XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

GUSTAVO ASSED FERREIRA

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

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

Coordenadores: Gustavo Assed Ferreira;José Sérgio da Silva Cristóvam; Maria Tereza Fonseca Dias - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-404-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública II", reunido no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI em BRASÍLIA, reúne um conjunto de artigos de destacada qualidade acadêmica e induvidoso relevo prático, com estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores de diversas regiões do país.

Afora o apuro intelectual dos artigos, ressaltamos que os comunicados científicos e as discussões trouxeram debates sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, envolvendo alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, que apresentaram suas contribuições de forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural. Os artigos ora publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL: O DEVER DE PONDERAÇÃO PROPORCIONAL E A RELATIVIZAÇÃO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO;

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIALÓGICA: OS CONSELHOS GESTORES COMO INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR;

3. DESENVOLVIMENTO E DESIGUALDADE: FUNÇÃO DO DIREITO E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ANTE A EXISTÊNCIA DA CORRUPÇÃO NO BRASIL;

4. CONSOLIDAÇÃO DE VALORES ÉTICOS NAS EMPRESAS ESTATAIS E O COMBATE À CORRUPÇÃO: PRÁTICAS PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS SOCIALMENTE RESPONSÁVEIS;

5. A DEFESA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL;

6. A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8.429/92) E OS AGENTES POLÍTICOS: DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA;

7. A NOVA GESTÃO PÚBLICA: UM DESAFIO A SER ENFRENTADO NA ATUAL CONJUNTURA NACIONAL PELAS POLÍTICAS PÚBLICAS;

8. ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A QUEBRA DOS PRINCÍPIOS SENSÍVEIS E ORGANIZATÓRIOS DO ESTADO BRASILEIRO;

9. A EXPERIÊNCIA DAS ESCOLAS CHARTER NORTE-AMERICANAS COMO SUBSÍDIO PARA A PROPOSTA DE GESTÃO PRIVADA NO ENSINO PÚBLICO BRASILEIRO;

10. A EXIGÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO DE QUALIDADE NOS CERTAMES PÚBLICOS COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA;

11. A LEI 12.462/11 E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC: UMA INOVAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO;

12. A RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA JURÍDICO EM PROCESSOS LICITATÓRIOS EM RELAÇÃO À FASE INTERNA;

13. A RESPONSABILIDADE POR PARECERES EM LICITAÇÕES E A LIBERDADE PROFISSIONAL;

14. AS DIMENSÕES LIBERAIS E REPUBLICAS NA DESAPROPRIAÇÃO: UMA ANÁLISE DOS INTERESSES PÚBLICOS E PRIVADOS;

15. A PREVENÇÃO AO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS E A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS AÇÕES REPRESSORAS: O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES DE CONTROLE;

16. A EFETIVIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO COMO ÓRGÃO AUXILIAR DO CONTROLE SOCIAL;

17. OS LIMITES DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) FACE AOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO.

Como visto, trata-se de um conjunto de temáticas marcadas pela interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública, inclusive com a potencial condição de apontar rumos para a pesquisa e o debate sobre as candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes do GT.

Parabéns ao CONPEDI, pela qualidade do evento e pela afetuosa acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito.

Esperamos que os leitores apreciem.

Fraternal abraço,

Brasília, julho de 2017.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Profª. Drª. Maria Tereza Fonseca Dias – Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) /Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC)

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP

A DEFESA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

THE DEFENSE OF ADMINISTRATIVE PROBITY IN THE CONSTITUTIONAL LEGAL SYSTEM

Altair Soares da Rocha Filho [1]

Resumo

Trata-se de análise sobre a defesa da probidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro inaugurado pela constituição de 1988. Para isso, remonta o contexto do pós-positivismo e as marcantes características do neoconstitucionalismo. Delimita, então, os princípios constitucionais da moralidade administrativa e da probidade e suas importâncias enquanto consequências do valor republicano. Trata da legislação infraconstitucional, destacando a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei da Ficha Limpa, para, então, tratar do precedente do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.578 e ADCs 29 e 30, que deram destaque e primazia aos princípios da probidade e da moralidade administrativa.

Palavras-chave: Princípio da moralidade administrativa, Princípio da probidade administrativa, República, Lei de improbidade administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

It's an analysis on the defense of administrative probity in the Brazilian legal system inaugurated by the 1988 constitution. For this, it goes back to the context of post-positivism and the characteristics of neo-constitutionalism. It delimits the constitutional principles of administrative morality and probity and its importance as consequences of republican value. It deals with the infraconstitutional legislation, highlighting the Administrative Improbability Law and the Clean Registry Act, to then deal with the precedent of the Supreme Court in ADI judgment 4,578 and ADCs 29 and 30, which gave prominence and primacy to the principles of probity and administrative morality

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of administrative morality, Principle of administrative probity, Republic, Law of administrative improbity

[1] Mestrando em direito constitucional pela UFRN; Advogado

1. INTRODUÇÃO

O Brasil atravessa períodos nebulosos de forte conturbação social e política em busca do efetivo combate à corrupção e aperfeiçoamento das técnicas administrativas. Domina as páginas dos jornais dos últimos anos diversas notícias sobre casos de malversação de dinheiro público e combate à corrupção. Os casos de grande repercussão envolvem figuras influentes da República, desde presidentes de Casas Legislativas[1] a integrantes da cúpula do Poder Executivo[2].

Em consequência desse quadro, a pauta do combate à corrupção domina os relacionamentos sociais e mobiliza grande parcela da sociedade, despertando interesse sobre a temática e maior envolvimento com os assuntos do Estado.

Podemos afirmar, seguindo direcionamento apontado por Enrique Ricardo Lewandowski (2005), que toda essa conjuntura de maior envolvimento social às exigências dos ocupantes de cargos ou funções públicas é faceta do princípio republicano, tipo como, ao lado dos princípios federativo e democrático, os princípios estruturantes do Estado brasileiro.

República, em sua acepção mais simplista, significa coisa do povo. O regime republicano estabelece o próprio Estado como domínio público, de toda a sociedade, afinal, "todo o poder emana do povo", como dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Isso explica a maior exigência de zelo com a gestão do Estado, evidenciada através da adoção dos princípios da moralidade administrativa e probidade administrativa pela Constituição Federal.

Essencial à compreensão da defesa da probidade administrativa, então, compreendermos o papel do princípio republicano na exigência da moralidade administrativa, para, somente assim, tecermos as devidas considerações sobre o princípio da moralidade e da probidade, que, apesar de suas semelhanças, guardam distinções que justificam suas autonomias científicas.

Apesar da Constituição de 1988 não ser a primeira constituição republicana do Brasil, suas considerações sobre a moralidade e probidade administrativa são avanços frente aos anteriores marcos constitucionais, como se demonstrará.

---

[1] STF. **STF recebe denúnia por peculato contra senador Renan Calheiros.** <Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330979> Acesso em 15 dez 2016.

[2] CALEGARI, Luíza. **Marcelo Odebrecht confirma em delação que Temer pediu R$ 10mi.** <Disponível em: http://exame.abril.com.br/brasil/marcelo-odebrecht-confirma-r-10-milhoes-para-temer-em-delacao/> Acesso em 15 dez 2016.

Após delinearmos as características da abordagem da Constituição de 1988 à temática e explicarmos o princípio da moralidade administrativa e da probidade administrativa, passamos ao estudo de importante marco legal na busca da probidade administrativa, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

A Lei de Improbidade Administrativa regulamenta o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal, estabelecendo as sanções e tipificando os atos de improbidade administrativa. Ainda quanto à legislação infraconstitucional, destacável o papel desempenhado pela Lei Complementar 135/2010 – ou Lei da Ficha Limpa -, fruto de projeto de iniciativa popular que envolveu grande mobilização social pela moralização da política.

Ao estabelecer uma série de novos casos de inelegibilidade, a Lei da Ficha Limpa provocou intenso debate jurídico sobre sua constitucionalidade, em função de violação de princípios constitucionais, tais como a presunção de inocência, segurança jurídica, entre outros. Nesse contexto, surge o destacado papel da jurisdição constitucional desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal à afirmação da defesa da probidade administrativa.

2. A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

A Constituição da República promulgada em 1988 definitivamente inaugura um novo Estado brasileiro oposto ao que existira até então, como se observa dos valores constitucionais que passaram a influenciar o ordenamento jurídico nascente, tais como democracia, republicanismo, o primado da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

A defesa da probidade administrativa não é tema novo no direito constitucional, deve-se registrar que constituições anteriores já lhe concederam atenção.

A primeira Constituição do Brasil, de 1824, já tratara de temas correlatos à probidade administrativa, especificamente no que diz respeito à proteção do erário ou interesse público de responsabilidade dos Ministros de Estado[3]. No mesmo sentido, a primeira Constituição republicana, de 1891, cuja previsão, inclusive, estende-se à

[3] Como prevê o seu artigo 133, II, IV e VI.

proteção da probidade em face de atos cometidos pelo Presidente da República[4]. O mesmo teor também é repetido pelas Cartas de 1934[5] e 1937[6].

A Constituição de 1934 inova nas disposições em relação a suas anteriores, porque passou a prever, no parágrafo 31 de seu artigo 141 a possibilidade, mediante disposição legal, de medidas eficazes ao ressarcimento ao erário, como sequestro de bens, textos também repetidos nas constituições de 1967 e 1969[7].

Mas é com o advento da Carta de 1988 que o tratamento constitucional da probidade administrativa passa a ser mais notável, alvo de maiores preocupações naturalmente decorrentes dos valores constitucionais impressos na nova Constituição.

Valores constitucionais, é importante que se explique, possuem conceito axiológico, como define Barroso (2010). Ou seja, isso quer dizer que são construções que retratam os anseios e sentimentos sociais mais relevantes. Os valores são o núcleo básico do ordenamento jurídico e, dado o seu caráter axiológico, necessária a aceitabilidade social ao seu reconhecimento, é o retrato do próprio sentimento constitucional social em um determinado contexto histórico.

A noção de valor e sua importância ao ordenamento jurídico é possibilidade do pós-positivismo, marco filosófico do momento neoconstitucionalista pelo qual atravessam os Estados Constitucionais contemporâneos. Barroso (2011, p. 271) explica que:

> A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

É exatamente esse aspecto da leitura moral da Constituição, ao qual se referiu Barroso, que possibilita a importância dos valores e princípios constitucionais, conferindo-lhes poder/dever de influenciar a agenda legislativa e a atividade jurisdicional. Dworkin (2006), um dos principais teóricos a defender a leitura moral da Constituição, nos afirma que é impossível a existência de qualquer interpretação que não seja à luz de princípios morais, independentemente de se tratar de ideias progressistas ou conservadoras.

---

[4] São as disposições, por exemplo, do artigo 54, VI e VII.
[5] Como se depreende doa artigo 57, alínea f.
[6] Notado no artigo 85, alínea d.
[7] Parágrafo 11, do artigo 150; e parágrafo 11, do artigo 153, respectivamente.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a proteção da probidade administrativa muito decorre do valor republicano inerente à constituição federal. Isso porque o valor republicano se traduz, como afirma Ricardo Lewandowski (2005), em forma de governo com a eletividade, temporariedade e responsabilidade dos governantes como características essenciais.

A proteção da probidade administrativa se condiz com a proteção do patrimônio público, patrimônio do povo, dono da coisa pública e em consequente responsabilização dos agentes públicos e governantes. Por tal motivo, a proteção constitucional que se estuda tem direta ligação com a ideia de República, um dos pilares do constitucionalismo brasileiro.

Precisamente por essas circunstâncias, podemos observar uma maior preocupação constitucional com a probidade administrativa, analisada a partir das próprias disposições expressas do texto constitucional.

A Carta Magna de 1988 expressamente impõe uma série de penalidades aos praticantes de atos de improbidade administrativa, tais como, a suspensão de direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, o que representou grande avanço frente às disposições das Constituições anteriores:

> Sem embargo, a diferença entre as Constituições de 1946 e 1967, Emenda Constitucional n. 1, de 1969, inclusa, e a Constituição Federal de 1988, é bastante significativa. As de 1946 e 1967, como se viu antes, cuidavam de sequestro e perda de bens, além de ressarcimento de danos ao Erário, mas não se serviam da expressão "improbidade administrativa". Ademais, nenhuma delas fazia qualquer referência a perda do cargo ou suspensão de direitos políticos, como sanções passíveis de incidência em relação a quantos causassem deliberado dano ao Erário (DECOMAIN, 2007, p. 20).

Perceba-se que tamanha a proteção conferida à probidade administrativa que o texto constitucional não titubeia em restringir os direitos políticos, importante direito fundamental à vigência do Estado Democrático de Direito. Essa restrição ocorre mesmo por responsabilização de fato não descrito penalmente, já que as penas determinadas pelo parágrafo 4º, artigo 37, não decorrem de imputação penal, como bem deixa claro a parte final do dispositivo, "sem prejuízo da ação penal cabível".

Após essa compreensão do contexto geral constitucional, principalmente envolvendo os valores constitucionais, da proteção à probidade administrativa, imprescindível à discussão da temática a análise dos princípios constitucionais que diretamente incidem na questão.

3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Podemos afirmar, seguramente, que o a força normativa conferida aos princípios é o maior marco do constitucionalismo pós-positivista[8]. Princípios, como conceitua Barroso (2007), por definição, são normas jurídicas de caráter flexível em decorrência de seu alto conteúdo abstrato e baixa densificação, podemos enxergar como exemplo disso os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, entre outros.

Sobre o seu surgimento, afirma-se que os princípios são a incorporação, a normatização, de valores, anteriormente destacados, pelo ordenamento jurídico. Sobre isso, Barroso (2011, p. 226) diz que "os princípios – notadamente os princípios constitucionais - são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico".

O constitucionalismo contemporâneo, marcado pelo pós-positivismo, incontroversamente imprime força normativa aos princípios, colocando-os, junto das regras jurídicas, como normas do ordenamento jurídico[9].

A principal diferença entre regras e princípios – o que nos interessa na compreensão conceitual dos princípios -, todavia, é observada a partir de sua aplicação. As regras são aplicadas através de subsunção, isso quer dizer que devido a sua clareza e concretude e descrição, é possível fazer incidir o fato social na previsão normativa com certa perfeição. As regras são aplicadas, portanto, no "tudo ou nada".

Os princípios, por sua vez, por indicarem um valor, são aplicados de modo diferente. Isso porque, dado o caráter pluralista das constituições modernas, comum a

---

[8] Barroso (2007) coloca ao lado da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional também como as três grandes transformações, no plano teórico, advindas com o neoconstitucionalismo.

[9] Bonavides (2004, p. 271)afirma que "Tendo ocorrido já tanto aquela maturidade do processo histórico como a sua evolução terminal – a que se reportou o conspícuo Jurista – faz-se, agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras".

ocorrência de colisão entre as determinações de diferentes princípios, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 161) afirmam que "as colisões e restrições nascem, como já constatado, porque o exercício de um direito fundamental entra em conflito com outro ou com outros preceitos fundamentais". É frequente, por exemplo, observar conflitos entre a propriedade privada e o interesse público, ou a liberdade de expressão e a privacidade, entre outros.

É daí que se percebe o caráter flexível dos princípios, pois, em determinadas circunstâncias concretas, um princípio cede ao outro sem que isso signifique a sua nulidade. Ao analisar a obra de Dworkin, Bonavides (2004, p. 271), com precisão, estabelece a distinção entre regra e princípio em suas aplicações:

> Das reflexões de Dworkin infere-se que um princípio, aplicado a um determinado caso, se não prevalecer, nada obsta a que, amanhã, noutras circunstâncias, volte ele a ser utilizado, e já então de maneira decisiva. Num sistema de regras, pondera Dworkin, não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra. De tal sorte que, quando duas regras entram em conflito, não se admite que uma possa prevalecer sobre a outra em razão de seu maior peso.

Temos como relevante ao estudo o princípio da moralidade administrativa, expressamente referido no texto constitucional no artigo 37, e as considerações sobre o princípio da probidade administrativa.

3.1.PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O artigo 37 da Constituição Federal estabelece um novo parâmetro para a improbidade administrativa, com objeto além do enriquecimento ilícito, mas de proteção dos princípios da administração pública lá insertos. Ao analisar o intuito inovador do texto constitucional no que concerne à proteção da moralidade da administração pública, sobretudo diante da expressa menção ao princípio da moralidade, Vladimir França (1999) afirma que:

> Com o texto do caput do art. 37 da Carta Magna, expurgou-se na doutrina e na jurisprudência administrativa qualquer dúvida quanto ao caráter normativo, e não apenas meramente informativo, do princípio da moralidade. Tal como ele está estruturado no corpo da Constituição, o princípio da moralidade assume proporções altamente

> significativas para o ingresso dos atos administrativos no ordenamento jurídico.

O toma da moralidade é de tal forma importante à temática do Estado que Hely Lopes Meirelles (1998, p.82) o alça a elemento integrante do próprio conceito de administração pública, ao dispor que administração pública consiste na "gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do direito e da moral [...]".

A moralidade administrativa da qual se fala, entretanto, não se confunde com a moral comum, Moreira Neto, citado por Vladimir França (1999) afirma que a moral administrativa é orientada pelo resultado, determinando-se que pelo seu desempenho em função da finalidade institucional.

Sobre a conceituação em si do princípio da moralidade administrativa, Vladimir França (1999) que os parâmetros ao seu entendimento estão calcados no próprio texto constitucional, "o conceito de moralidade administrativa deve estar calcado nos fundamentos (CF, art. 1º, I a V) e diretrizes (CF, art. 3º, I a IV) estabelecidos pela Constituição e que, constituem as opções político-ideológicas de nosso sistema constitucional".

Não nos resta dúvida que o princípio da moralidade administrativa rege todo e qualquer ato da administração pública e, por sua vez, deve ser diretriz aos gestores e servidores públicos no exercício das funções públicas. Por essa razão, a compreensão da ética pública emanada do princípio da moralidade é indispensável à discussão da proteção à probidade administrativa.

A compreensão de um princípio constitucional jamais pode ser desvinculada de seu contexto. Até pelo caráter flexível dos princípios, a sua interpretação e delimitação sempre deve ser acompanhada de uma leitura integrada às demais normas constitucionais, é o que Dworkin (2006) chama de "integridade constitucional".

É a limitação imposta pela exigência de integridade constitucional que impede que a moral comum, ou individual, seja considerada como moralidade administrativa. A própria leitura sistemática da constituição indica, no caso concreto, os limites da moralidade administrativa.

3.2.PRINCÍPIO DA PROBIDADE

O princípio da probidade, por sua vez, é entendido por parte da doutrina, como Vladimir França e Freitas, como uma especificação do princípio da moralidade administrativa, sendo esse voltado aos atos administrativos e aquele direcionados à conduta do agente público, tal como conceituado por Vladimir França (1999):

> Enquanto a improbidade administrativa, atentado ao subprincípio[10] da probidade administrativa, refere-se especialmente a conduta do agente público, acarretando o estabelecimento de sanções jurídicas para a repressão do desvio de comportamento do titular do *múnus público*, a imoralidade administrativa, que viola o princípio constitucional geral da moralidade administrativa, mais amplo e hierarquicamente superior, provoca a incompatibilidade jurídica entre o ato imoral e o regime jurídico-administrativo.

Apesar de existir grande ligação entre os princípios da moralidade e da probidade, podemos perceber uma nítida independência entre ambos. O ato administrativo violador do princípio da moralidade não necessariamente indica violação do princípio da probidade pelo agente autor.

É possível e plausível que exista ato violador da moralidade administrativa sem que haja qualquer desvio de comportamento marcado pela desonestidade que pudesse configurar violação à probidade administrativa.

Não à toa, Celso Bastos (1995, p. 226) correlaciona a moralidade administrativa diretamente à finalidade do ato administrativo, ao explicar que "é imoral, administrativamente, aquele ato que, sem encerrar uma violação frontal a um preceito, termina, no entanto, por constituir uma violência aos fins com que deve ser levada a efeito a atividade administrativa".

O que nos interessa compreender sobre o princípio da probidade administrativa é que sua área de proteção correlaciona-se à atividade do agente público e sua intenção (*animus*) no exercício de seu cargo. Em nossa opinião, é esse caráter vinculado à conduta pessoal que possui o princípio da probidade administrativa que o vincula necessariamente à observação da culpabilidade, da mínima intenção ou consciência transgressora, do agente[11].

---

[10] O autor estabelece em seu trabalho hierarquia entre os princípios constitucionais, leitura que não é corroborada com o nosso entendimento, face à inexistência de diferenciação e hierarquização dos princípios constitucionais feitos pela própria Constituição vigente. Para mais, recomendamos:

[11] Cumpre-nos informar a ressalva da existência de opiniões divergentes na doutrina, como Juarez Freitas, que afirma que a mera violação do princípio da moralidade é considerado, em si mesmo, violação ao princípio da probidade administrativa. Para mais, ler: FREITAS, Juarez. **Do princípio da probidade**

4. A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A proteção conferida pela Constituição da República à probidade administrativa obviamente, diante do neoconstitucionalismo ao qual estamos submersos, emana a todo o ordenamento jurídico, influenciando e regendo as demais áreas do direito.

A própria Constituição, diga-se, determina a disposição por Lei Complementar da matéria atinente à Improbidade Administrativa, provocando o Legislador constituído nesse sentido.

Como marcos infraconstitucionais pertinentes à temática, escolhemos dispor sobre a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) e a Lei Complementar 135/2012, popularmente alcunhada de Lei da Ficha Limpa.

4.1.LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.429, sancionada pelo Presidente Fernando Collor de Melo em 02 de junho de 1992, institui a tipificação e, consequentemente, impõe sanções aos atos de improbidade administrativa. Trata-se de marco legal inserto no processo de modernização pelo qual passou o Estado brasileiro na década de 90, segundo opinião de George Sarmento (2002), ao mesmo passo que representa uma resposta aos anseios sociais pela moralização da política e administração pública.

Suas raízes, incontestadamente, encontram amparo no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, que institui os princípios da administração pública, quais sejam, expressamente, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Antes da Constituição de 1988, entretanto, já existia preocupação de outras Cartas brasileiras com a moralização da política e administração pública, como abordamos anteriormente. O combate à corrupção também esteve, ainda que de modo incipiente, nas Constituições de 1946 e 1967, texto repetido na Emenda Constitucional I, de 1969, como afirma Decomain (2007).

---

administrativa e de sua máxima efetivação. Disponível em: < http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/95.htm> Acesso em: 13 dez 2016.

É anterior também à Lei 8.429/92, dois instrumentos legais relevantes, quais sejam, a Lei 3.164/57 – conhecida como Lei Pitombo-Gódoi Ilha – e a Lei 3.502/58 – conhecida como Lei Bilac Pinto. Esses marcos legais trouxeram importantes avanços, como a tipificação de atos de enriquecimento ilícito, medida cautelar de sequestro de bens e a pena de ressarcimento ao erário e indenização por perdas e danos, conclui Sarmento (2002).

Diante do novo paradigma, marca-se o avanço da Lei 8.429/92 em relação às legislações anteriores ao estabelecer uma abrangente tipificação dos atos de improbidades centrados em três diferentes vertentes: i) combate ao dano ao erário; ii) combate ao enriquecimento ilícito; iii) combate à transgressão dos princípios administrativos. Esses tipos de improbidade administrativa são encontrados nos artigos 9º, 10 e 11, em seus diversos incisos, da Lei 8.429/92.

Outros também são os avanços da Lei de Improbidade Administrativo, segundo a mais balizada doutrina, como argumentam George Sarmento (2002), Celso Antônio Bandeira de Mello (2011) e Waldo Fazzio Júnior (2003). Além da ampla tipificação dos atos ímprobos, a Lei estabelece novos conceitos de servidor público e equiparados, inclui pessoas jurídicas privadas e entidades do terceiro setor no rol de possíveis sujeitos passivo das ações de improbidade e estabelece rito processual diferenciado, por exemplo.

Por sua vez, as sanções pelo cometimento do ato de improbidade administrativa estão arroladas no artigo 12 da Lei 8.429/92, elas variam de acordo com o tipo em que foi enquadrado o ato improbo. Independentemente do tipo cometido, entretanto, são comuns as penas de suspensão dos direitos políticos; perda da função pública, acaso exerça; pagamento de multa civil; ressarcimento integral do dano, se houver; e proibição de contratar ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios do poder público, ainda que indiretamente ou por meio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

4.2.LEI COMPLEMENTAR 135/2010.

A lei complementar 135/2010, popularmente alcunhada de Lei da Fihca Limpa, é resultado de ampla mobilização popular pela moralidade na política, sua estruturação é clara demonstração da importância da probidade administrativa na ordem constitucional vigente. Ela vai além da proteção da probidade no exercício de cargo

público, por exemplo, atingindo as esferas dos direitos políticos dos que pretendem concorrer a cargo eletivo.

Elementar ao regime republicano, em que impera a soberania popular, a atenção conferida à gestão dos negócios públicos, o que motiva, em exemplo, a Lei de Improbidade Administrativa. No caso da Lei Complementar 135/2010, na opinião de Lewandowski (2005, p. 198) tem-se a imposição de requisitos que atuam como

> mecanismos de defesa que protegem as instituições contra ataques potencialmente destrutivos, estabelecendo condições e restrições ao exercício da cidadania, que limitam ou até mesmo suprimem o direito do cidadão de participar do processo eleitoral ou de exercer funções públicas.

É que a Lei Complementar 135/2010, aumenta os critérios colocados pela Legislação Eleitoral as condições de elegibilidade. Dentre as modificações, destacável a promovida na alínea "g" e "l", I, artigo 1º, da Lei Complementar nº 64/1990. A alínea "g"[12] restringiu a elegibilidade dos que tiveram contas relativas ao exercício de cargos públicos rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa. A alínea "l"[13], por sua vez, aplica restrição aos que foram condenados por suspensão dos direitos políticos em decisão transitada em julgado ou de órgão judicial colegiado por ato de improbidade administrativa.

Perceba-se que a Lei Complementar 135/2010 protege, de maneira mais intensa que a LIA, a probidade administrativa dos que pretendem ocupar qualquer cargo eletivo, proteção além daquela exercida face ao atual ocupante de cargo ou função pública.

5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

[12] Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, g: os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

[13] Lei Complementar nº 64/90, art. 1º, I, l: os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

Não se pode analisar a proteção constitucional a determinado campo do direito sem abordar a jurisdição constitucional, sobretudo diante da atual quadra jusfilosófica que compreende à Corte Constitucional destacado papel na interpretação das normas constitucionais.

Sobre isso, destacamos o precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei Complementar 135/2010, anteriormente tratada. Controverteu-se, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 e as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, sobre o alargamento das hipóteses de inelegibilidade, especificamente produzidos pelas alíneas "c", "d", "e", "f", "g", "h", "j", "k", "l", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, por força da Lei Complementar nº 135/10.

Duas foram as questões principais decididas pela Corte, i) a possibilidade de aplicação da Lei Complementar nº 135/2010 a atos anteriores a sua vigência; e ii) a suposta violação ao princípio da presunção da inocência ao se possibilitar incidência de inelegibilidade pela condenação em órgão colegiado, antes mesmo do trânsito em julgado processual.

O STF deparou-se com conflito entre princípios fundamentais, notadamente o da moralidade e probidade administrativa e os princípios da segurança jurídica e da presunção de inocência.

A tese vencedora, encampada pelo Ministro Relator Luiz Fux (2012), acabou por prestigiar a aplicação do princípio da moralidade em face de quaisquer outros. O Relator (FUX, 2012, p. 25) afastou aplicação do princípio da presunção de inocência explicando que:

> Demais disso, é de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo em que ora vivemos deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, ao menos no âmbito eleitoral

Percebe-se, da leitura do Acórdão, que procedeu o STF a intensa leitura moral da constituição, adequando-a e contextualizando-a a discussão, em sede controle abstrato, à situação político-social pelo qual passou o país. De tal sorte que se efetivou a

uma revisão da abrangência da presunção de inocência no âmbito eleitoral a fim de privilegiar os princípios da probidade e moralidade administrativa[14].

Não à toa, o Ministro Luiz Fux (2012, p. 23) fundamenta a limitação da presunção de inocência no âmbito eleitoral também na necessidade de ser atendido os anseios sociais surgidos em face da "crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país".

Independente de qualquer Juízo específico sobre as teses enfrentadas no STF no julgamento analisado, importa-nos asseverar que o resultado final restringiu as hipóteses de inelegibilidade em primazia da probidade e moralidade administrativa, como se observou dos trechos colacionados anteriormente, fato que evidencia a grande preocupação concedida pelo ordenamento constitucional, inclusive pela jurisdição constitucional, à probidade administrativa.

6. CONCLUSÃO

A moralidade administrativa e probidade administrativa são princípios constitucionais diretamente vinculados ao valor republicano, considerado núcleo essencial da Constituição da República. O envolvimento social nas temáticas do Estado é questão imprescindível à efetivação da própria República, o que não tem sido diferente em relação às exigências de probidade na Administração Pública.

Conquanto guarde grande interação, enxergamos notável diferença entre os princípios da moralidade e o da probidade, notadamente decorrentes do maior grau de pessoalização em relação ao agente público que goza a probidade administrativa.

O papel dos princípios constitucionais no modelo pós-postivista, marcado atualmente pelo neoconstitucionalismo, possibilita forte normatização dos valores constitucionais, que são indicações não apenas à atividade jurisdicional, mas também à atividade legislativa.

Sob a égide do ordenamento jurídico surgido em 1988, podemos observar importantes marcos legais na defesa da probidade administrativa, destacamos a Lei de Improbidade Administrativa, com a tipificação dos atos de improbidade, e a Lei da

[14] O que também pode ser notado do seguinte trecho: "Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a sua jurisprudência e a hoje fortíssima opinião popular a respeito do tema "ficha limpa", sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam"

Ficha Limpa, que ampliou o rol de inelegibilidade restringindo ainda mais os direitos políticos daqueles, fruto de intensa mobilização social.

Imprescindível à análise do tratamento constitucional conferido à probidade administrativa observarmos a jurisprudência constitucional, através do Supremo Tribunal Federal, com evidente papel de construção da norma constitucional.

Destacável, portanto, o julgamento da ADI 4.578 e ADCs 29 e 30 que diante de controvérsias sobre a constitucionalidade da Lei de Ficha Limpa, colocou a moralidade administrativa e a probidade administrativa em relevância face aos demais princípios constitucionais.

Nota-se, portanto, que a busca da efetivação da moralidade e da probidade administrativa, mais do que importante ao bom desenvolvimento do erário público, é essencial ao atendimento do valor republicano, em ampla sintonia com o sentimento constitucional observado no meio social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo:** natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes /LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 10 dez 2016.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado. Nº 9, Salvador, pg. 5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 11 dez 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed, São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 135/2010**, de 04 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em: 15 dez. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 64/1990**, de 18 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm>. Acesso em 15 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 e Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30. **Relator Luiz Fux** Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>.Acesso em 14 dez. 2016.

CALEGARI, Luíza. **Marcelo Odebrecht confirma em delação que Temer pediu R$ 10mi**. <Disponível em: http://exame.abril.com.br/brasil/marcelo-odebrecht-confirma-r-10-milhoes-para-temer-em-delacao/> Acesso em 15 dez 2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN. Ronald. **O Direito da Liberdade:** A leitura moral da Constituição norte-americana. Traduzido por Marcelo Brandão Cipolla. Martins Fontes: São Paulo, 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos:** Comentário artigo por artigo da Lei nº 8.429/92 e do DL 201/67. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Considerações Sobre o Controle de Moralidade dos Atos Administrativos**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/338/consideracoes-sobre-o-controle-de-moralidade-dos-atos-administrativos> Acesso em: 12 dez 2016.

FREITAS, Juarez. **Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação.** Disponível em: < http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/95.htm> Acesso em: 13 dez 2016.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Reflexões em torno do princípio republicano.** Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67670/70278> Acesso em: 13 dez 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SARMENTO, George. **Improbidade Administrativa.** Pag. 20. Porto Alegre: Síntese, 2002.

SANTOS, Marcelo Burgos P. dos. **Lei da Ficha Limpa:** entre a sociedade civil e arranjos estatais. Disponível em: < http://www.kas.de/wf/doc/19339-1442-5-30.pdf> Acesso em 15 dez 2016.

STF. **STF recebe denúnia por peculato contra senador Renan Calheiros**. <Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo =330979> Acesso em 15 dez 2016.