, dolo ou culpa, deve estar presente em quaisquer das três espécies de conduta. A doutrina ainda não tem entendimento unânime sobre o tema. Há autores, como Di Pietro (2007, p. 745), que aceitam o elemento subjetivo da conduta em todas as três espécies. Outros, entretanto, como Emerson Garcia (2006, p.251), consideram o dolo como necessário apenas nos casos de enriquecimento ilícito e atentado aos princípios.

Nos casos de atos que causem prejuízo ao erário a própria Lei 8.429/92 permitiu a configuração da conduta por dolo ou culpa. Dessa forma, mesmo que o agente cause dano ao erário atuando com imprudência, imperícia ou negligência haverá improbidade administrativa.

Quanto ao enriquecimento ilícito, a lei não previu a possibilidade da culpa. Isso ocorre porque o próprio ato de enriquecimento ilícito pressupõe o dolo, não é possível um agente enriquecer-se ilicitamente sem a intenção desonesta de enriquecer-se com o patrimônio público.

Nas condutas em que há violação aos princípios administrativos, também é fundamental que ocorra o dolo, pois a violação dos deveres fundamentais de honestidade, lealdade e boa-fé deve conter o comportamento desonesto do agente público, e esta pressupõe a intenção, o dolo. Nessa hipótese não é necessária a ocorrência do resultado material danoso, bastando o dano ao patrimônio moral do Estado para configurar a improbidade administrativa.

Segundo Osório (2007, p. 155), é possível dizer que

a improbidade administrativa está para o direito administrativo na mesma proporção que os crimes mais graves estão para o direito penal, se considerarmos que o direito administrativo abrange outras infrações. (...) Cabe sublinhar, portanto, modo reiterado, que o agente público leal, na perspectiva da probidade, não é unicamente quem jamais infringe quaisquer de seus deveres públicos, mas quem não chega a certos níveis ou degraus da agressão, culposa ou dolosamente. Assim, mesmo o transgressor pode ser considerado leal, se não houver agredido seus deveres em determinados níveis de gravidade.

Nesse cenário, depreende-se que, além de ter sido elaborada em um período de turbulência política em virtude da prática de improbidade administrativa na Presidência da República, a Lei 8.429/92 veio para regulamentar a punição aos atos de desonestidade na conduta pública brasileira.

A improbidade administrativa, portanto, é o atentado ao princípio da juridicidade. No próximo capítulo haverá maior desenvolvimento dessa ideia de improbidade, hipótese do art. 11 da Lei 8.429/92.

4 CONFIGURAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

4.1 Improbidade administrativa por atentado aos princípios da Administração Pública: a hipótese do art. 11 da Lei 8.429/92

O caput art. 11 da Lei 8.429/92 enuncia 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, e notadamente” (BRASIL, 1992).

Essa hipótese constitui novidade no ordenamento jurídico brasileiro, posto que pela primeira vez a exclusiva violação aos princípios administrativos configura a improbidade. Assim, houve a consagração da ideia de normatividade dos princípios, conforme já salientado.

Costa e Neto (2002, p. 356) acentua que:

Os princípios são mandamentos estruturais de um ordenamento jurídico. Possuem os princípios uma natureza normogênica, porquanto nas palavras de Canotilho, ‘são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas.

O autor ainda diz que os princípios possuem um elevado grau de abstração, exercendo função ordenadora, possibilitando a densificação e qualificação do sistema jurídico (COSTA E NETO, 2002, p. 356).

Sabe-se que a ofensa a um princípio é mais grave que a ofensa a uma regra, visto que aqueles são os pilares para a formação destas. Por essa razão, no momento em que um princípio é violado, há repercussão em todo o sistema jurídico. Juarez Freitas (1999, p. 116) ainda complementa esse raciocínio, ao considerar que a ofensa a um princípio sempre acarreta a violação dos demais princípios, mas em graus diferentes.

Para compreender a hipótese do art. 11 da Lei 8.429/92 é preciso interpretá-lo no sentido de que a improbidade administrativa decorrerá da violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade para com a Administração Pública, na medida em que isso implica comprometimento aos princípios que a norteiam.

Ressalta-se que os deveres de lealdade, honestidade e imparcialidade são conceitos abertos, e remetem à noção de moralidade administrativa. Assim, o núcleo da improbidade por violação de princípios é o atentado à moralidade administrativa.

Nesse sentido, Juarez Freitas (1999, p. 107), ao analisar o princípio da probidade administrativa, pondera que para a hipótese do art. 11 se concretizar é imprescindível que o ato ofenda a moralidade. Segundo ele, o maior objetivo desta norma é “coibir a violação, por si mesma nefasta, do princípio da moralidade, seja pelo agente público ou por terceiro, punindo-os com a imposição de penalidades severas, incompatíveis com a culpa leve ou levíssima” (FREITAS, 1999, p. 107).

É interessante observar a ponderação de Eurico Bitencourt Neto (2005, p. 122) ao caracterizar os elementos contidos no referido artigo.

Os conceitos de moralidade administrativa e probidade administrativa já assinalados, no que toca ao âmbito doutrinário, levam em conta honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições. Probidade, até mesmo pela origem do termo, é sinônimo de honestidade. Imparcialidade é um dos preceitos centrais do conjunto de valores morais aplicados à atividade administrativa do Estado. Lealdade às instituições é também um dos elementos do conceito de moralidade administrativa e também de probidade administrativa.

Vale lembrar que o caput do art. 11 é muito amplo e pode alcançar inúmeros atos, pois há uma infinidade de princípios regentes da Administração Pública. Para saber se a ofensa a um princípio configura improbidade administrativa é necessário analisar a finalidade de cada um. É preciso saber se buscam a efetivação de um resultado específico ou a orientação do meio de atuação do administrador público. Cabe ressaltar que essa análise sempre deverá ser feita à luz do princípio da razoabilidade.

Mateus Bertoncini (2007, p. 167) considera que somente as condutas atentatórias aos princípios contidos no caput do art. 11 da Lei 8.429/92, quais sejam honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, devem ser considerados na verificação da conduta ímproba. Nesse sentido:

O art. 11, caput, não assevera que se constitui ato de improbidade a violação de qualquer princípio da Administração Pública. Também não afirma que a lesão dos princípios do art. 37, caput, da CF, constitui ato de improbidade. Essa norma, de outra parte, em nenhum momento assevera que configura ato de improbidade administrativa a violação do princípio da moralidade. Aliás, em nenhuma outra norma da Lei 8.429/92 existem assertivas nos mencionados sentidos.

A partir desse texto infere-se que a compreensão do autor não é no sentido de que há alguns princípios administrativos cuja violação não configura improbidade, mas que o simples atentado a qualquer princípio não a caracteriza. Para ocorrer essa configuração, é necessária a qualificação do atentado pelos elementos contidos no supracitado artigo: honestidade, imparcialidade e lealdade.

Dessa maneira, é possível dizer que a violação de qualquer princípio é passível de configurar-se como improbidade administrativa. Com esse pensamento, Di Pietro (2007, p. 760) ensina que

a rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade

e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa.

Nesse mesmo sentido, Bitencourt Neto (2005, p. 124) diz que

o caput do art. 11 destaca que a ofensa a qualquer dos princípios da Administração Pública pode, em tese, configurar improbidade administrativa. Na análise de cada caso, observada interpretação sistemática, pode não se configurar improbidade por ofensa a determinado princípio, caso a escolha administrativa tenha sido fundada em princípios outros que, naquela circunstância, deveriam ter prevalência.

Destaca-se que é preciso verificar se houve dolo ou culpa na conduta, analisando a intenção do agente, para saber se houve ilícito ou não. Há autores, como Di Pietro (2007, p. 762), que aceitam tanto o dolo quanto a culpa na verificação da improbidade. Nesse sentido, ela aduz que

o enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto (DI PIETRO, 2007, p. 762).

Outros autores, entretanto, como Emerson Garcia (2006, p. 251), consideram o dolo como condição sine qua non da improbidade por atentado aos princípios. Ressalta-se que essa posição parece ser a mais correta, pois, para a conduta ser considerada ímproba, é essencial que se tenha a intenção desonesta, que ela seja pautada pela imoralidade. Se não fosse assim, abrir-se-ia uma vasta possibilidade de configuração da improbidade por violação de princípios, visto que na atividade administrativa alguns destes podem não ser observados em virtude da sobreposição de outros, desde que ocorra justificativa no caso concreto. Assim, defende-se que não é possível a caracterização da hipótese do art. 11 por culpa, pois se a intenção desonesta é pressuposto essencial, não pode esta existir sem o dolo.

Dessa maneira, o dolo é necessário, não cabendo culpa na improbidade por violação de princípios. No mesmo sentido posiciona-se Alexandre de Moraes (2005, p. 330), ao elencar os requisitos da configuração da improbidade administrativa.

O primeiro requisito refere-se à conduta dolosa do agente, pois ele deve agir com vontade livre e consciente de realizar o ilícito. Somente a investigação da sua intenção, entretanto, não é suficiente, pois é imprescindível que a vontade seja externalizada por meio de ação ou omissão.

O segundo refere-se à conduta ilícita que, em regra, não gere enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio econômico público. O art. 21, I da Lei 8.429/92 determina que a aplicação

de sanções independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público. Deve-se analisar esse dispositivo com cautela, pois é inconcebível punir alguém se de seu ato não resultam quaisquer danos. Por esse motivo, a doutrina majoritária⁴ entende que a intenção do legislador foi dizer que haverá sanção imposta ao agente mesmo que não ocorra dano material ao patrimônio econômico da Administração Pública. Nessa mesma linha de pensamento, Marcelo Figueiredo (2004, p. 101):

Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material à administração, como também qualquer sorte de lesão ou violação à moralidade administrativa, havendo ou não prejuízo no sentido econômico. De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de ‘corrupção’ (sentido leigo). Muitas dessas práticas revertem em benefício do agente e nem sempre causam prejuízo ‘econômico-financeiro’ à Administração. O dispositivo, ainda, ao não exigir a ‘efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público’ pode levar o intérprete a imaginar que o juiz será obrigado a aplicar as sanções da lei independentemente de dano. Não parece a melhor exegese, como vimos. Já desenvolvemos alhures a idéia de que ao Judiciário é cometida a ampla análise da conduta do agente. Assim, poderá, ao aplicar a pena, dosá-la em função do prejuízo causado ao erário. Nota-se que, ausente qualquer tipo de prejuízo, mesmo moral, seria um verdadeiro ‘nonsense’ punir-se o agente.

Nesse caso, mesmo se o agente praticar ato que atinja os princípios e não cause prejuízo econômico para a Administração Pública, haverá prática da improbidade. Como exemplo é possível citar o inciso I do art. 11: “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência” (BRASIL, 1992). Esse ato pode não resultar em prejuízo financeiro, mas é considerado ímprobo porque fere o patrimônio moral da instituição, que se baseia na honestidade, boa-fé, lealdade, imparcialidade.

O terceiro requisito refere-se à violação dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. A moralidade administrativa, conforme desenvolvido no capítulo anterior, carrega valores de boa-fé, lealdade, honestidade. Da mesma forma, a imparcialidade, honestidade e lealdade são vinculadas aos conceitos de moralidade e probidade. A Lei 8.429/92 assumiu o conceito amplo de honestidade, no sentido de que a conduta parcial ou desleal será desonesta em relação ao interesse público.

O quarto cuida do atentado contra os princípios da Administração. Destaca-se que não se trata apenas dos princípios constitucionais previstos no art. 37, caput, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esse requisito também engloba todos os demais princípios da Administração Pública, dentre eles a supremacia do interesse público,

⁴ Nesse sentido posicionam-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marcelo Figueiredo, Eurico Bitencourt Neto, Mateus Bertocini, Fábio Medina Osório.

razoabilidade, proporcionalidade, presunção de legitimidade, autotutela, continuidade do serviço público.

O quinto informa que deve haver nexo causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da Administração. Alexandre de Moraes (2005, p. 335), explicando esse quinto requisito aduz que: “a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos por improbidade administrativa depende de prévia previsão legal das condutas ilícitas, sob pena de ferimento aos princípios da reserva legal e anterioridade”.

Essa posição deve ser analisada com cautela. Não é possível compatibilizar a natureza aberta dos princípios com a observância da reserva legal e da anterioridade. Relembrando, Barcellos e Barroso (2005, p. 11) afirmam que os princípios “contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações”. Dessa forma, torna-se impossível estabelecer reserva legal e anterioridade para os atos de improbidade administrativa por violação dos princípios, visto que essas ideias são opostas. Tal atitude reduziria a força normativa dos princípios, consagrada pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Bertoncini (2007, p. 158):

(...) em se cuidando de violação a princípio constitucional, não há que se falar em descrição prévia da conduta, diante da natureza própria dos princípios, que não descrevem comportamentos, mas, diferentemente, cuidam de valores fundamentais, que permitem diversos graus de concretização, a serem aferidos, caso a caso, pelo Poder Judiciário.

Além disso, anterioridade e reserva legal são princípios típicos do Direito Tributário e do Direito Penal, cujo postulado básico desse último é a tipicidade. Entretanto, para fins de improbidade administrativa, esses princípios devem ser entendidos de maneira diferente. Segundo Bertoncini (2007, p. 160), é preciso considerar não só as condutas ímprobadas descritas na lei, mas também os princípios. O autor ainda diz que “trata-se, portanto, de uma reserva legal e de uma anterioridade de um ato de improbidade, e não da conhecida reserva e anterioridade penais. Apesar das semelhanças, não são iguais”. Em suma, é necessário ter uma visão ampliada do que trata a lei, não se focando apenas nas condutas descritas no rol exemplificativo do art. 11.

4.2 Ofensa ao princípio da juridicidade

O princípio da legalidade é fundamento do Estado Democrático de Direito. A legalidade em sentido amplo caracteriza o princípio da juridicidade, que pode ser compreendido como o respeito ao sistema jurídico como um todo, envolvendo regras, princípios, valores. A ofensa a esse princípio significa ofensa a qualquer regra ou princípio consagrado no sistema.

No âmbito do direito administrativo, significa dizer que o administrador somente pode fazer o que o direito permite. No que toca à atividade administrativa do Estado, a ofensa a quaisquer dos princípios consagrados por esse ramo do direito, portanto, acarreta ofensa ao princípio da juridicidade.

Mateus Bertoncini (2007, p. 164) ainda acrescenta que juridicidade é um dos fundamentos do binômio legalidade/interesse público que rege toda a Administração Pública no Estado Democrático de Direito. Por isso, toda ação administrativa deve sempre ser informada, formal e materialmente por esse princípio.

Salienta-se, por isso, que o interesse público deve ser buscado ininterruptamente pela Administração Pública em todos os seus atos, ao cumprir seus deveres constitucionais e legais. A atividade administrativa procura sempre a finalidade pública contida na norma, que compõe o mediato interesse público geral, ao qual todos os agentes públicos estão subordinados.

É necessário observar que não é razoável estabelecer irrestrita equivalência entre ilegalidade e improbidade. Seria excessivo afirmar que qualquer ofensa à legalidade possibilitaria a improbidade.

Nesse sentido, Bertoncini (2007, p. 164) defende que “não é possível considerar a ofensa ao princípio da legalidade como causa bastante em si mesma para a caracterização de ato de improbidade administrativa”. Assim, o princípio da legalidade deve sustentar obrigatoriamente todas as ações da Administração, por ser elemento fundamental do regime jurídico administrativo, ao lado do princípio do interesse público.

Para configurar improbidade, além de ilegal, o ato deve ofender a honestidade, a imparcialidade e a lealdade às instituições. Nessa mesma linha de pensamento, destaca-se a afirmação de Costa Neto (2002, p. 355):

Para caracterizar improbidade administrativa decorrente da violação à juridicidade é necessário obedecer fielmente o princípio da proporcionalidade. Infere-se, assim, que a violação do dever de legalidade apta a ensejar a caracterização de improbidade administrativa é aquela acompanhada de deslealdade, má-fé ou desonestidade.

No mesmo sentido posicionou-se o Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

Não se pode confundir mera ilegalidade com a prática de ato de improbidade administrativa. A interpretação da lei deve ser procedida dentro de uma visão sistemática, pelo que somente devem ser tidas como configuradoras de ato de improbidade as ilegalidades que impliquem em ofensa à moralidade administrativa. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Improbidade administrativa, ilegalidade. AC nº. 246206/CE. Primeira Turma. Rel. Des. Federal Castro Meira. 2001.).

Essa posição parece adequada, visto que o princípio da legalidade permite uma interpretação muito ampla. Juarez Freitas (1999, p. 116) também adota esse pensamento ao defender que o atentado à juridicidade deve transgredir os deveres de retidão e lealdade ao interesse público.

O autor ainda argumenta que “o cometimento de uma irregularidade acompanhada pela marca indelével da desonestidade do agente ou deslealdade para com o Poder Público acarreta, em suficiente grau, a violação do princípio constitucional da probidade administrativa” (FREITAS, 1999, p. 117).

Devido à sua amplitude, a legalidade permite punição de praticamente todos os comportamentos por ação ou omissão cometidos no âmbito da Administração Pública. Por isso é preciso prudência e respeito a seus elementos caracterizadores. Se não fosse assim, todo e qualquer ato ilegal ensejaria improbidade administrativa, mesmo quando a própria administração pública utilizasse sua competência para anular seus atos eivados de ilegalidade. Essa errônea concepção conduz ao cerceamento do poder de autotutela da Administração Pública, posto que em vez de anular seus atos ilegais, seria necessário promover a responsabilidade por improbidade dos agentes que os praticaram.

Ainda que o agente tenha intenção de violar um princípio, a conduta deve ser analisada em função das circunstâncias do caso concreto, pois é possível que em alguns casos ocorra o afastamento de regras para aplicação dos princípios. Nesses casos, é necessário investigar as razões dessa escolha, porque é possível haver princípios com valores mais relevantes, que conduziram à inobservância de um em detrimento do outro.

Além disso, meras irregularidades formais não podem configurar ato de improbidade administrativa, apesar de ilegais. Ressalta-se que a improbidade administrativa é um ilícito que sempre deve ser acompanhado de ato desonesto, desleal ou de má-fé do agente público.

Dessa maneira, Bitencout Neto (2005, p. 124) ainda destaca que o ato de improbidade por ofensa ao princípio da juridicidade somente estará configurado se houver conduta dolosa do agente, acompanhada dos valores descritos acima.

Conclui-se que o caput do art. 11 da Lei 8.429/92 permite a configuração da improbidade administrativa por ofensa ao princípio da juridicidade, ainda que não ocorram quaisquer das hipóteses arroladas em seus incisos. Portanto, é necessário que o agente pratique o ato de modo consciente e com desonestidade, má-fé ou deslealdade.

Para que a improbidade seja configurada por atentado aos princípios que regem a Administração Pública, é preciso que essa violação também descumpra a moralidade. No caso da juridicidade, em virtude de sua evolução conceitual, somente ocorrerá a conduta ímproba, se, além de violar o direito, o agente também violar a moralidade, protegida pela Lei 8.429/92.

Ressalta-se que esta é uma norma garante do controle da improbidade administrativa, mas, para que não ocorram excessos ou mesmo antijuridicidade, deve ser interpretada e aplicada com bastante cautela.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, considerando a evolução do Estado, que culminou no Estado Democrático de Direito, a maneira de interpretação e aplicação dos princípios constitucionais foi alterada para reconhecer a força normativa da Constituição.

Com isso, ampliou-se o sentido do princípio da legalidade, que passou a ser compreendida como princípio da juridicidade, o qual determina a observância de todo o ordenamento jurídico, incluindo princípios, regras, valores. Atualmente é exigido que os atos praticados por agentes públicos sejam legítimos, ou seja, estejam em consonância com todo o sistema jurídico vigente. A ofensa a esse princípio significa ofensa a qualquer regra ou princípio consagrado no sistema.

Nesse cenário, é possível a caracterização da improbidade administrativa por atentado ao princípio da juridicidade, o que amplia as hipóteses de improbidade. Entretanto, essa posição deve ser analisada com prudência. Para tanto, torna-se necessária a presença do animus do agente, pois somente será considerado ato ímprobo aquele eivado de desonestidade, de imoralidade e de má-fé. É imprescindível que a conduta do agente seja pautada pelo dolo.

Nesse caso, em virtude da evolução conceitual da juridicidade, somente ocorrerá a conduta ímproba, se, além de violar o direito, o agente também violar a moralidade, protegida pela Lei 8.429/92.

Enfim, não se propõe, com esse artigo, uma ampliação desmedida das hipóteses de improbidade por simples violação à juridicidade. Ao contrário, pensamos que é impossível aceitar a ideia de equivalência entre antijuridicidade e improbidade administrativa. A violação da juridicidade somente será considerada ímproba se for acompanhada da intenção desonesta do agente.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito** / Robert Alexy: organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 2.ed – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Improbidade administrativa, ilegalidade. AC nº. 246206/CE. Primeira Turma. Rel. Des. Federal Castro Meira. 2001. Disponível em <<http://www.trf5.gov.br>> Acesso em 10/08/2015.

BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In: **Interpretação Constitucional**. São Paulo, 2010, p.271.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. In: Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador: março/abril/maio, 2007.

BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 10/08/2015.

BRASIL. Lei 8.429 de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm> Acesso em 10/08/2015.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.
- OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2004.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. São Paulo: Atlas, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e; SILVA FILHO, Nívio de Freitas; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Improbidade administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SILVA, Enio Moraes. O Estado Democrático de Direito. **Revista de informação legislativa**, v. 42, n. 167, p. 213-229, jul./set. 2005. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/794> Acesso em 10/08/2015.