

**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



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

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: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E CRÍTICA

ADMINISTRATIVE MISCONDUCT: A HISTORICAL AND CRITICAL ANALYSIS

Flávia Campos Pereira
Talles Oliveira Dantas Pinto

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar a responsabilização do agente público e terceiros por atos de improbidade administrativa. Buscou-se analisar o aspecto histórico do instituto juntamente com o tratamento dado pela doutrina do Direito Administrativo, para se obter um conceito do que vem a ser a improbidade administrativa. Questiona-se a origem da Lei n.º 8.429/92 numa perspectiva de legislação simbólica, visto que seu projeto de lei não alterava consideravelmente as legislações já existentes. Em seguida, busca-se analisar o caráter amplo dos atos de improbidade administrativa que ferem os princípios da Administração Pública, caráter este que pode ser restringido em virtude da necessidade de dolo na prática de tais atos. Por último, analisa-se a efetividade da responsabilização por meio da Lei de Improbidade Administrativa, como forma de garantir o Direito Fundamental à Boa Administração, chegando-se à conclusão de que esta não gera os efeitos pretendidos, podendo ser considerada uma forma de encriptação do poder, sem efetividade no combate aos atos de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa, Lei n.º 8.429/92, Legislação simbólica, Direito à boa administração, Encriptação do poder

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of this paper is to analyze the accountability of the public worker and of private people for acts of administrative misconduct. The goal is to analyze the historical aspect of the institute together with the treatment given by the doctrine of Administrative Law, to obtain a concept of misconducts acts. It questions the source of Law n° 8.420/92 at a perspective of symbolic legislation, since his bill didnot change the existing laws. After this, it tries to analyze the amplitude at the concept of acts of improper conducts against the principles of public administration, with can be reduced by the needed of fraud in that acts. Lastly, it analyze effectiveness of the accountability by the Misconduct Administrative Law, to guarantee the fundamental right to good administration, concluding that the law does not generate the desired effects, been considered a form of encryption of the power, ineffectiveness in combating acts of administrative misconduct.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative misconduct, Law n° 8.429/92, Symbolic legislation, Right to good administration, Encryption of the power

INTRODUÇÃO

O texto pretende estabelecer um paralelo entre as diversas formas de responsabilização do agente público e terceiros envolvidos no trato da coisa pública, ao longo dos anos. Buscou-se traçar um panorama histórico a respeito do surgimento da Lei nº. 8.429/92, que elencou quais as hipóteses de improbidade administrativa e as inovações delas advindas, comparando-as com as formas punitivas anteriormente previstas.

Nesse rumo, procurou-se analisar sistematicamente o tratamento que a doutrina dá ao tema para, dessa forma, comparar se, de fato, a LIA representou alguma inovação no sistema jurídico brasileiro, bem como em qual medida se deu. Isso por um olhar iconoclasta sugerido por Carlos Ari Sunfeld, em *Direito Administrativos para Céticos* (SUNFIELD, 2014).

Igualmente, objetivou-se analisar o comprometimento da LIA em relação à concretização dos interesses públicos primários, delimitados por Alessi (ALESSI, 1949), e, nessa abordagem, perquiriu-se qual a forma de controle realizada pela Lei nº. 8.429/92 e se sua aplicação ao longo desses vinte dois anos permitiu que ela deixasse de ser uma legislação simbólica (NEVES, 2007) passado a contribuir para o Direito Fundamental à Boa Administração (FREITAS, 2009).

Por fim, almejou-se estabelecer uma comparação entre a LIA e a sua aplicação no direito brasileiro diante da concepção sustentada por Gabriel Méndez Hincapié e Ricardo Sanín Restrepo de que quando o cidadão não recebe instrumentos para compreender as leis e utilizar os instrumentos por elas disponibilizados, fica impedida uma interação política direta, participativa e democrática.

2 O INSTITUTO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA REVELADO PELA DOUTRINA ADMINISTRATIVISTA

O instituto da improbidade administrativa consagrado na Lei nº. 8.429/92 é um tema relevante sobre o qual todos os manuais de direito administrativo tratam, em maior ou menor grau de profundidade.

Porém, em medida inversamente proporcional à relevância do tema, os livros de referência de grande aderência no universo das Faculdades de Direito e, em geral, adotados por aqueles que atuam diretamente com o assunto não se atentam em tratar o assunto com os olhos voltados para novas perspectivas, mantendo-se presos às premissas historicamente

inerentes ao Direito Administrativo, sem permitir uma análise crítica e com vistas a atingir o real objetivo da norma¹.

José dos Santos Carvalho Filho² conceitua a ação de improbidade administrativa, afirmando que

É aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade.

Marçal Justen Filho³, por sua vez, não conceitua ação de improbidade administrativa, mas a define como “a ação ou omissão violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, que acarreta a imposição de sanções civis, administrativas e penais, de modo cumulativo ou não, tal como definido em lei”.

Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴, Hely Lopes Meirelles⁵ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶, em suas obras, não trazem um conceito específico para o ato de improbidade administrativa nem para a ação, mas travam alguma discussão a respeito.

A primeira propõe uma relevante ligação entre a improbidade e a moralidade administrativa. Para a autora⁷

Não é fácil estabelecer a distinção entre *moralidade administrativa* e *probidade administrativa*. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de **honestidade** na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que

¹ Nesse exato sentido, Carlos Ari Sunfeld adverte que “uma característica dos livros de referência, onde se aprendem as coisas básicas sobre qualquer área do Direito, é que o estilo oculta sua principal função: a de *caixa de ferramentas*. O estilo é o da exposição sistemática científica, em que classificações e conceitos se encadeiam, tudo pressupondo coerência e certeza. O direito desses livros não comporta, em si, soluções opostas para uma mesma dúvida” (SIC). p. 45.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1059.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1083.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros: 2013.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

⁷ DI PIETRO, op. cit., 2012, p. 816.

assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.

O segundo, relaciona a improbidade administrativa ao “Direito Administrativo sancionador”, afirmando que o regime jurídico brasileiro traz um conjunto de leis cujas normas se aproximam do Direito Penal. Segundo ele, “esse conjunto busca a punição de condutas lesivas ao dever de probidade e contrárias aos princípios, especialmente o da moralidade”⁸. Como integrantes deste conjunto de leis, ele cita a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), a Lei de Ação Popular e a Lei 12.846/2013 (LAC).

Moreira Neto⁹, na mesma esteira de Di Pietro, adverte sobre a obrigação de probidade que aqueles que se sujeitam a LIA possuem, afirmando que o dever de probidade administrativa vem a ser a particularização do dever ético geral de conduzir-se honestamente (*honeste vivere*).

Diante desse panorama, ainda que analisado apenas parte (expressiva) da doutrina administrativista, pode-se concluir que, apesar de nem todos os autores terem apresentado um conceito expreso sobre a improbidade administrativa, é possível perceber que, de modo geral, todos eles associam a improbidade administrativa à ideia de moralidade, de lealdade, de ética, além, claro, de ilegalidade. São uníssonos ao afirmar que a partir do momento em que o agente público ou um terceiro atuam de maneira imoral ou ilegal, cabível será a ação de improbidade administrativa.

3 LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (N.º. 8.429/92): UM BREVE APANHADO HISTÓRICO.

Conforme explicitado, a improbidade administrativa está inarredavelmente associada à ideia de moralidade administrativa, muito embora também tenha relação direta com outros princípios e regras do Direito Administrativo.

Entretanto, neste ponto específico, é preciso perquirir até que ponto a edição da Lei n.º 8.429 representou um avanço no combate da imoralidade administrativa e quais as inovações foram promovidas e em qual momento históricos editada.

Essa observação se mostra relevante na medida em que os manuais de referência não analisam quais as mudanças práticas foram acrescentadas pela lei, quais os fatos históricos que ensejaram a sua criação e, principalmente, se a interpretação conferida à Lei n.º. 8.429/92

⁸ MEIRELLES, op. cit., 2013, p. 128.

⁹ MOREIRA NETO, op. cit., 2009, p. 359.

tem sido suficiente para atingir os objetivos para os quais foi pensada. Quando muito, correlacionam a LIA a ordem constitucional instaurada pela CR/88¹⁰.

Sem pretender fazer um estudo histórico aprofundado, depreende-se que antes da promulgação da Lei n.º 8.429/92, três leis tratavam de atos ilícitos cometidos por servidores ou empregados públicos que gerassem enriquecimento ilícito: a Lei n.º 3.164/56, a Lei n.º 3.502/58 e o Decreto-Lei n.º 359/68, tendo as duas primeiras sido expressamente revogadas pelo art. 25 da LIA.

Em linhas gerais, estas três leis tratavam dos casos de locupletamento ilícito por influência ou abuso de poder, que poderiam levar ao sequestro e ao perdimento de bens, não sendo as demais formas que hoje conhecemos, de improbidade, abrangidas por elas.

Ocorre que com o advento da nova ordem constitucional democrática imposta pela Constituição de 1988, o princípio da moralidade passou a integrar expressamente o rol de princípios a serem observados no âmbito da Administração Pública (art. 37, *caput*), de modo a se instaurar um grande debate a respeito de sua real extensão.

Mas, ainda que tal princípio tenha sido erigido à esfera constitucional pela Constituição Cidadã, bem como o art. 37, §4º, da CR/88 tenha previsto que “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”, conforme se pretende demonstrar, não foi essa a causa principal para o surgimento da Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, a Lei n.º 8.429/92 surge em um momento extremamente conturbado no cenário político brasileiro, quando em 7 de agosto de 1991, por meio da Mensagem n.º 406/91,¹¹ o Poder Executivo encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 1.446/91, que visava estabelecer o procedimento para suspensão de direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta e fundacional.

À época, o Governo sofria diversas denúncias de corrupção, que acabaram levando ao *impeachment* do então Presidente da República Fernando Collor de Mello, em 29 de dezembro de 1992, o que gera profunda surpresa ao se verificar que este mesmo Poder Executivo propôs um projeto de lei que buscava combater determinados atos de corrupção.

¹⁰Maria Sylvia Zanella di Pietro, por exemplo, atribui a edição da LIA ao fato de a moralidade administrativa ser erigida a princípio constitucional.

¹¹CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário do Congresso Nacional, ANO XLVI - Nº 99. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17AGO1991.pdf#page=68>. Acesso em: 15 jan. 2015.

Na realidade, a propositura do Projeto de Lei em um momento que a conjuntura política se mostra extremamente frágil e desacreditada leva a um importante questionamento: qual a real razão político-legislativa ensejou tal iniciativa.

E essa pergunta se mostra mais relevante ao se fazer uma comparação entre o Projeto n.º 1.446/91 e as mencionadas leis já existentes à época (Leis n.º 3.164/56 e n.º 3.502/58 e Decreto-Lei n.º. 359/68). Isto porque é possível perceber que o projeto apresentado pelo executivo apenas aumentou o rol de espécies de sanções aplicáveis aos casos de enriquecimento ilícito, visto que antes eram previstas tão somente o sequestro¹², o perdimento de bens¹³ e o confisco¹⁴, e o projeto de lei criou hipóteses de perda de função, suspensão de direitos políticos, entre outros, amoldando-se ao comando da CR/88.

De forma direta, percebe-se que o projeto apresentado pelo Executivo em nada contribuiu para impor mais rigor ao combate à imoralidade administrativa e à corrupção, eis que apenas incrementou algumas hipóteses de punição, mas sem alargar as situações ilegais e ímprobas.

Porém, ao ser apresentado na Câmara dos Deputados, o projeto de lei sofreu 302 (trezentas e duas) emendas; recebendo um substitutivo ao chegar no Senado Federal; e, voltando para a Câmara dos Deputados, sofreu mais emendas, para depois ser enviado ao Presidente da República¹⁵. Assim, o referido projeto de lei apresentado pelo Executivo, sofreu tantas alterações que nada tem a ver com seu resultado, a Lei n.º 8.429/92.

3.1 ORIGEM E APLICAÇÃO NUMA PERSPECTIVA DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA?

Inegavelmente, a Lei de Improbidade Administrativa foi pensada e gestada em um momento de crise política e, nessa perspectiva, pode-se sustentar que a sua elaboração se deu com o objetivo principal de reforçar a confiança no sistema jurídico-político contestado.

Marcelo Neves¹⁶, citando Murray Edelman, fala sobre a política simbólica, afirmando que

Os atos políticos simbolizam para a massa dos espectadores tanto tranquilização quanto ameaça, mas a política simbólica serve antes à

¹² Art. 1º da Lei n.º. 3.164/56 e art. 1º da Lei n.º. 3.502/58.

¹³ Art. 1º da Lei n.º. 3.164/56 e art. 1º da Lei n.º. 3.502/58.

¹⁴ Art. 1º do Decreto-Lei n.º. 359/68.

¹⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de leis e outras proposições. Projeto de Lei n.º 1.446/91. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>. Acesso em: 15 jan. 2015.

¹⁶ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 24.

harmonia social, reduzindo as tensões e, portanto, desempenhando primariamente uma função aquietadora do público.

Depois, ao tratar da legislação simbólica, o autor afirma que esta seria a produção de leis que teriam finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico, ou seja, existiriam leis que desde sua edição não teriam como função alcançar inovações concretas no ordenamento jurídico, mas uma função política.

O autor, então, utilizando-se do modelo sistematizado por Harold Kindermann afirma que o “conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) confirmar valores sociais, b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios¹⁷”, afigurando-se pertinente ao presente estudo a segunda espécie de legislação simbólica analisada por ele, qual seja, a legislação-álibi.

Como dito, o Projeto de Lei n.º 1.446/91 surgiu em um momento conturbado na política, o Poder Executivo era alvo de denúncias de corrupção e perdia a confiança da população. Era necessário, então, que o Governo recuperasse essa confiança perdida, mostrando ao povo que poderia ser um Governo confiável, que não só não praticava atos de corrupção, como, ao contrário, esforçava-se para punir tais atos.

O projeto de lei proposto, no entanto, pouco acrescentou às normas já vigentes, visto que, igualmente, apenas pretendeu combater as ações que causavam enriquecimento ilícito, não abrangendo outras formas de atuação contrárias à Administração Pública.

Neves¹⁸ afirma que

Quando, porém, a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica.

Não há dúvida de que o projeto de lei, por pouco acrescentar ao ordenamento jurídico em comparação à legislação já existente, surge com clara intenção de legislação simbólica.

Afinal, a legislação-álibi, assim como o projeto inicial, tem como objetivo aumentar a confiança do cidadão no Governo, buscando satisfazer suas expectativas diante de

¹⁷ NEVES, op. cit., 2007, p. 33.

¹⁸ NEVES, op. cit., 2007, p. 33.

determinadas situações, sem, em contrapartida, representar uma real inovação legislativa ou possuir alguma eficácia.¹⁹

No entanto, ao chegar ao Poder Legislativo, o projeto de lei sofreu diversas alterações, passando, aí sim, a inovar no ordenamento jurídico, visto que, além dos atos que causam enriquecimento ilícito, passaram a sancionar os atos que causam lesão ao erário e os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Sendo assim, pode-se afirmar que, embora esta norma tenha surgido como uma forma de legislação-álibi, com o objetivo de resposta à pressão popular gerada pelas denúncias que o Governo sofria, as emendas e os substitutivos deram efetivo resultado à lei, fazendo com que perdesse o seu caráter de “hipertrofia da sua função simbólica em detrimento da concretização normativa do respectivo texto legal”²⁰, passando a ter efetividade no mundo jurídico, satisfazendo um pouco o clamor popular pela moralização da Administração Pública.

Contudo, é possível discutir se todas estas alterações dadas pelo Poder Legislativo fizeram com que a Lei, que antes não teria efetividade, passasse a ter uma amplitude maior do que se desejava, principalmente em virtude da previsão dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Investiga-se, pois, as formas de improbidade administrativa para, em seguida, analisar a sua efetividade.

3.2 ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A referida lei traz, nos artigos 9º, 10 e 11, as três formas de atuação que podem levar a uma ação de improbidade administrativa, podendo ser, respectivamente, atos que importam enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou atentar contra princípios da Administração Pública.

O presente trabalho buscará analisar especificamente os atos de improbidade abrangidos no art. 11 da lei, pois, conforme será apresentado, cabe discussão se esta espécie de ato de improbidade pode ser muito ampla, em virtude da possível indeterminação gerada pela expressão “princípios da Administração Pública”.

¹⁹ Neves, inclusive, afirma que “Em face da insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou da emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, em regra, seja improvável que a regulamentação normativa possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atividade legiferante serve como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado.” (p. 37)

²⁰ NEVES, op. cit., 2007.

Marçal Justen Filho²¹, inclusive, chama a atenção para essa possível amplitude, afirmando que “no art. 11, há uma definição ampla, que exige interpretação restritiva, sob pena de transformação de qualquer infração em ato de improbidade”.

3.3 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O art. 11 da Lei n.º 8.429/92 traz a previsão dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, citando as ações e omissões que violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

É importante salientar que essa relação de princípios que foram enumerados no caput do art. 11 não espelham todos os princípios aplicáveis à Administração Pública, portanto, pode-se concluir que são princípios enumerados aleatoriamente, sendo que o dispositivo busca alcançar todos os princípios, e não apenas este pequeno rol. José dos Santos Carvalho Filho²² afirma que “na verdade, o legislador disse menos do que queria”.

Além disso, o artigo relaciona diversas condutas que podem ser consideradas atos de improbidade contra os princípios da Administração Pública, mais uma vez, de acordo com a doutrina administrativistas, esse rol de condutas é meramente exemplificativo, sendo que outras condutas, não previstas na lei, podem ser consideradas atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito.

3.4 CARÁTER AMPLO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Carlos Ari Sundfeld²³, no seu Direito Administrativo para Céticos, critica o uso dos princípios do Direito Administrativo, principalmente daqueles que ele chama de hiperprincípios, que são considerados pela doutrina como fundamentos para todo o Direito Administrativo.

O autor entende que, em geral, os princípios são muito vagos. Afirma que “no mundo jurídico prático, citar hiperprincípios é, em geral, o melhor modo possível de trapacear. Um truque para esconder a falta de fundamento dos pedidos, o puro voluntarismo na tomada de

²¹ JUSTEN FILHO, op. cit., 2014, p. 1099.

²² CARVALHO FILHO, op. cit., 2012, p. 1073.

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2014.

decisões e até a mais descarada violação de normas”. Ele diz ainda que “na prática jurídica nunca aceite hiperprincípio no lugar das detalhadas normas jurídicas vigentes”²⁴.

Para ele, pelo fato de os princípios serem vagos, indeterminados, acabam justificando qualquer tipo de decisão; o julgador acabaria, assim, podendo motivar qualquer tipo de decisão com base em princípios do Direito Administrativo. Ele cita²⁵ a Lei n.º 8.429/92, com relação aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios como exemplo desta amplitude:

Esse texto, aparentemente inócuo para inibir comportamentos, por conta da extrema vagueza do que se estava considerando ilícito, acabou servindo, no decorrer dos anos, como fundamento da maior parte das ações de improbidade propostas (...).

3.5 EXIGÊNCIA DE DOLO

Apesar de alguns autores alegarem a amplitude do conceito de atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública, tanto a doutrina quanto a jurisprudência esclarecem que para que um ato seja caracterizado como ato de improbidade é necessário um elemento subjetivo reprovável. Sendo assim, só será ato de improbidade administrativa quando o dolo estiver caracterizado na conduta.

Marçal Justen Filho²⁶ afirma que

Não se admite infração de improbidade, subsumível ao art. 11, sem um elemento de dolo. A atuação culposa é insuficiente – o que, insista-se, não equivale a afirmar a regularidade dela. É perfeitamente possível, senão obrigatório, punir condutas irregulares ilícitas praticadas por agentes estatais. Mas isso não autoriza a impor sanção de improbidade para toda e qualquer conduta administrativa irregular. A tanto se opõe o princípio da proporcionalidade.

Como visto no exame da doutrina acerca do tema, Hely Lopes Meirelles inclui a Lei n.º 8.429/92 dentro do que ele chama de Direito Administrativo sancionador. Para ele, esta lei e outras normas (como a Lei da Ação Civil Pública e da Ação Popular) devem ser

²⁴ SUNDFELD, op. cit., 2014, p. 186.

²⁵ SUNDFELD, op. cit., 2014, p. 214.

²⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., 2014, p. 1100.

interpretadas com base nos princípios do Direito Penal, como o princípio da culpabilidade, que determina que a punição ou a sanção só tem base constitucional para a conduta dolosa ou culposa. Para o autor²⁷, portanto,

Na esfera do Direito Administrativo sancionador, a pena do *agente* ou do *terceiro* com base nas leis acima citadas não pode decorrer de conduta culposa, na medida em que esse conjunto de leis tem por finalidade punir o administrador ímprobo, desonesto, ou seja, aquele que atentou contra a “probidade na administração” (CF/88, art. 85, V), não o que agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

Nesse sentido, de que é necessária a comprovação do dolo para que o ato seja considerado ato de improbidade administrativa, podemos encontrar várias decisões:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR AGENTE PÚBLICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N.º 07/STJ. DESPACHO QUE RECEBE A INICIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO PREVISTO NO ART. 17, § 10 DA LEI 8429/92.

(...)

3. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum granu salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.

4. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

5. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no

²⁷ MEIRELLES, op. cit., 2013, p. 129.

acórdão recorrido.(...) (Resp n.º 841.421; Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma)²⁸.

Sendo assim, não se pode falar em amplitude da Lei de Improbidade Administrativa no que toca aos atos que ferem os princípios da Administração Pública, visto que é exigível a conduta dolosa, a má-fé do administrador. E se o agente público age com má-fé na administração da coisa pública, nada mais sensato que ele tenha que responder à ação de improbidade administrativa.

4 DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO E A EFETIVIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DOS CONCEITOS DE DEMOCRACIA CONTESTATÓRIA DE PHILIP PETTIT E SOCIEDADE DIALÓGICA DE JÜRGEN HABERMAS

Delimitada as formas e interpretações da improbidade administrativa, é possível se questionar se a forma como a LIA é aplicada se mostra efetiva, ou seja, se atinge as finalidades para as quais foi pensada e, principalmente, se abarca os interesses daqueles que detém legitimidade direta para exigir da Administração Pública a execução de serviços públicos de qualidade sem que haja violação à moralidade Administrativa.

É bem verdade que consoante a teoria defendida por Marcelo Neves o que torna a legislação simbólica não é a sua efetividade, mas a sim a sua eficácia. Ou seja, uma vez que a lei proposta gera o mínimo de eficácia, estar-se-ia diante de uma hipótese de uma legislação não simbólica.

Em suas palavras²⁹:

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata ‘se-então’ da ‘norma primária’ e da ‘norma secundária’ (programação condicional) não se concretiza regularmente. Não é suficiente a não-realização do vínculo instrumental ‘meio-fim’ que resulta abstratamente do texto legal (programa finalítico) para que venha discutir-se sobre a função hipertrofiante simbólica de uma lei. Sendo

²⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n.º 841.421. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julg. 22 maio 2007.

²⁹ NEVES, op. cit., 2007, p. 51.

eficaz, ou seja, regularmente observada, aplicada, executada ou usada (concretização normativa do texto legal), embora inefetiva (não-realização dos fins), não cabe falar de legislação simbólica.

Contudo, afigura-se evidente que nem toda lei que produz os mínimos efeitos – tal como, indiscutivelmente é o caso da Lei nº. 8.429/92 – gera efeitos relevantes a transformar a realidade social, afinal, a sua simples aplicação não é suficiente para atingir os objetivos por ela previstos.

Nesse tocante, é de se questionar se a reiteração da ausência dos efeitos para os quais foi criada não implica, de certo modo, a sua classificação como legislação simbólica. E, além disso, se, mesmo sendo eficaz, é capaz de “contribuir formalmente para maior efetividade dos direitos por ela regulados”³⁰, e conseqüentemente, se a lei está apta a assegurar o direito fundamental à boa administração na perspectiva defendida por Juarez Freitas³¹:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

É que, na ideia defendida pelo Marcelo Neves,

“o efeito básico da legislação como fórmula de compromisso dilatório é o de adiar os conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes. A ‘conciliação’ implica a manutenção do status quo e, perante o público-espectador, uma ‘representação’ / ‘encenação’ coerente dos grupos políticos divergentes”.

Nesse contexto, afigura-se legítima a afirmação de que para ser considerada uma legislação não simbólica a lei precisa ser eficaz e também concretizar de forma satisfatória as finalidades para as quais foi idealizada, sob pena de se incorrer na mesma inefetividade da

³⁰HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. São Paulo: Loyola. 2006

³¹ FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental a Boa Administração Pública. Malheiros, 2009, p.22.

legislação simbólica de Neves. Afinal, não basta que seja adequada à resolução de determinado problema social se não for aplicada de forma a assim permitir.

Marinella Machado Araújo, afirma que “o controle processual e democrático da aplicação de leis ou, no caso, da execução de políticas públicas é tão importante quanto à produção legislativa ou a elaboração dessas políticas”, de modo que “não são as leis que concretizam os direitos por elas garantidos, mas as ações (do Estado, dos indivíduos) que as executam”³².

Em relação à LIA, conforme abordado, a sua finalidade precípua foi de preservar a moralidade administrativa, a fim de garantir uma Administração Pública proba e preocupada com aqueles interesses públicos primários defendidos por Renato Alessi, o que notadamente não se solucionou, mesmo depois de mais de 20 anos de vigência.

E mais, percebe-se que, além de não ter solucionado esse objetivo inicial, a LIA não se mostra apta a resolver outro desafio hodierno consistente na necessidade de construção de uma sociedade dialógica como forma de legitimar a ação do Estado.

Nesse sentido, Habermas afirma que

em estados democráticos e plurais, a efetividade de direitos é proporcional à legitimidade popular porque reforça a relação de identidade entre juízos de justificação que fundamentam a produção legislativa e interesse público manifestado nas esferas públicas. E, ao fazê-lo, amplia a força normativa da lei. A ideia de representatividade sobre a qual se estrutura o poder político no Estado de Direito, em sua origem liberal, é insuficiente tanto para garantir a diversidade social, econômica e cultural dos interesses que sustentam cada cidadão, quanto para sustentar o respeito à diferença sobre o qual se erige o significado de igualdade em democracias plurais. Por isso, é preciso garantir que a construção dessa legitimidade seja procedimental, e não episódica³³.

O que, igualmente, Philip Pettit afirma ser a democracia contestatória que refere-se a

³²ARAÚJO, Marinella Machado. Participação popular, função legislativa e função executiva: a contribuição da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte. 2010. 20 anos da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte.

³³ARAÚJO, Marinella Machado. Participação popular, função legislativa e função executiva: a contribuição da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte. 2010. 20 anos da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte **citando Habermas.**

Meios utilizados pelas autoridades, sejam elas governamentais ou legislativas, para consultar a sociedade civil organizada quando da tomada de decisões políticas, com o fim de garantir que as decisões tomadas estejam em consonância com o interesse comum dos cidadãos destinatários dessas ações. Essas formas são importantes na democracia contestatória porque contribuem para garantir que o interesse comum seja, de fato, um interesse a ser efetivado pelas políticas públicas, pelas tomadas de decisão dos governos”³⁴.

Com efeito, a forma como a LIA é interpretada pelos doutrinadores e pela jurisprudência não se mostra apta a atingir esses efeitos desejáveis de interlocução entre a Administração Pública e os destinatários da norma, ainda que, de certo modo, possam representar à administração a prática de atos de improbidade (art. 14, caput, da Lei nº. 8.429/92).

Demonstrou-se, nesse sentido, a apuração da improbidade de forma atrelada a requisitos formais. Ainda que se admita a responsabilização do agente público pela violação de princípios, nota-se que, mesmo nesse caso, a aferição do ato é associada a questões contábeis, por exemplo.

Não raras vezes a improbidade está dissociada da análise da eficiência do administrador público. Aliás, nesse sentido, o próprio art. 5º da LIA não mencionou o princípio da eficiência como de imprescindível observância, de modo a inviabilizar que no curso de ação de improbidade se afira se o interesse primário foi ou não atingido em determinado concreto.

Não se quer dizer que os atos contrários às regras gerais de orçamento e finanças não devam ser observados, mas sim que se limitar à análise nessa perspectiva não se concretiza de forma eficiente as finalidades da lei.

Revela-se, portanto, um empecilho para que se concretize o direito fundamental à boa administração defendido por Juarez Freitas. Isso porque se a efetivação desse direito pressupõe a “criatividade, inovação, resistência às pressões espúrias do imediatismo” em busca da eficiência o seu controle também se mostra prejudicado.

³⁴PETTIT, Philip. Teoria da Liberdade. Belo Horizonte. Del Rey. 2007. **Citado no livro da Marinella ARAÚJO. Marinella Machado. Participação popular, função legislativa e função executiva: a contribuição da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte. 2010. 20 anos da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte.**

Conforme leciona o autor³⁵ “a discricionarietà administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública”.

Esse conceito trabalhado por Juarez permite inferir que somente é legítimo aquele ato (discricionário) que se destina, no caso concreto, a encontrar a melhor solução, com base em razões de fato e de direito que justifiquem a tomada de decisão pela Administração.

E, nesse aspecto, com certa frequência se depara com decisões no sentido de que a má gestão da verba pública isoladamente não configura ato de improbidade, pois (teoricamente) a lei não pretendeu punir o administrador inábil, mas sim aquele ímprobo.

As ações do Estado e, principalmente, as políticas públicas devem estar alinhadas aos anseios sociais (inclusive das minorias), num constante diálogo a fim de se garantir que o ato administrativo atinja os interesses dos destinatários das ações estatais. Dessa forma, revelam-se contrários ao direito (princípio da juridicidade) todos aqueles atos praticados em desacordo com essa premissa.

Sintonizada a essa ideia, é o pensamento de Juarez Freitas que afirma que todos os atos administrativos são controláveis e que toda conduta administrativa, seja ela vinculada ou discricionária, só se legitima se imantada pelo primado dos princípios constitucionais em conjunto, sob pena de se permitir a discricionarietà sem freios.

5 ENCRIPTAÇÃO DO PODER

Gabriel Méndez Hincapié e Ricardo Sanín Restrepo tratam no seu texto “La Constitución Encriptada: Nuevas formas de emancipación del poder global”³⁶ do que eles denominam encriptação do poder. Para eles, a ideia de democracia é utilizada como encobridora de dispositivos que têm com função excluir o cidadão, o povo, como forma de garantir o poder.

³⁵ FREITAS, op. cit., 2009, p.24.

³⁶HINCAPIÉ, Gabriel Méndez y RESTREPO, Ricardo Sanín. LA CONSTITUCIÓN ENCRIPATA: Nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derecho Humanos y Estudios Sociales**. Año IV No. 8 Julio-Diciembre 2012, p. 97-120. Disponível em < <http://www.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/N%C3%BAmero%208/Redhes8-05.pdf>>. Acesso em 15 janeiro 2015.

Además, la constitución encriptada permite descubrir la vía para la emancipación del sujeto político excluido, el pueblo oculto, por medio de un amplio programa de investigación y acción política encaminado a la descryptación de las constituciones y sus copias inmaculadas en las máximas instancias del poder local y mundial (p. 97).

Ao analisar superficialmente a Lei de Improbidade Administrativa, como o faz a maioria da doutrina administrativa, seria possível se falar na norma como um instrumento à disposição do cidadão para o combate aos atos ímprobos.

No entanto, a análise aprofundada do tema mostra que a referida lei não possui a efetividade necessária para alcançar esse objetivo, o que faz com que o cidadão não possua instrumento para o combate às atuações ímprobos dos administradores públicos.

Isto porque, de forma implícita, muitas vezes a legislação é criada de forma tão técnica que impede que os próprios cidadãos participem da concretização de suas finalidades. E, em certa medida, é interpretada de modo a impedir a aplicação de todas as dimensões possíveis, sendo, pois, um empecilho para que seja efetividade, pois depende de um restrito grupo de pessoas que tenha pleno acesso à lei para que seja implementada.

Nesse rumo de ideias, pode-se afirmar que a interpretação conferida à LIA diversas vezes não permite que seja um instrumento hábil para se combater os atos administrativos ímprobos. Pois, a despeito de não possuir uma linguagem que restringe o acesso, tem-se exigido para sua aplicação requisitos não existentes na lei, como por exemplo, o dolo em determinados casos e, em outros, a alegação de que a “violação aos princípios da administração” sé um termo muito amplo, o que impede a sua ampliação generalizada.

Em última análise, o que se percebe é uma forma de encriptação do poder, eis que a forma como é interpretada e aplicada a LIA impede de maneira notável que sejam atingidos os objetivos para os quais foi criada, sendo, sobremaneira, um empecilho para concretização de um Estado plenamente democrático, na esteira do que defendido por Sanín e Hincapíe.

6 CONCLUSÃO

A improbidade administrativa, vista como a ação ou omissão violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública é tratada pela Lei n.º 8.429/92, a conhecida Lei de Improbidade Administrativa (ou LIA). Parcela significativa da doutrina

administrativista se debruça nos estudos desta matéria, no entanto, apenas de maneira superficial, sem se adentrar na origem e nos efeitos desta.

A lei de improbidade administrativa surge em um conturbado momento político, em que o Governo Collor sofria reiteradas denúncias de corrupção. O Poder Executivo apresenta, neste momento, o Projeto de Lei n.º 1.446/91, que trazia algumas novas sanções para os atos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, no entanto, em análise de todos os dispositivos do referido Projeto de Lei, percebe-se que este não trazia mudanças significativas, o que justifica o entendimento de que, em princípio, a intenção seria menos uma lei eficaz, e mais uma forma de aumentar a confiança no cidadão no Governo em questão. É o que Marcelo Neves denomina de legislação-álibi, uma espécie de legislação simbólica. No entanto, no Poder Legislativo, o referido projeto de lei sofre inúmeras alterações, fazendo com que fossem sancionadas outras espécies de atos de improbidade, tentando aumentar, dessa forma, a efetividade da norma.

Uma das alterações significativas entre o Projeto de Lei n.º 1.446/91 e a redação final da Lei n.º 8.429/92 foi a inserção dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, o que leva a questionar, com base nos argumentos de Carlos Ari Sundfeld, se a amplitude dos princípios não faria com que a LIA se tornasse extremamente vaga, passível de atacar atos que não deveriam ser encarados como atos de improbidade administrativa. Entretanto, percebe-se que a exigência de dolo para a configuração de um ato de improbidade faz com que essa amplitude que Carlos Ari Sundfeld cita seja diminuída, visto que para a configuração de um ato de improbidade vai ser sempre necessária a comprovação do elemento subjetivo.

Entretanto, percebe-se que apesar de ter perdido o caráter de legislação simbólica, visto que a lei teve um mínimo de efetividade, é possível perceber que sua aplicação não consegue, por si só, alcançar o objetivo de eliminar os atos de improbidade e garantir o direito fundamental à boa administração. Além disso, não proporciona o acesso aos reais destinatários do instrumento que a norma traz, ou seja os próprios cidadãos, visto que a atuação destes se limita à representação à autoridade competente do conhecimento de um ato de improbidade.

Por fim, pelo fato de a Lei de Improbidade Administrativa não gerar os efeitos pretendidos, pode se afirmar que estamos vislumbrando uma forma de encriptação do poder, em que o cidadão acredita possuir um efetivo instrumento de combate aos atos de improbidade, mas, no final, tal instrumento não é adequado para seu objetivo, visto que não possui efetividade.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Direito Administrativo*. Milano: A. Giuffrè, 1949. 2v
- ARAÚJO, Marinella Machado. *Participação popular, função legislativa e função executiva: a contribuição da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte*. 2010. 20 anos da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n.º 841.421. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux. Julg. 22 maio 2007.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial n.º 604.151. Primeira Turma. Relator: Min. José Delgado. 25 abr. 2006.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Diário do Congresso Nacional, ANO XLVI - N.º 99*. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17AGO1991.pdf#page=68>. Acesso em: 15 jan. 2015.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projetos de leis e outras proposições. Projeto de Lei n.º 1.446/91*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192235>. Acesso em: 15 jan. 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental a Boa Administração Pública*. Malheiros, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2006
- HINCAPIÉ, Gabriel Méndez y RESTREPO, Ricardo Sanín. LA CONSTITUCIÓN ENCRIPADA: Nuevas formas de emancipación del poder global. **Revista de Derecho Humanos y Estudios Sociales**. Ano IV No. 8 Julio-Diciembre 2012, p. 97-120. Disponível em <http://www.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/N%C3%BAmero%208/Redhes8-05.pdf>>. Acesso em 15 janeiro 2015.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros: 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PETTIT, Philip. Teoria da Liberdade. Belo Horizonte. Del Rey. 2007. **Citado no livro da Marinella ARAÚJO. Marinella Machado. Participação popular, função legislativa e função executiva: a contribuição da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte. 2010. 20 anos da Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte**

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2014.