

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

FABIANA DA SILVA COLONETTI

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A NÃO TIPIIFICAÇÃO DO ATO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR AFRONTA AOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS
ADMINISTRATIVOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (RESERVA
LEGAL)**

CRICIÚMA, DEZEMBRO DE 2012

FABIANA DA SILVA COLONETTI

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A NÃO TIPIIFICAÇÃO DO ATO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR AFRONTA AOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS
ADMINISTRATIVOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (RESERVA
LEGAL)**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC.

Orientador: Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Junior

CRICIÚMA, DEZEMBRO DE 2012

FABIANA DA SILVA COLONETTI

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A NÃO TIPIIFICAÇÃO DO ATO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR AFRONTA AOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS
ADMINISTRATIVOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (RESERVA
LEGAL)**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Administrativo.

Criciúma, 13 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA

Prof. João Carlos Medeiros Rodrigues Junior - Titulação - UNESC - Orientador

Prof. Fabrizio Guinzani - Especialista - UNESC

Prof. Maicon Aléssio - Titulação - UNESC

Dedico este trabalho, primeiramente, a Deus, pois sem ele nada sou e nada seria possível. Ao meu pai Clésio e a minha mãe Juceleide pelo amor e incentivo. Aos meus irmãos Marcos, Ana Paula e a minha sobrinha Laís, também pelo incentivo e pela presença ao longo dessa caminhada. Início, assim, uma nova etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Quero deixar nesse espaço os meus sinceros agradecimentos a todos que de alguma forma contribuíram para a elaboração deste trabalho.

Agradeço a Deus, primeiramente, pois foi ele que me concedeu forças necessárias para não desistir no meio do caminho. Vieram momentos de desânimos, contudo foi ele quem me reanimou a cada instante, fazendo-me sempre lembrar de sua palavra: “O Senhor é meu pastor, nada me faltará. [...] restaura as forças de minha alma, pelos caminhos retos ele me leva [...]” (Cf. Salmos 22, 1; 3). Ao Senhor, todo meu louvor e gratidão.

Aos meus familiares, que tanto me amam e me incentivaram.

A todos os amigos que sempre estiveram ao meu lado. Com carinho especial, minhas queridas amigas e colegas de classe Priscila, Tamires, Naiane, Franciele e Valdomira.

Aos meus pais e irmãos que me ensinaram a ter paciência. Com eles também aprendi que o mais importante na vida não é aquilo que fazemos, mas o amor que colocamos naquilo que fazemos.

A todos os professores do curso de Direito da UNESC, pela dedicação na transmissão de informações que geraram conhecimento ao longo destes anos de estudos. E, de modo particular, agradeço ao meu orientador, professor João Carlos Medeiros Rodrigues Junior, pelo empenho e incentivo na realização deste trabalho.

E, finalmente, a todos que por mim elevaram a Deus uma oração.

Muito obrigada a todos!

“Hoje, neste tempo que é seu, o futuro está sendo plantado. As escolhas que você procura, os amigos que você cultiva, as leituras que você faz, os valores que você abraça, os amores que você ama, tudo será determinante para a colheita futura.”

Pe Fabio de Mello

RESUMO

O presente trabalho irá trazer uma análise da Lei de Improbidade Administrativa, especificamente o art. 11 da Lei n. 8.429/92, ressaltando os princípios contidos nesse artigo, bem como a subjetividade desses princípios onde acarreta uma difícil aplicação dessa lei ao caso concreto. O objetivo geral será verificar a importância da tipificação do ato de improbidade administrativa obtendo assim uma maior segurança jurídica, por parte dos administradores no exercício de suas funções administrativas e por parte dos juristas na aplicação do princípio da legalidade em ações que julgarão a ocorrência ou não do ato de improbidade. Os objetivos específicos serão analisar o ato de improbidade administrativa, verificar os princípios que norteiam a atividade administrativa do Estado, analisar jurisprudencialmente a respeito da falta de tipificação do ato de improbidade, e a falta de segurança jurídica. Será demonstrado também como é difícil à aplicação e adequação do crime de improbidade por partes dos julgadores, dos aplicadores da lei, sendo demonstrado que a não tipificação do ato de improbidade pela ampla subjetividade dos princípios que o norteiam dificulta a administração de trabalhar, ferindo assim o princípio da legalidade e segurança jurídica. Por fim será colhido da jurisprudência, do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento atual, onde trará uma breve noção de como vem sendo aplicada à referida lei e quais os critérios analisados para se configurar o Ato de Improbidade Administrativa. Utilizou-se o método dedutivo, ou seja, partiu-se da análise doutrinária para uma análise jurisprudencial. Quanto aos resultados da pesquisa realizada tem-se que a jurisprudência tem grande importância na configuração do ato de Improbidade, bem como na aplicação da Lei. Desse modo, conclui-se que, na falta de uma norma objetiva tem-se que a análise e adequação dos atos praticados pelos agentes administrativos quanto a configuração do Ato de Improbidade Administrativa, devem ser feitos a julgado através do entendimento dos próprios Tribunais e suas decisões já pacificadas.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Princípios. Subjetividade. Entendimentos Jurisprudenciais.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Sanções pela prática de ato de improbidade administrativa-----26

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
INC.	Inciso
LGIA	Lei Geral da Improbidade Administrativa
P.	Página
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	13
2.1 A CORRUPÇÃO NO BRASIL.....	13
2.2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS .	16
2.2.1 Ato de Improbidade.....	16
2.2.2 Elementos Constitutivos do Ato de Improbidade.....	18
2.2.3 Enriquecimento Ilícito.....	18
2.2.4 Prejuízo ao Erário.....	21
2.2.5 Ato atentatório aos Princípios da Administração Pública.....	22
2.3 ABRANGÊNCIAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	23
2.3.1 Sujeito Passivo.....	23
2.3.2 Sujeito Ativo.....	24
2.4 AS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	25
2.4.1 As Sanções Subordinadas ao Regime Jurídico Especial:.....	27
2.4.2 As Sanções de Natureza Essencial Cível.....	28
2.4.2.1 Perdas dos Bens ou Valores Acrescidos Illicitamente ao Patrimônio.....	29
2.4.2.2 Ressarcimento Integral do Dano.....	29
2.4.2.3 Pagamento de Multa Civil.....	30
2.4.2.4 As Proibições.....	30
2.4.2.5 Perda da Função Pública de Natureza Equivalente a Administrativa.....	30
2.4.3 Sanções de Índole Política.....	31
2.4.3.1 Perda do Cargo ou Função Política.....	31
2.4.3.2 Suspensões dos Direitos Políticos.....	32
3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	32
3.1 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	32
3.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	37
3.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	40
3.4 PRINCÍPIO DA LEALDADE ÀS INSTITUIÇÕES.....	42
3.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	43
3.6 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	44

4 ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA FALTA DE TIPIFICAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE POR AFRONTA AOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA.	46
4.1 A FALTA DE TIPIFICAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE.....	46
4.1.1 Insuficiência da Interpretação Tradicional do art. 12 da Lei n. 8429/92	48
4.1.2 A Questão do Elemento Subjetivo.....	49
4.2 AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL	51
4.2.1 O Conteúdo do Princípio da Legalidade	51
4.3 AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	53
4.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL BASEADA NO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	Erro! Indicador não definido.
5 CONCLUSÃO	59
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar o Direito Administrativo Brasileiro. Trazendo, inicialmente, um histórico da corrupção presente na Administração Pública no País, desde os anos de 1500, até os dias atuais. Será analisado também o ato de improbidade administrativa e seus elementos constitutivos, bem como os de infrações existentes na Lei de Improbidade Administrativa, nos seus artigos 9º, 10º, 11º e 12º, explicando cada uma das sanções e sua aplicação, ponto que será justificado o presente trabalho.

No segundo capítulo, será dado ênfase aos princípios defendidos pela Constituição Federal de 1988, e previstos especificamente no art. 11 da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) em especial ao princípio da legalidade, sua importância e característica principal no ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo irá trazer uma abordagem da falta de tipificação do ato de improbidade, da afronta ao princípio da legalidade e segurança jurídica, ressaltando, por conseguinte, a importância do elemento subjetivo e conceituação do dolo e da culpa na lei de improbidade administrativa, trazidos pela Lei n. 8.429/92, a fim de se demonstrar a definição da incidência desses elementos subjetivos para a configuração de cada infração.

O trabalho será finalizado com uma análise jurisprudencial do entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, acerca da configuração e aplicação da lei improbidade administrativa no caso concreto.

2 O ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 A CORRUPÇÃO NO BRASIL

O presente capítulo, ira trazer um breve histórico sobre a corrupção no Brasil desde o século XV até o presente momento, destacando principalmente na área de atuação da Administração Pública. O capítulo também mostrará as formas em que esse mal atingiu e atinge nosso País até os dias atuais.

O Brasil vem sendo atingido com a corrupção na Administração Pública desde os anos de 1500 até os dias atuais. Essa particularidade vem sendo dominada por um longo período, desde o colonialismo português, durante a fase colonial, da dependência inglesa, na época do império, do imperialismo norte americano, durante quase toda fase republicana (HABIB, 1994).

Segundo Habib, existe quem sustente que a corrupção no Brasil surge na época do descobrimento: A primeira noticia que se tem, conquanto não configure exatamente uma forma de corrupção, pelo menos pode dar margem a dúbia interpretação. Assim, não teria sido de todo desinteressada a primeira carta do punho do escriba Pêro Vaz de caminha datada de Porto Seguro da ilha da vera cruz, a 1º maio de 1500 em cujo final ele solicita favores para o genro - Jorge Osório - ao Rei D. Manuel de Portugal (HABIB, 1994, p. 3).

Conforme relata o referido autor, enquanto isso ocorria, surgiam-se vários outros casos de corrupção no Brasil nesse período colonial, tanto que muitos eram os que vinham para cá buscando enriquecimento (HABIB, 1994).

Podia se afirmar que os casos mais perceptíveis de corrupção foram frutos de um acordo entre a coroa portuguesa e o governo colonial, onde o principal objetivo desse governo era zelar pelo território nacional e pelos interesses da coroa, fiscalizar donatário, cobrar impostos e remeter para Portugal. Porém, muitos eram os casos de cobradores de impostos reais que desviavam esses impostos para si, exercendo assim uma acentuada sonegação (HABIB, 1994).

Já no Brasil império, com a vinda da família real, em vista da investida de Napoleão na Europa, modificou-se bruscamente o panorama da sociedade Brasileira, abriram-se os portos, as nações amigas, fundaram-se escolas de medicina, marinha, comércio, criou-se o Banco do Brasil, sendo extinto o Banco

Público em face da grande falsificação de letras da Junta da Fazenda. No entanto, mesmo com tantas evoluções implantadas pela administração ocorreu-se à solta novos casos de corrupção (HABIB, 1994).

Era já a segunda metade do século XIX quando o Brasil teria a oportunidade de experimentar uma relativa estabilidade econômica e política. Exatamente nessa fase não faltaram os estelionatários de plantão, os embusteiros, os trapaceiros e burlões de refinado trato, uns tantos infiltrados entre os novos ricos, outros menos numerosos metidos no meio político até mesmo frequentando a corte para que utilizando de suas posições elevadas e das vantagens do cargo abiscoitar lucros provenientes de negócios escusos e imorais (HABIB, 1994, p. 15). Assim foi o período do Brasil império em meio à corrupção existente naquela época.

Já o período republicano foi descrito por Habib como o grande habitat para o recrescimento da corrupção. Na opinião de José Maria dos santos, “ouve o abandono dos princípios Morais na aplicação das rendas públicas, pela intervenção de um governo autoritário, sem ter tido qualquer fiscalização conduzindo assim o País aos desequilíbrios orçamentários” (SANTOS apud HABIB, 1994, p.25)

Nesse sentido e avaliando todo o histórico da corrupção pode-se observar que ela é uma praga que vem atingindo o país há muitos anos. Conforme descreve o autor, “pode-se concluir que a corrupção não é sinal característico de nenhum regime, de nenhuma forma de governo, mas decorrência natural do afrouxamento moral” (HABIB, 1994, p. 26).

Desse modo, verifica-se que a corrupção esta diretamente ligada à falta de moralidade por parte dos administradores, da falta de idoneidade daqueles que são os organizadores do País.

No entendimento de Zacarano, a idéia de corrupção esta associada ao poder político e a atividade pública. Usualmente, entende-se por corrupção aquela predisposição ou tendência natural em certas classes sociais, profissionais ou em indivíduos de burlar ou infringir leis ou regras que regem a convivência em sociedade. A idéia de corrupção vem normalmente associada ao poder político e a atividade pública (1994).

Descreve ainda o referido autor, que acontece a corrupção quando a manipulação do poder político e cargos públicos conduzir a outros fins que não sejam os fins de interesse coletivo e de bem comum.

Quando a manipulação do poder e dos cargos públicos conduzirem a outros fins, não identificados com a natureza específica da atividade pública, ali caracteriza-se o que se denomina corrupção (ZACARANO, 1994, p. 35). Esse desvio de interesses de fins específicos de interesses coletivos para interesses individuais tem acontecido muito em todos esses anos de atuação por partes de membros da Administração Pública do País.

Vale a pena destacar que “Brasil: quinhentos anos de corrupção”, é muito mais que um levantamento histórico e sociológico em torno dessa praga que debilita a Administração Pública. Com efeito, serve o livro de roteiro para ver artigos e deploráveis usos e costumes de administradores delinquentes e sugerir algumas opções urgentes em função desses quatro pontos. A obra mostra que todos nós podemos e devemos lutar sempre contra a corrupção, na medida de nossas possibilidades funcionais e intelectuais e em todos os lugares onde ela viceja (HABIB, 1994, p. xi).

Essa pandemia que é a corrupção no Brasil vem se alastrando até nossos dias atuais, principalmente na Administração Pública, onde deveriam se ter administradores comprometidos com a boa administração e crescimento do País, têm-se servidores públicos preocupadas com seu interesse particular.

Conforme J. Carlos de Assis “na Administração Pública, os braços operacionais do Estado vergam ao peso dos interesses particulares, do tráfico de influência, do apaniguamento de protegidos.” (1984, p. 15).

A Administração Pública, através da pessoa do servidor público, por estar à frente de toda sociedade buscando trabalhar pela melhoria e organização do País, deve se preocupar com a probidade de seu trabalho.

Certo é que, todavia, do funcionário público, exatamente pela situação de proximidade com o poder de cujo tudo ele detém, inegavelmente, uma parcela exigisse de probidade, transparência, retidão de conduta, enfim, que trate uma coisa pública com impessoalidade e equilíbrio (HABIB, 1994, p. 162). O que não se observa em todo contexto histórico da Administração Pública no Brasil, e esse comprometimento com o bem público, por parte de muitos servidores públicos.

Nesse sentido, relatam Garcia e Alves:

A corrupção é deflagrada por grupos de pressão, que atuam de forma sistemática junto aos poderes constituídos visando a consecução de seus

objetivos, culminando em direcionar-se para aquela vertente sempre que não alcançarem seus fins por meios diversos (2008, p. 20).

Salientam os autores, que esses grupos de pressão são os servidores corruptos que integram a administração. Zacarano vem ressaltar que esse mal que é a corrupção não se caracteriza apenas pelo desrespeito a ordem estabelecida, mas também por toda ordem tida como válida e aceita pela coletividade, também pelo aproveitamento das prerrogativas relativas aos cargos dos poderes concedidos a esses servidores públicos em auferir benefícios privados deixando em segundo plano os bens coletivos e comuns à sociedade (1994).

A corrupção não diz respeito apenas à burlada ordem objetivamente construída, mas a toda ordem socialmente aceita como válida pela coletividade. Qualquer expediente, portanto, que fira a ordem estabelecida conhecida e socialmente aceita com o objetivo de auferir lucros ou benefícios privados indevidos através do uso de prerrogativas do poder cedido dentro do Estado caracteriza-se como corrupção (ZACARANO, 1994).

Nesse prisma, como é colocado as características da corrupção que se chega a uma conclusão clara: Este mal vem arraigado na Administração Pública por longos anos no País, e mesmo com muitas formas legais de se contrapor a ele, esse mal ainda aflora e massifica a sociedade.

Neste paradigma, se observa que a corrupção na Administração Pública vem a ser todo ato do administrador que vise apenas um bem particular, utilizando muitas vezes de sua posição para beneficiar-se, deixando em segundo plano o bem coletivo e o interesse público que envolve o seu trabalho junto à Administração Pública.

2.2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

2.2.1 Ato de Improbidade

Tem-se por ato de Improbidade Administrativa o desrespeito por parte dos servidores públicos aos princípios da Administração Pública, mais especificamente

os princípios que estão descritos no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992. Atos que ferem qualquer desses princípios consideram-se atos de improbidade administrativa, caracterizando assim o crime de improbidade administrativa (BERTONCINI, 2007).

Bertoncini descreve em sua doutrina “ato de improbidade administrativa”, que embora o Brasil Império tenha vigorado a irresponsabilidade do chefe do Estado e do governo, traço que se configurava nas monarquias absolutistas onde se previa em seu art. 99, que a pessoa do imperador é inviolável e sagrada, ou seja, este não era responsabilizado por atitude alguma, por outro lado os ministros eram responsáveis por atos de suborno, corrupção, dentre outros crimes exercidos pela administração. No entanto, o que não se fazia, era o uso da expressão improbidade administrativa (2007).

Até mesmo nessa época já era manifesta a preocupação no plano normativo-constitucional com a probidade administrativa. As constituições em geral sempre previram espaço para a defesa da probidade administrativa, a princípio cabendo essa responsabilidade ao Presidente da República capaz de gerar *Impeachment* dos Ministros do Estado e do Supremo Tribunal Federal.

“A Constituição de 1891 previa essa modalidade de crime político em seu art. 54, § 6º (atentado contra a probidade da administração)” (BERTONCINI, 2007, p. 21). O autor ainda relata que a Carta de 1934 tratou como crime de responsabilidade o ato de improbidade. A Constituição de 1937 regulava a matéria através do art. 85, alíneas “d” e “a”, e a Constituição de 1946 previu o ato de improbidade como crime político. Já a Carta Militar de 1967, instituiu a modalidade de crime político em seu art. 84, inc. V, enquanto a EC1/69 tratou do crime de improbidade como crime de responsabilidade em seu art. 82, inc. V.

A Constituição Federal de 1988 manteve esse mesmo sistema, apenas ampliando as referências sobre o tema. A Lei maior tratou dos atos e disposições da probidade nos seus artigos 14, § 9º e também no art. 15, inc. V, estabelecendo inclusive perdas dos direitos políticos.

Conforme descreve Bertoncini, foi com a Lei n. 8.429/92 que se regulamentou o crime de improbidade administrativa previsto no artigo 37, § 4º da Constituição Federal, com a chamada Lei do Colarinho Branco. Essa lei estabeleceu regras de direito material e processual, descrevendo quem eram os sujeitos ativos e

passivos e estabelecendo perfis dos chamados atos de improbidade administrativa. (2007, p. 24)

2.2.2 Elementos Constitutivos do Ato de Improbidade

Bertoncini relata que a Lei n. 8.429/92 desenhou o perfil dos chamados atos de improbidade administrativa. Dentre suas categorias estão os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, os atos que causam prejuízo ao erário e os que atentam aos princípios da Administração Pública (BERTONCINI, 2007, p.24).

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 assegurem a boa administração e a disciplina interna na administração pública. (DI PIETRO, 2005, p.709).

Quando um agente administrativo pratica um ato visando um fim diverso do previsto e afrontando um dos princípios da Administração Pública, o mesmo pode estar cometendo o ato de improbidade administrativa.

2.2.3 Enriquecimento Ilícito

Uma das consequências do ato de improbidade é o enriquecimento ilícito.

Como derivação lógica e consequência inevitável dos atos de corrupção, têm-se o enriquecimento ilícito, sendo aquela o principal meio de implementação deste. Em geral, o enriquecimento ilícito é o resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público auferir uma vantagem não prevista em lei. (GARCIA; ALVES, 2008 p.40).

Os princípios na Lei de Improbidade acabam assumindo um papel mais importante seguindo de norte para aplicação das sanções previstas na norma. Garcia e Alves descrevem que o enriquecimento ilícito é o resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite o agente público auferir uma vantagem não prevista em lei (2008, p. 233)

A lei federal 8.429/1992, cujo título faz remissão as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, vem regulamentar o disposto no art. 37 § 4 e 5, da CF. Trata de disciplinar o tema improbidade administrativa em três esferas meramente exemplificativas nas modalidades relativas: I) enriquecimento ilícito de agente público; ii) condutas que causem lesão ao patrimônio público; III) atentados aos princípios da administração pública, respectivamente art., 9. “10,11”. (MARTINS, 2009, p. 233, 234).

Nesse sentido de delimitar o campo de atuação foram construídas as seguintes teorias: Essa vedação ao enriquecimento ilícito, previsto na lei 8.429/92 funda-se no princípio da equidade, sendo uma justificativa a vedação do enriquecimento em detrimento do patrimônio alheio; Funda-se também na necessidade de equilíbrios de patrimônio; “Trata-se de uma gestão de negócios anormal, em que a pessoa enriquecida se contenta em aproveitar os efeitos da atividade de outrem, sem que haja uma ação direta sua” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 233).

O enriquecimento ilícito está relacionado à responsabilidade civil, pois aquele que se locupletou a custa alheia praticou um ato ilícito tendo o dever de ressarcir. Em muitos casos, o locupletamento pode existir com uma atitude passiva do locupletador, sem o concurso da vontade deste, o que aliado ao fato de a indenização não ultrapassar o montante da riqueza obtida torna essa situação inconciliável com os princípios da responsabilidade civil (GARCIA; ALVES, 2008.)

O enriquecimento ilícito se caracteriza ainda pela responsabilidade civil, pelo risco criado, sendo derivado do lucro procurado independente da culpa. Por fim, o não locupletamento ilícito vem de um dever moral que deve nortear as relações sociais, principalmente às relações de Administração Pública. Também se caracteriza enriquecimento ilícito o recebimento de dinheiro ou vantagem econômica por decorrência de influência política funcional ou pessoal intervindo perante os órgãos públicos para fins de obtenção da prática de algum ato funcional em favor de terceiro (BEZERRA, 2005).

Conforme descreve o artigo 9º da Lei de Improbidade Administrativa:

Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art.1º desta lei.

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão,

percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei (BRASIL, 2012).

O art. 9º da Lei importa enriquecimento ilícito, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função ou atividades exercidas pelos administradores.

2.2.4 Prejuízo ao Erário

Garcia e Alves relatam que em muitas vezes a atividade estatal esta em uma atmosfera de extremo risco, o que pode se tornar comuns os insucessos de iniciativas que podem se mostrar potencialmente útil ao interesse público (2008).

Em função disso que o dano ou prejuízo ao erário não pode ser erigido à categoria de elemento único de consubstanciação da improbidade disciplinada pela Lei n. 8.429/92, sendo imprescindível que a conduta que os causou tenha sido fruto de inobservância dos princípios que informam os atos dos agentes públicos (GARCIA; ALVES, 2008).

No que consiste ao ato de improbidade administrativa por dano ou prejuízo ao erário, este é observado se a ação do agente político, especialmente aqueles atos que resultam do exercício do poder discricionário esta dotado de dolo ou culpa (leve grave ou gravíssima). Havendo em seus atos o dolo ou culpa (leve, grave ou gravíssima) sofrerá o agente político as sanções cominadas no artigo 10º da Lei n. 8.429/92.

O artigo 10º da Lei n. 8.429/92 a respeito do dano ou prejuízo ao erário:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

- VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;
 IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
 X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
 XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
 XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
 XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregada ou terceiros contratados por essas entidades.
 XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)
 XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (BRASIL, 2012).

Assim entende-se que o artigo acima tem sua aplicação restrita à proteção do erário, sempre que lesão do patrimônio público resultar de ato culposo.

2.2.5 Ato Atentatório aos Princípios da Administração Pública

“É voz corrente que no constitucionalismo contemporâneo o paradigma normativo do direito por regras passou a coexistir com o denominado direito por princípios” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 254).

No amplo horizonte que se apresenta a atuação estatal e quando há uma total inviabilidade de uma produção normativa casuística quanto aos ilícitos passíveis a serem praticados pelos agentes públicos, optou o legislador por integrar o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, com preceitos que permitissem imediata subsunção e em consequência disso coibiu todos os atos que afrontassem os princípios da Administração Pública.

Dispõe o art. 11º da Lei n. 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço (BRASIL, 2012).

Sendo atualmente intitulado como “norma de reserva” o que é justificável, uma vez que mesmo o agente não tendo cometido danos ao patrimônio público, nem acarretado enriquecimento ilícito, será possível a configuração do ato de improbidade administrativa sempre que for violado um dos princípios da atividade estatal.

2.3 ABRANGÊNCIAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.3.1 Sujeito Passivo

A lei da improbidade administrativa, principal responsável pela proteção do bem público, em seu artigo 1º trata dos sujeitos que são alcançados pela lei.

Preceitua o referido artigo:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (BRASIL, 2012).

Diante disto o parágrafo acima se analisa que “[...] são ainda incluídas outras entidades que não compõem a Administração Pública, direta ou indireta, nem

podem ser enquadradas como entidades públicas de qualquer natureza” (DI PIETRO, 2006, p. 777).

Num sentido muito amplo tem suas vítimas ou sujeitos passivo o ato de improbidade administrativa, esses atos são cometidos contra o interesse público, contra o interesse da coletividade, do povo brasileiro (BERTONCINI, 2007).

No plano normativo, os atos de improbidade administrativa são cometidos contra as pessoas jurídicas de direito público interno (união, estados, distrito federal e municípios), contra as pessoas jurídicas de direito público de capacidade administrativa, ou seja, as autarquias e as fundações públicas, contra pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicas ou ainda, exploradoras de atividade econômica. (BERTONCINI, 2007, p. 256- 257).

Nesse mesmo sentido também descreve Garcia e Alves:

Além dos entes federativos (união, estados, distrito federal e municípios), os quais podem cumprir seus deveres diretamente, por intermédio dos órgãos e agentes que compõem sua estrutura, existem outros, por eles criados e também dotados de personalidade jurídica, que recebem delegação para o exercício de determinadas tarefas e estão sujeitos ao seu controle (GARCIA; ALVES, 2008, p. 184).

Dentre aqueles que podem ser considerados como sujeitos passivos estão: O sindicato quer sejam patronal ou representativo dos empregados, os conselhos de fiscalização do exercício profissional, partidos políticos, os setores de atividade pública, também denominados terceiro setor e os consórcios públicos (GARCIA; ALVES, 2008).

2.3.2 Sujeito Ativo

Estão previstos nos artigos 9º, 10º e 11º da Lei de Improbidade Administrativa as seguintes figuras “aos agentes públicos, servidores públicos (estatutários, celetistas ou remanescentes de regimes pretéritos) das entidades públicas (administração direta ou indireta)” (Figueiredo apud BERTONCINI, 2007).

Consideram-se ato de improbidade administrativa e sua abrangência as condutas de qualquer agente público contrárias diretamente aos princípios da finalidade e publicidade (BERTONCINI, 2007).

Sobre os agentes aos quais a lei abrange, descreve o artigo 2º da Lei n. 8.429/92:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior (BRASIL, 2012).

Neste sentido, tanto será agente público para fins da lei de improbidade administrativa, tanto o presidente de uma autarquia, como proprietário de uma pequena empresa do ramo de laticínios que tenha recebido incentivos fiscais ou creditícios para desenvolver sua atividade (GARCIA; ALVES, 2008). No entanto, verifica-se “[...] não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrativa.” (DI PIETRO, 2006, p. 778).

2.4 AS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O artigo 12 da Lei n. 8.429/9 descreve as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por

intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (BRASIL, 2012).

Também prevê o artigo 37, § 4º da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos, a perda de função pública a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário.

Segue abaixo o quadro geral das sanções por ato de improbidade administrativa:

Sanções pela prática de ato de improbidade administrativa			
sanções	Artigo 9º	Artigo 10	Artigo 11
1. Ressarcimento ao erário.	Poderá ser aplicada, pois não exige a ocorrência de prejuízo ao erário para caracterização desse ato	Deve ser aplicada, uma vez que se exige a ocorrência de prejuízo ao erário para caracterização desse ato de improbidade.	Poderá ser aplicada, pois não se exige a ocorrência de prejuízo ao erário para caracterização desse ato de improbidade.
2. Perda de função pública.	Deve ser aplicada.	Deve ser aplicada.	Deve ser aplicada.
3. Suspensão dos direitos políticos.	Deve ser aplicado de 8 (oito) a 10(dez) anos.	Deve ser aplicado de 5(cinco) a 8(oito) anos.	Deve ser aplicado de 3(três) a 5 (cinco) anos.
4. Perda dos bens acrescidos ilicitamente.	Deve ser aplicada, uma vez que se exige	Poderá ser aplicada se houver acréscimo	Não há previsão específica no artigo 12, porem

	como requisito para os atos de improbidade previstos nesse artigo a obtenção de vantagem patrimonial ilícita pelo agente.	ilícito, uma vez que para a caracterização dos atos de improbidade previstos nesse artigo não se exige a obtenção patrimonial pelo agente.	a previsão genérica do artigo 6º (caso de enriquecimento ilícito, perdera o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos a seu patrimônio).
5. Multa-civil valor	Até três vezes o valor do acréscimo patrimonial.	Até duas vezes o valor do dano.	Até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.
6. Proibições de contratar com o poder público.	Prazo de 10 anos.	Prazo de cinco anos.	Prazo de três anos.

Nos tópicos a seguir trataremos mais especificadamente cada uma dessas sanções.

2.4.1 As Sanções Subordinadas ao Regime Jurídico Especial:

Há um aspecto muito importante em relação às punições dos atos de improbidade. Uma vez que esses atos são punidos na forma da lei, sem prejuízo da ação penal cabível. A Constituição Federal deixa claro que a responsabilidade de que trata a lei 8.429/92 não é penal, bem como civil, administrativa ou política. (BERTONCINI, 2007). Não a distinção ontologicamente entre essa modalidade de ilícito, e o ilícito penal (crime e contravenção, o ilícito civil, o ilícito administrativo (infração administrativa), e o ilícito político (crime de responsabilidade)).

Neste mesmo sentido já descreve Garcia e Alves:

Como se vê, sob prisma ótico, não há distinção entre sanções cominadas nos diferentes ramos do direito, quer tenham natureza penal, civil, política ou administrativa, pois em essência, todas visam a recompor, coibir ou prevenir um padrão de conduta violado, cuja observância apresenta-se necessária a manutenção do elo de encadeamento das relações sociais. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 413)

Observa-se uma comunicação entre as esferas de responsabilidade, entre os diplomas que cuidam dessas espécies, sendo por isso fundamental a análise do regime jurídico a que se subordina a sanção. “Com efeito, não é possível afirmar que uma dada sanção é estritamente civil, administrativa ou política, e aplicável somente por meio do respectivo processo de natureza civil, administrativa ou política.” (BERTONCINI, 2007, p. 239). “Porém este claro por determinação constitucional que a lei de improbidade não prevê sanções penais, estabelecendo assim um regime especial de responsabilidade”. (BERTONCINI, 2007, p.240).

2.4.2 As Sanções de Natureza Essencial Cível

2.4.2.1 Perdas dos Bens ou Valores Acrescidos Illicitamente ao Patrimônio:

Essa sanção tem esteio constitucional (art. 5º, inc. XLVI, alínea “b”), também sendo cominada pelo Código Penal, em relação aos instrumentos do crime e aos produtos, bens ou valores auferidos com a sua prática (art. 91, inc. II, alíneas “a” e “b” do Código Penal).

Especificamente em relação a improbidade, esta sanção encontra-se prevista no art. 12, incisos I e II, da lei nº. 8.429/92, preceito que elenca os feixes de sanções possíveis de serem aplicados ao ímprobo nas hipóteses de enriquecimento ilícito e dano ao erário (GARCIA;ALVES, 2008, p. 427).

Sobre a mesma medida descreve Bertocini:

Essa medida é obrigatória em todos os casos do art. 9º, segundo se podem inferir do art. 6º da lei. No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente

público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio. (2007, p. 241).

Ainda relata o autor, que quando o ato de improbidade for praticado contra entidade ou patrimônio que receba benefício, incentivo fiscal de órgão público, a sanção patrimonial será proporcional à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (BERTONCINI, 2007, p. 241).

2.4.2.2 Ressarcimento Integral do Dano

“Havendo dano ao erário, comum às hipóteses dos art. 10 e 9º da Lei 8.429/92, esse ressarcimento também se constitui em medida obrigatória” (BERTONCINI, 2007, p. 241). Ocorrendo a lesão ao patrimônio público por ação ou omissão do agente ou de terceiros tem que ser ressarcido na integralidade o dano.

Quanto a ressarcimento do dano, constitui uma forma de recompor o patrimônio lesado. Seria cabível, ainda que não previsto na constituição, já que decorre do artigo 159 do código civil de 1916, que consagrou no direito positivo, o princípio geral do direito segundo o qual quem quer que cause dano a outrem e obrigado a repará-lo. (DI PIETRO, 2006, p.786).

Porém, os elementos tais como ação, omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade entre a conduta do agente e o dano ocorrido e também a licitude ou ilicitude da ação devem ser avaliados para a identificação do ato de improbidade. “A presença desses elementos deve ser devidamente valorada por ocasião da identificação do ato de improbidade, o que não impede nesse item um breve estudo da amplitude do dano a ser reparado.” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 430).

Trata-se de consequência natural e necessária para resgatar e proteger o bem indisponível de interesse público.

2.4.2.3 Pagamento de Multa Civil

“A multa é aplicável para três hipóteses de ato de improbidade administrativa, havendo variação para os fundamentos de sua aplicação” (BERTONCINI, 2007, p. 242). Nas hipóteses do art. 9º da Lei, o cálculo é baseado no valor do acréscimo patrimonial percebido pelo agente. Nas hipóteses do art. 10, e baseadas no valor do dano causado ao erário, podendo a multa ser até duas vezes o mencionado prejuízo. Já nas hipóteses do art. 11, o agente público poderá ser condenado a pagar até 100)cem) vezes o valor de sua remuneração.

Sobre o caráter da multa descreve a doutrina: “Muitas são as vantagens que apresenta dentre elas o papel punitivo que exerce sobre o infrator; o intimidativo sobre os demais componentes do grupamento e o fator de reparar para o Estado, ente para o qual é revertido o valor arrecadado” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 469).

2.4.2.4 As Proibições

São previstas na Lei n. 8.429/92 três proibições: A de contratar com o poder público, receber benefícios ou incentivos fiscais e receber benefícios creditícios. “Encontram-se previstos como sanções para as três modalidades de atos de improbidade administrativa” (BERTONCINI, 2007, p. 243).

2.4.2.5 Perda da Função Pública de Natureza Equivalente a Administrativa

Deve ser compreendida com a perda do cargo, emprego ou função pública bem como o mandato eletivo. Essa medida já esta prevista no art. 92, inc. I, alíneas “a” e “b”, do Código Penal, também prevista no Estatuto do Servidor Público (Lei n. 8.112.90), bem como nas Leis do Trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho).

Não se deve ter dúvidas que este ato de improbidade de que trata a consolidação das leis do trabalho, em sendo cometido por empregado público ou terceiro alcançado pela lei contra improbidade administrativa, e por ela regido (lei 8.429/92), assim como ocorre para a improbidade administrativa do servidor estatutário (BERTONCINI, 2007, p. 244).

Reforçando assim o dano anterior, de que as sanções não possuem uma exclusiva natureza civil, administrativa, penal ou política.

Ressalta-se que “a perda de função pública bem como a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.” (DI PIETRO, 2011, p. 850). Também a esse respeito descreve “esta sanção, por óbvias razões, somente é passível de aplicação ao agente público, não ao estranho que tenha contribuído para a prática do ato ou dele se beneficiado” (GARCIA; ALVES, 2008, p. 445).

2.4.3 Sanções de Índole Política

2.4.3.1 Perda do Cargo ou Função Política

Sabe-se que os agentes políticos, esses são invioláveis criminalmente em razão de suas opiniões palavras e votos, porém mesmo que haja essa imunidade relativa os mesmo podem sofrer sanções com relação aos atos de improbidade, podem ser esses alcançados pelas sanções contidas na Lei Federal n. 8.429/1992 (MARTINS, 2009, p.311).

Apesar do agente político não se sujeitar ao regime do Estatuto do Servidor ou da Consolidação Trabalhista não sendo ele subordinado ao regime de responsabilidade disciplinar, não impede a sua persecução por ato de improbidade.

O processo de responsabilidade política, no entanto, não impede a persecução por ato de improbidade administrativa, nos termos da lei 8.429/92, assim como também não o impede o processo destinado a responsabilidade penal desses agentes. (BERTONCINI, 2007, p.245)

Se não houver a aplicação da Lei n. 8.429/92 a todos os agentes públicos, na prática ela perderá o sentido uma vez que os atos de improbidade administrativa são praticados essencialmente pelos agentes públicos.

2.4.3.2 Suspensões dos Direitos Políticos

Os direitos políticos garantem aos cidadãos o direito subjetivo de participar da vida pública do Estado (GARCIA; ALVES, 2008).

Sendo também uma das principais sanções aplicadas aos agentes públicos que cometerem atos de improbidade administrativa, a Lei n. 8.429/92 apresenta alguns limites máximos e mínimos de aplicação, dependendo da modalidade de improbidade praticada. “Essa suspensão dos direitos políticos e a perda do cargo, emprego ou função só poderão ser concretizadas com o trânsito em julgado de sentença condenatória” (BERTONCINI, 2007, p. 249).

Também deve ser destacado que essa sanção é aplicada pelo poder judiciário nas sanções de improbidade administrativa.

3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Quando se fala em princípios, percebe-se que não são apenas valores cuja realização fica na dependência de preferências pessoais, mas sim os princípios instituem dever de adotar comportamentos necessários para realização de um estado de coisas, ou seja, esses princípios implicam comportamentos adquiridos para promover um fim que é devido (MELLO, 2006, p.107).

Sobre o princípio da moralidade, tem-se que este já havia se consagrado no direito brasileiro por intermédio da Lei de Ação Popular, porém, não levando o nome de moralidade administrativa, uma vez que tal sentido na época era designado

como desvio de poder. Também, a moralidade foi protegida via mandato de segurança moralidade estando, porém, presente tal princípio dentro do direito brasileiro há muitos anos (GIACOMUZZI, 2002, p. 189).

Quando se fala em moral administrativa podemos verificar o que diz a doutrina:

A moral administrativa, por sua vez é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (*rectius*: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do poder público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restritivo ocupado pelos agentes públicos (GARCIA; ALVES, 2008, p. 73).

Já o princípio da moralidade administrativa é um norteador, condicionador de condutas que se esperam dos servidores que fazem parte da Administração Pública. A implantação desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro foi a tentativa de se evitar os abusos cometidos pelos administradores públicos e ampliar a abrangência do controle da legalidade administrativa (GIACOMUZZI, 2002,190).

Dessa forma correlata à moral comum, o princípio da moralidade administrativa também exige que o administrador observe determinados valores, os quais assumem certa especificidade em razão da própria natureza de sua atividade (GARCIA; ALVES, 2008, p. 75).

Esse princípio nasce nesse contexto, vinculada ao estudo da declaração de vontade do ato jurídico administrativo e especificamente ligado ao exame do instituto do desvio de poder, a fim de delimitar a ação discricionária do administrador, exigindo dele transparência e honestidade.

É frequente a vinculação da moralidade administrativa com a necessidade de diminuição da corrupção.

Nesse sentido, quando se fala de improbidade administrativa, não se pode deixar de evidenciar o princípio da moralidade uma vez que tal princípio é dito como norteador, ou seja, a Administração Pública acerca do tema improbidade está apoiada nesse princípio.

Deve-se relatar que quando se fala em moralidade esta se falando em moral, valores e padrões que norteiam uma determinada conduta.

Neste sentido, vejamos o que saliente a doutrina:

[...] é imperioso anotar que a moralidade administrativa, como princípio constitucional, não é simplesmente reflexo da moral comum, extraída diretamente dos valores que a sociedade expressa e concebe como

padrões norteadores de sua conduta. Outrossim, deriva a moralidade administrativa da moral jurídica, ou seja, do próprio Direito. Deriva, em outras palavras, dos valores consagrados pelo direito positivo (FIGUEIREDO, 2010, p. 29).

Conforme destaca o autor, a moral está diretamente ligada ao direito, uma vez que a moralidade deriva dos valores consagrados pelo direito positivo. Com relação a tal conduta que condiz com a moralidade, descreve Mello:

Em síntese, afirma-se que da moralidade administrativa exsurtem deveres de conduta que explicitam a exigência de correção (lealdade, seriedade, zelo, boa-fé, sinceridade e motivação) do agente público na expedição de atos administrativos e na conservação do patrimônio público, sob pena de sanção (2009, p. 187).

Nesse passo, a moralidade administrativa pode acarretar a anulação do ato administrativo, já a probidade e quem acoimam ao agente a sanção pela quebra dessa correção exigida.

Nesse sentido, foi que a probidade nos termos da Lei n. 8.429/92 agregou a moralidade administrativa um caráter repressor. Descreve referido autor que o agente público que atua na Administração Pública respeitando o princípio da moralidade, está agindo também com lealdade, seriedade, zelo, boa-fé, sinceridade e motivação, uma vez que essas condutas explicitam e insurgem-se da moralidade (2009).

Percebe-se, claramente, que o princípio da moralidade, enquanto norma – fim (finalidade a ser alcançada), enseja um estado de situações e coisas que são exteriorizadas por comportamento que devem ser fundamentados na lealdade, zelo, boa-fé, sinceridade e motivação (MELLO, 2009, p. 189).

Resta claro que o princípio da moralidade administrativa por vezes se torna uma norma residual, uma vez que os outros princípios tais como princípio da publicidade, transparência, impessoalidade, quando se é adaptado ao caso concreto se permite uma melhor solução do problema (MELLO, 2009, p.189).

Sendo o princípio da moralidade uma norma residual informativa, uma vez que, quando há violação de um desses outros princípios é plausível se afirmar que também há violação do princípio da moralidade (MELLO, 2009, p.190).

Descreve Moraes que o princípio da moralidade a partir da Constituição Federal de 1988 constitui pressuposto de validade de todo ato administrativo, ressaltando ainda que ao consagrar o princípio da moralidade como um vetor da

atuação administrativa, igualmente consagrou a proteção a moralidade e responsabilização do administrador público *amoral* ou *imoral* (2007).

Dessa forma, deve o poder judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame escrito da legalidade do ato administrativo, mas entender por legalidade ou legitimidade não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse público. (MORAES, 2007, p. 85).

A conduta do administrador de desrespeito à moralidade, está enquadrada nos atos de improbidade administrativa, que estão previstos no art. 37, § 4º, da Constituição Federal e estão sancionados de acordo com a Lei n. 8429/92 sem prejuízo de ação penal cabível, permitindo assim ao Ministério Público a propositura de uma ação civil pública por ato de improbidade baseando-se na referida lei para que o poder judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça ao patrimônio público (MORAES, 2007, p.85).

“Não se trata, o sistematizador de tal conceito da moral comum, mas sim de uma moral jurídica entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da administração” (MEIRELLES, 2006, p. 79).

Ainda nesse contexto relata Franco Sobrinho:

Difícil de saber por que o princípio da moralidade no direito encontra tantos adversários. A teoria moral não é nenhum problema especial para a teoria legal. As concepções na base natural são analógicas. Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só [pode interessar aos administradores ímprobos. Não a administração, nem ordem jurídica. O contrario seria negar aquele mínimo ético mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exaço no cumprimento do dever funcional (1993, p. 157).

Unindo-se a moralidade com a probidade, ou um dever fático de honestidade surge um aspecto nitidamente subjetivo. “Especificamente adiante, que o dever de probidade e a função subjetiva e positiva do princípio jurídico da moralidade administrativa, esculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988” (GIACOMUZZI, 2002, p. 179).

Não foi só a doutrina que consagrou o princípio da moralidade, a jurisprudência também tem consagrado tal princípio em defesa da probidade administrativa reconhecendo os danos causados ao patrimônio público por afronta ao princípio da moralidade.

Vale destacar o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. ATO ADMINISTRATIVO DE TRANSFERÊNCIA DE SERVIDORES. DESVIO DE FINALIDADE. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 329/STJ.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Rio Espera em decorrência de suposta improbidade administrativa que envolve desvio de finalidade na remoção de servidoras públicas aprovadas por concurso público para atender interesse político. 2. A suposta conduta amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art.11 da Lei 8.429/1992, pois vai de encontro aos princípios da *moralidade administrativa* e da *legalidade* (patrimônio público imaterial).3. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública com o intuito de combater a prática da improbidade administrativa. 4. Condutas ímprobadas podem ser deduzidas em juízo por meio de Ação Civil Pública, não havendo incompatibilidade, mas perfeita harmonia, entre a Lei 7.347/1985 e a Lei 8.429/1992, respeitados os requisitos específicos desta última (como as exigências do art. 17, § 6º). Precedentes do STJ. (Relator Ministro Herman Benjamin, Julgado em 15/03/2011, Órgão Julgador Segunda Turma, Disponível em www.stj.gov.br, Acesso em 10/10/2012).

A moralidade administrativa deve ser chamada à responsabilidade pelas ofensas nascidas de comportamentos lesivos ao patrimônio público por seus administradores. “O princípio da moralidade e de difícil tradição verbal, talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e praticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da administração pública.” (MEDAUAR, 2008, p. 125-126).

De certa forma o enfoque de moralidade administrativa ocorre de forma contextual, considerando o contexto em que a decisão foi tomada, ou seja, tal decisão destoa em face do conjunto de regras e de conduta norteadas pela Administração Pública.

A vastidão e a complexidade do tema recomendam que se trabalhe como este aí, tarefa que não se mostra simples. Mas é possível traçar algumas funções ao princípio da moralidade administrativa do art. 37 da CF. Também -ou – mormente aqui há uma divisão entre objetividade e subjetividade (GIACOMUZZI, 2002, p. 186).

A objetividade esta na vinculação de tal princípio pela boa fé objetiva aplicada ao direito público, já a subjetividade encontra-se no dever de probidade administrativa.

3.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade veio da necessidade de que os funcionários do rei não atuassem em nome próprio, ou seja, que fossem imparciais atuando sempre em representação dos interesses do monarca. Vê-se a flexibilidade dos marcos conceituais da impessoalidade em decorrência de um processo histórico de conformação dessa categoria (Osório, 2007, p.159).

“A impessoalidade é aquela condição que não se refere ou não se dirige a uma pessoa em particular, mas as pessoas em geral, ao coletivo, a coletividade, sem distinção ou destinação definida.” É voltada à generalidade (BEZERRA, 2005, p. 29).

A impessoalidade pressupõe a imparcialidade do agente público no que diz respeito à implementação dos atos administrativos para que os destinatários recebam por parte dos administradores tratamento igualitário, de modo a satisfazer os interesses coletivos e afastando o favorecimento particular.

Além de configurar um princípio norteador da jurisdição, pode-se dizer que imparcialidade é um de seus elementos essenciais.

A regra da impessoalidade determina que os administradores e as pessoas em geral sejam tratados em igualdade de condições para a regência de atuação da gestão pública seja voltada para a satisfação coletiva, sem distinção entre os indivíduos que são, no regime democrático, os titulares do poder (BEZERRA, 2005, p. 28).

Tal princípio é matiz constitucional que impulsiona a Administração Pública a sempre busca o bem comum, sempre objetivando o cidadão à coletividade (MARTINS, 2009, p. 192).

A Administração Pública não pode atuar com vistas em prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, pois o seu objetivo deve estar voltado para a sociedade em geral.

Conforme leciona o Ministro Luiz Fux:

O princípio da impessoalidade opera-se a favor da coletividade, impedindo, ao contrario disso, decisões de caráter *intuitu personae* que estejam consubstanciadas em critérios subjetivos ou anti-isonômicos e, por conseguinte, vedando contrações dirigidas (apud MARTINS, 2009).

O princípio da impessoalidade está assentado a garantir que toda e qualquer ação da Administração Pública venha a tingir a comunidade em geral.

Veja-se que a impessoalidade é a exigência de que o administrador, o agente público, não marque sua atividade administrativa pela perseguição de fins particulares, motivações egoístas, ambições pessoais que se sobreponham ao interesse público (Osório, 2007, p. 158).

A exigência de impessoalidade está contemplada na LGIA (Lei Geral da Improbidade Administrativa) como suporte da probidade administrativa e a imparcialidade está em volta desse princípio constitucional, porém, nem toda ofensa a esse princípio resultará em improbidade administrativa.

A impessoalidade exige-se uma correta atuação do Estado como administrar relativo à sua real finalidade. “Os agentes públicos detentores de poder devem agir de modo pessoal e baseado na moral social, conferindo a todos os interessados as mesmas oportunidades para ingresso no serviço público.” (BERTONCINI, 2007, p. 186).

Assim, esse princípio proíbe o agente público de se beneficiar de qualquer forma particular ou empresa e sim preocupar-se em observar os interesses da coletividade como um todo. “Mais especificamente no princípio da impessoalidade que está embutido o princípio da observância obrigatória do interesse público” (DI PIETRO, 2007, p. 229).

Deve-se redirecionar a impessoalidade para outros patamares, com novas funcionalidades na reforma política, servindo de instrumento para alcançar uma nova gestão pública.

A impessoalidade pode ensejar a construção e a consolidação de uma máquina administrativa eficiente e estável, contínua e objetiva, ao mesmo tempo em que pode e deve ditar novos critérios para a distribuição e cargos públicos de confiança dos administradores (OSÓRIO, 2007, p. 159-160).

Impessoal é o que não diz respeito a uma pessoa em especial no plano administrativo pode ser direcionada tanto a Administração Pública como seus administradores.

Num primeiro sentido estatui que o autor dos atos estatais se caracterize pelo órgão ou entidade e não pela pessoa do agente público, devendo os atos desses serem atribuídos ao ente legitimado a sua prática não os recursos humanos que viabilizaram a sua concretização.

Porém sob outra ótica, tal princípio torna-se cogente que a administração dispense igualdade de tratamento aos que se encontram e posição similar exigindo que os atos praticados produzam mesmo efeito e atinjam a todos que se encontre em mesma situação fática ou jurídica (GARCIA; ALVES, 2008, p. 51-52).

Verifica-se que o princípio de impessoalidade tem uma finalidade muito relevante pela constituição.

Com o princípio da impessoalidade a constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimento diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia (MEDAUAR, 2008, p. 125).

Nesse norte, entende-se que o objetivo principal e a verdadeira função desse princípio no que diz respeito à Administração Pública: “Busca desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos finalizam ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razão pessoais.” (MEDAUAR, 2008, p. 125).

Em situações que dizem respeito aos direitos difusos ou coletivos tal princípio significa a exigência de equilíbrio e ponderação de interesses para que não se decida com radicalidade ou preconceitos. “Nele se traduz a ideia de que a administração tem que tratar a todos os administradores sem discriminações, benéficas ou detrimientos.” (MELLO, 2006, p. 102).

Não se devem ter nos atos da administração nenhuma espécie de favoritismos nem perseguições muito menos interesses sectários de frações ou grupos de qualquer espécie.

E de certa forma surpreendente a inclusão da impessoalidade no rol dos princípios informadores da administração. Isso porque é difícil configurar sua autonomia face a outros princípios tais como o da finalidade, o da igualdade e mesmo o da própria legalidade (BASTOS, 2002, p. 55).

Observa-se que desde fato a lei tem que ser aplicada de moldes e de acordo com os fatos ocorridos em cada caso concreto não levando em conta somente os critérios nela não inseridos.

3.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Desde os primórdios da civilização estavam presentes os componentes de determinados padrões de conduta compatibilizando diversos interesses existentes viabilizando a manutenção da agregação social (GARCIA; ALVES, 2008, p. 58).

Legalidade deriva da lei, logo, nada mais coerente do que situa o âmbito da lei, o conteúdo do princípio da legalidade (GARCIA; ALVES, 2008). Legalidade tem tamanha importância para o regime jurídico sendo o princípio capital e o princípio específico do Estado de Direito, conforme vejamos:

O princípio da legalidade é específico do estado de direito, e justamente aquele que qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico administrativo, já que o direito administrativo nasce com o estado de direito: e uma consequência dele (MELLO, 2006, p. 89).

Na visão de Odete Medauar: “Uma das decorrências da caracterização de um Estado como Estado de Direito, encontra-se no princípio da legalidade que informa as atividades da Administração Pública.” (2008, p. 122).

Para a autora esse princípio vinculou-se a separação dos poderes em sua concepção originária sendo que no conjunto de poderes do Estado traduzia a supremacia do poder legislativo sobre o executivo. Também exprimia a supremacia da lei sobre os atos e medidas administrativas.

Sendo o princípio da legalidade verdadeira norma fundamental do direito administrativo.

O princípio da legalidade não deve ser entendido a ponto de alcançar todo e qualquer ato que imponha determinado comportamento ao poder público, pois concepção como esta desvirtuaria a própria natureza das coisas, rompendo com os alicerces do estado democrático e direito. Entendemos mais consentânea com a pureza dos institutos, a adstrição da concepção de legalidade as normas editadas pelos órgãos a quem o texto constitucional outorgou, com a observância de um procedimento previamente estabelecido, a produção normativa, o que faz com que referido princípio tenha seus contornos traçados pela lei em sentido material (GARCIA; ALVES, 2008, p. 63).

Tal princípio entronca-se com a própria noção de Estado de Direito. “Estado de direito é aquele que se submete ao próprio direito que criou razão pela

qual não deve ser motivo de surpresa constituir-se o princípio da legalidade um dos sustentáculos fundamentais do Estado de Direito.” (BASTOS, 2002, p. 41-42). Apesar do princípio da legalidade não poder se confundir com a lei pode-se dizer que ela é um dos basilares, uma vez que é utilizada para fundamentar as prerrogativas dos indivíduos da sociedade em geral.

Os administradores são concordes em reconhecer que tal princípio ganha no direito público uma significação especial (BASTOS, 2002). “Inegável é a importância do princípio constitucional de legalidade (art. 37, caput, da Constituição Federal) para o direito administrativo, sobretudo por explicar o *modus operandi* de tal forma de atuação estatal, como alias já foi deferido”. (MAFFINI, 2009, p. 42).

Enquanto o direito privado se pode fazer tudo àquilo que não for proibido por lei, no direito administrativo só pode ser feito o que a lei permite. Tais considerações dão a idéia geral do que seja o princípio da legalidade administrativa.

O princípio da legalidade obriga a administração a cumprir regras que ela própria editou (MEDAUAR, 2006). “Embora permaneça o sentido de poder objetivado pela submissão da administração a legalidade e o sentido de garantia, certeza e limitação do poder, registrou-se evolução na idéia genérica da legalidade.” (MEDAUAR, 2006, p. 123).

É o princípio de legalidade que controla certo grau do poder estadual com modelos de estruturação político administrativa que tendem a institucionalizar os fatores sócio-éticos de pressão sobre as autoridades.

No estado de direito contemporâneo, onde se manifesta a polissemia do princípio da legalidade, a acepção mais frequentemente utilizada no que respeita ao desempenho das funções estatais pelos órgãos de soberania, incide sobre as relações entre a lei e a atividade administrativa e corresponde a exigência de que os atos da administração encontrem seu fundamento numa norma jurídica precedente ou, ao menos, que não contrariem os comandos emitidos sob tal forma (GIACOMUZZI, 2002, p. 40).

Esse é o sentido que nos interessa, sendo que a legalidade no que tange a técnica do exercício da autoridade executiva e sua limitação jurídica.

3.4 PRINCÍPIO DA LEALDADE ÀS INSTITUIÇÕES

Lealdade institucional traduz a ideia de confiança inserida no regime democrático que baliza as relações entre cidadãos comuns, agentes públicos e administradores. As relações de lealdade com a moralidade administrativa são de espécie gênero onde a lealdade traduz uma dimensão axiológica da moralidade administrativa.

Quando se faz presente a inobservância do dever de lealdade institucional, a partir da vulneração ao conjunto de normas que o compõem, é certo que se pode constatar um rompimento de regras sensivelmente valorizadas e consideradas essenciais ao vínculo que os agentes públicos devem manter com a administração pública (OSÓRIO, 2007, p. 141).

O dever de lealdade requer a observância de uma série de normas essenciais ao vínculo que o agente público tem com o setor público o qual faz parte. A deslealdade institucional existe tanto em condutas dolosas quanto em condutas culposas por parte dos agentes públicos.

Nas atitudes dolosas, o agente trai o dever de lealdade institucional, incorrendo em uma vulneração de normas de moral administrativa. Nas atitudes culposas, o agente trai, de igual modo, a lealdade institucional, que lhe exige prudência e cuidado no trato de interesses que não lhe pertencem, porque o setor público, dentro de certos limites, não tolera a incompetência administrativa e esta é uma modalidade de deslealdade (OSÓRIO, 2007, p. 141).

Nesse sentido, adota-se um raciocínio funcionalista uma vez que aproximam ilícitos dolosos e culposos, ambos espelhando traições e deveres relacionados à vigência geral do ordenamento jurídico legítimo. Também se destaca que a lealdade institucional é um dos deveres que compõe o “coração” da improbidade juntamente com os princípios da legalidade e da moralidade administrativa (OSÓRIO, 2007, p. 141).

Toda e qualquer conduta ímproba reflete uma forma de ilegalidade, imoralidade e de deslealdade institucional, eis uma das fundamentais assertivas deste trabalho, rumo a uma conceituação mais densa e consistente do dever de probidade (OSÓRIO, 2007, p. 138).

Quando se trata de lealdade institucional, está presente um dos mais importantes pilares da improbidade no que diz respeito aos pressupostos desse ilícito administrativo.

3.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O poder público deve sempre buscar o bem comum utilizando-se de meios idôneos e adequados, e também privando pela qualidade dos seus atos.

O princípio da eficiência em relação à Administração Pública rege-se pela busca de meios adequados para o exercício de sua gestão, buscando parâmetros de economia e celeridade objetivando não só um bom resultado, mas o melhor resultado.

O princípio da eficiência garante aos usuários dos serviços públicos um mecanismo para a busca do seu constante aperfeiçoamento, permitindo sua adequação aos valores e as necessidades do grupamento no momento de sua prestação (ALVES; GARCIA, 2008, p. 54).

Importante frisar, que a eficiência assume um papel de norma de conduta de imperativa observância pela administração pública, sendo que esse princípio sempre esteve implícito no sistema não sendo propriamente a Emenda Constitucional n. 19/1998 que o trouxe (ALVES; GARCIA, 2008). O Estado tem um dever de resultado que é a eficiência da despesa e da receita na contratação estatal.

A eficiência, aqui, ao englobar a eficácia, traduz exigências funcionais concretas aos agentes públicos, relacionando-se não apenas com legitimidade de seus gastos, mas com a economicidade dos resultados, a qualidade do agir administrativo, o comprometimento com metas e solução de problemas (OSÓRIO, 2007 p. 164).

No sentido constitucional o princípio da eficiência pressupõe qualidade, comprometimento, eficácia buscando os paradigmas da nova gestão pública (OSÓRIO, 2007).

A inobservância do princípio da eficiência, além de comprometer prestação dos serviços públicos ou a viabilidade do próprio erário, ainda produz efeitos extremamente deletérios ao organismo social, como é o caso do constante aumento da carga tributária. Tomando-se como referencial um dado

objetivo, o administrador incompetente necessitara de recursos consideravelmente superiores que o compete para alcançar objetivos idênticos, o que exige o aumento de receita, regra geral com o correlato empobrecimento da população (GARCIA; ALVES, 2008, p. 55).

“A busca de eficiência se insere no discurso da nova gestão pública, o que supõe uma série inesgotável e dinâmica de novos parâmetros de legislação”. (OSÓRIO, 2007, p. 165).

Quando se trata de analisar o princípio da eficiência, trabalham-se a noção ínsita à chamada nova gestão pública num corte metodológico evidente, o que supõe admitir um novo programa estatal de gestão, dentro de certos paradigmas que rompem os clássicos modelos de administração pública (OSÓRIO, 2007, p. 165).

Administrador e gestor são sujeitos conceitualmente distintos, uma vez que gerir é algo mais do que simplesmente administrar com conceitos teóricos e pragmáticos diferentes.

Curiosamente, os novos paradigmas de eficiência proporcionam a reconstrução dos pilares de impessoalidade administrativa. Isto porque, de um lado, a impessoalidade seria na perspectiva clássica, um dos campos mais decisivos de legitimação do poder executivo do poder político, tanto que, em suas raízes, o direito administrativo veio a ser calcado na busca dos interesses públicos, coibindo-se, a seguir, o chamado desvio de finalidade, não raro ocorridos a partir da perseguição de interesses privados em detrimento dos interesses públicos. Institutos como a moral administrativa, vale insistir, ao lado da legalidade, ganharam conteúdos importantes a partir da idéia de impessoalidade (OSÓRIO, 2007, p. 167-168).

Nesse sentido, observa-se um direito administrativo com maiores espaços para iniciativa privada, mais dinâmico e flexível.

3.6 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade consiste em tornar público todos os atos da Administração Pública que sejam de interesse comum. Com exceção de hipóteses expressas na Constituição, todos os atos da Administração Pública devem ser levados ao conhecimento público para a fiscalização do povo e dos demais legitimados. (GARCIA; ALVES, p. 52)

Inexistindo transparência, não seria passível de aferição a necessária adequação que deve existir entre os atos estatais e a consecução do interesse público, razão a ser do próprio estado. Tal culminaria em impedir que os interessados zelassem por seus direitos, pois, se não conhecem os motivos que embasaram o agir da administração, tornar-se-ia tarefa assaz difícil impugná-los, o que torna obrigatória a declinação deste (GARCIA; ALVES, 2008, p. 53-54).

Nesse sentido, é que a publicidade deverá ser ampla, sendo ilícitas as omissões de qualquer ato público executado pela administração.

A publicidade faz-se pela inserção do ato no diário oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, conseqüentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias (MORAIS, 2007, p. 87).

Nesse sentido, também descreve Bastos: “O veículo por excelência de divulgação é o órgão oficial que vem a ser aquele que tem por destinação normal a publicação dos atos estatais” (BASTOS, 2002)

Assim, como todo poder emana do povo, a Administração Pública jamais maneja interesses e direitos pessoais, por esse motivo que surge o dever de transparência.

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciarão de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais (MEIRELLES, 1996, p. 56).

A sua eficácia vem a ser normalmente condicionada ao requisito publicação. Todos os mecanismos de atuação da administração são ativáveis somente se tratar de decisão devidamente publicada na forma da lei.

Só a publicidade permite evitar os inconvenientes necessariamente presentes nos processos sigilosos. O conhecimento, portanto, da atuação administrativa é indispensável tanto no que diz respeito à proteção dos interesses individuais como também aos interesses da coletividade em exercer o controle sobre os atos administrativos (BASTOS, 2002, p. 67).

Por fim, torna-se que a atuação administrativa tem que expor ao controle popular por parte de todos os interessados um acesso amplo aos processos administrativos, claro, sempre respeitando as garantias constitucionais de sigilo pertinentes a administração.

4 ANÁLISE DOCTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DA FALTA DE TIPIFICAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE POR AFRONTA AOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

4.1 A FALTA DE TIPIFICAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE

O ato de improbidade administrativa está previsto de forma subjetiva nas normas da Lei de Improbidade e nela expressam as condutas que o caracterizam.

A clausula geral “é a norma especial na medida em que, por seu intermédio, um sistema jurídico fundado na tripartição de poderes do estado e no direito escrito permite ao juiz a conformação a norma, a luz dos princípios de valor não codificados, e com vinculação, confrontada apenas pelo próprios tribunais, a critérios extralegais mas em todo o caso convencionais de base e de densidade empírica variável. Não são direito material posto pelo legislador, mas, simplesmente, *starding points* ou pontos de apoio para a formação da norma do caso concreto”. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 228).

A improbidade administrativa caracteriza-se por atos ilegais cometidos por parte de agentes públicos, nos exercícios de suas funções administrativas.

Especificamente em relação a esfera estatal , a corrupção indica o uso ou a omissão , pelo agente público , do poder que a lei outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, relegando a plano secundário os legítimos fins contemplados na norma. Desvio de poder e enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção (GARCIA; ALVES, 2008, p. 7).

Conforme previsto na Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 11, considera-se ato de improbidade administrativa o que atenta contra os princípios da administração pública: honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade.

A Lei Federal n. 8.429/1992, cujo título faz remissão as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, vem regulamentar o disposto no art. 37 § 4 e 5, da CF. Trata de disciplinar o tema improbidade administrativa em três esferas meramente exemplificativas nas modalidades relativas: I) enriquecimento ilícito de agente público; II) condutas que causem lesão ao patrimônio público; III) atentados aos princípios da administração pública, respectivamente arts, 9, 10 e 11 (MARTINS, 2009, p. 233-234).

Quando um agente administrativo pratica um ato, visando um fim diverso do previsto, afrontando um dos princípios da administração pública, o mesmo pode estar cometendo o ato de improbidade administrativa.

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 assegurem a boa administração e a disciplina interna na administração pública (DI PIETRO, 2005, p. 709).

Uma das consequências do ato de corrupção é o enriquecimento ilícito.

Como derivação lógica e consequência inevitável dos atos de corrupção, têm-se o enriquecimento ilícito, sendo aquela o principal meio de implementação deste. Em geral, o enriquecimento ilícito é o resultado de qualquer ação ou omissão que possibilite ao agente público auferir uma vantagem não prevista em lei (DI PIETRO, 2005, p. 709).

Os princípios na Lei de Improbidade acabam assumindo um papel mais importante seguindo de norte para aplicação das sanções previstas na norma.

Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente o qual deve ter seu atual direcionamento a consecução dos valores que integram o princípio e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores. Contatada a inexistência de regra específica maior importância assumirão os princípios, os quais servirão de norte a resolução do caso apreciado (GARCIA; ALVES, 2008 p. 40-41).

Neste norte, observa-se também que a falta de tipificação do ato de improbidade gera uma insegurança quando da interpretação dos princípios jurídicos por parte dos administradores públicos ao exercício de suas funções, pelo fato de muitas vezes cometerem atos que poderá ser considerado ato de improbidade por parte de alguns doutrinadores e não ser considerado para outros.

[...] Tais atos são considerados validos em razão - costuma se dizer da aparência de legitimidade de que se revestem apesar da incompetência absoluta de quem os reparou. Na verdade o que o direito protege não é a aparência de legitimidade daqueles atos, mas a confiança gerada nas pessoas em virtude ou por força de presunção de legalidade ou da aparência de legitimidade que tem os atos do poder publico (COUTO, 2005, p. 5).

Segundo Justen Filho (2011), o sancionamento do ato de improbidade administrativa apresenta natureza complexa e com forte conotação penal.

4.1.1 Insuficiência da Interpretação Tradicional do art. 12 da Lei n. 8429/92

Cabe expor o enunciado do artigo supra:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (BRASIL, 2012).

Alguns negam a natureza penal existente no instituto da improbidade administrativa, alegando que se trata de figura meramente administrativa (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1000).

A argumentação acima comporta duas críticas:

Em primeiro lugar, o dispositivo legal refere-se não apenas as sanções penais, mas também as administrativas. Logo, o argumento teria de conduzir a conclusão de que a improbidade administrativa seria dotada de natureza não penal, não administrativa e não civil. Restaria determinar então, qual seria a natureza (FILHO, 2011, p. 1000).

A disposição acima basta para confirmar a complexa natureza da improbidade administrativa.

4.1.2 A Questão do Elemento Subjetivo

Tem-se que a regra de configuração do ato de improbidade é a exigência do elemento subjetivo doloso. O ato de improbidade pressupõe uma conduta e atuação maliciosa para a obtenção de um resultado tido como indevido.

Primeiramente, observa-se que a disciplina do dispositivo é relevante uma vez que confirma quanto às hipóteses dos artigos 9, 10 e 11, não se admitem improbidade sem dolo, sendo que posteriormente deve-se ter cautela para evitar a generalização da configuração de ato de improbidade sem dolo, uma vez que se observarmos o art. 10 da Lei n. 8.429/92, somente alguns casos comportam essa possibilidade (FILHO, 2011, p.1007).

Observa-se que a maioria das condutas presentes no artigo 10, compreende o dolo genérico como elemento subjetivo, admitindo culpa em situações excepcionais, principalmente em virtude de omissão por parte dos agentes quando de sua responsabilidade de resguardar um bem público (FILHO, 2011, p. 1008).

A conduta omissiva, porém, também depende da natureza da infração.

Não é toda e qualquer hipótese e omissão que comporta qualificação como improbidade sem um elemento doloso. Em alguns casos, o dolo é da essência da infração, tal como se passa no caso do inciso VIII: "frustrar a licitude de processo licitatório." É evidente que a hipótese pressupõe dolo, especialmente pela utilização do conceito de licitude. Ou seja, não basta a frustração da eficácia da licitação, mas é necessário promover a frustração da sua ilicitude o que apenas se pode configurar mediante conduta consciente e intencionalmente orientada a infringir a lei. A atuação culposa do sujeito pode conduzir a sua responsabilização civil e administrativa. Mas isso não basta para a configuração do ato de improbidade (FILHO, 2011, p.1008).

O que se verifica é que no artigo 11 da Lei n. 8429/92 há uma definição ampla, e que exige uma interpretação restritiva sob pena de transformar qualquer infração em um ato de improbidade.

O ponto fundamental reside em que o art. 11 disciplina hipóteses de improbidade, não de desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade. Ou seja, é indispensável a configuração e improbidade mais desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade. Assim o sujeito simplesmente adota uma interpretação que ofende a Lei, não é possível submetê-lo ao sancionamento por improbidade. Pode haver a ilegalidade, mas a tipificação da conduta em vista do art. 11 pressupõe, ademais disso, a consumação de um prejuízo econômico para os cofres públicos, apto a ser qualificado como improbidade (FILHO, 2011, p. 2010).

Neste sentido, observa-se que o raciocínio não se aplica apenas aos dispositivos do artigo 11 da Lei n. 8429/92, mas também a outros não explicitamente ali indicados, sendo que por esse fato observa-se uma inócua tipificação do ato de improbidade.

Conforme exposto anteriormente, somente o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa alude ao elemento subjetivo, prescrevendo que as condutas nele descritas, que configuram atos de improbidade administrativa, podem ser praticadas com dolo ou culpa, ao passo que os arts. 9º e 11 são omissos (FIGUEIREDO, 2010, p. 122-123).

Não obstante, para que sejam configuradas as infrações descritas nos artigos supra, ainda deverá ser caracterizado o elemento subjetivo do dolo ou da culpa para que o ato praticado pelo agente seja um ato Ímprobo.

No direito moderno, assume ares de dogma a concepção de que não é admissível a *imputatio júris* de um resultado danoso sem um fator de ligação psíquica que a ele vincule o agente. Ressalvados os casos em que a responsabilidade objetiva esteja expressamente prevista no ordenamento jurídico, é insuficiente a mera demonstração de vínculo causal objetivo entre a conduta, e esta ao resultado, não será possível demonstrar 'o menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*)'. (GARCIA; ALVES, 2008, p. 266-267).

Nesse sentido, observando todo o exposto nota-se que a diferença existente entre os conceitos objetivo e subjetivo encontra-se na forma de expressa previsão legal no ordenamento jurídico, pois para o elemento objetivo independente o *animus* do agente, o dolo ou a culpa, bastando que o mero ato gere dano, responsabiliza o causador a restituir ou indenizar o ato.

4.2 AFRONTA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

4.2.1 O Conteúdo do Princípio da Legalidade

Sabe-se que a atividade administrativa é um conjunto de ações dirigidas as necessidades e satisfação da coletividade, desenvolvida sob o égide da legalidade (FILHO, 2011, p. 190).

Todos os operadores jurídicos costumam referir-se a existência de uma princípio da legalidade, em virtude da previsão constante na Constituição Federal, no sentido de que 'ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 5º da CF).(FILHO, 2011, p. 190).

A tendência predominante é que reflete uma concepção hierárquica que reconhece o princípio com uma importância maior do que a regra, porém, não pode deixar de se olvidar que a incerteza e a indeterminação são inerentes a natureza de um princípio, o que permite uma relevante margem de interpretação ou autonomia ao seu aplicador. “Em termos práticos, afirmar a existência pura e simples de um princípio da legalidade permitiria que o processo de concretização das normas jurídicas conduzisse ao surgimento de direitos e obrigações não constantes em Lei.” (FILHO, 2011, p.190).

Porém, a Constituição Federal estabeleceu o princípio da legalidade como garantia fundamental do cidadão norteador da atividade administrativa do Estado.

No entanto, no que tange a legalidade administrativa, a chamada “reserva de lei” significa o que já foi referido, ou seja, que a administração não pode agir, senão legitimada por preceitos legais.

Destarte, pode-se atribuir que a legalidade administrativa consiste na “primazia da lei e do direito” onde essa consiste no vetor que conforme o plano da validade da ação administrativa (MAFFINI, 2009, p. 43).

Especialmente Apos a vigência da Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência vem convergindo num sentido mais amplo da noção de legalidade administrativa enquanto primazia da lei e do direito. Ocorre que antes da Constituição de 1988, a compreensão mais usual andava no sentido de que o púnico vetor da validade da atividade administrativa pública era a estrita legalidade, (ou legalidade *stricto sensu*), ou seja, tinha

uma noção meramente formal da validade da ação administrativa, no sentido que bastaria esta seguir formalmente o texto literal da Lei, para que se concluísse pela sua validade. Nos dias de hoje tem-se por correta uma noção mais abrangente do que seja a legalidade administrativa (aqui legalidade *lato senso*) (MAFFINI, 2009, p. 43).

Hoje é possível se falar em legalidade restrita, ou seja, com a exigência da lei no sentido formal, sendo os casos de práticas de determinados atos e criação de cargos ou funções. (BERTONCINI, 2002, p. 62).

Todavia, também é possível falar em legalidade em sentido amplo, para abranger não só a obediência a lei, mas também a obediência dos princípios e valores que estão na base do ordenamento jurídico (BERTONCINI, 2002, p. 62).

Entretanto, verifica-se que, quando realmente são cometidos atos que poderiam importar em improbidade administrativa pela falta de objetividade na lei expressa, fica a decisão apenas nas mãos dos juristas, dificultando assim aplicação de sanções, haja vista que não se tem base legal objetiva para se segurar a decisão.

Como já decidiu o STF (ex. RMS 24.669), exige-se mais do que isso no sentido de que, para validade da ação administrativa, não basta que seja formalmente compatível com a lei, é também necessário que esteja substancialmente em consonância com toda a princiologia do Direito Administrativo (MAFFINI, 2009, p. 43).

Não obstante, a conduta administrativa mesmo que formalmente de acordo com a lei, se dotada de imoralidade, desonestidade etc., também deve ser considerada inválida sendo que adequação do ato praticado ao princípio infringido é ponderada de acordo com o entendimento do julgador do ato.

Essas últimas indicações caminham no sentido de que a vinculação exata do direito administrativo, da Administração Pública e dos gestores passa a ser mais consentânea ao bloco da legalidade advindo da hermenêutica constitucional, com relevo na interpretação sistêmica, em que ganha proeminência a convocação de outros princípios (a partir dos seus núcleos e valores) para a revitalização do direito público e sua esperada eficiência (MARTINS, 2009, p. 185).

A vinculação da Administração, portanto, não se circunscreve apenas na lei formal, mas em todo um sistema de leis e princípios chamado sistema de juridicidade administrativa. Justamente nesse sentido que se verifica uma afronta ao princípio da reserva legal, sendo que cada julgador decidirá com sua percepção do

que é imoral, desonesto, parcial, não tendo base legal objetiva para fundamentar suas decisões.

4.3 AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Inicialmente cabe anotar aqui que a improbidade é um conceito jurídico indeterminado, fato que impede sua utilização imediata para o sancionamento penal ou administrativo. Faz-se necessário nesse sentido tornar preciso, específico o conteúdo de condutas aptas a configurar a ilicitude, situação que exigiu edição de normas legais destinadas a tipificar tais condutas reprováveis (JUSTEN FILHO, 2011, p.1005).

Anote-se, porém, que o conceito de improbidade permite diferenciar o universo de condutas examinadas em três conjuntos diversos. Há as condutas inquestionavelmente configuráveis como ímprobas. Há as condutas inquestionavelmente qualificáveis como probas. E há aquelas que geram dúvidas e que são o núcleo da discussão prática. (JUSTEN FILHO, 2011, p. 1005).

Em uma análise em volta do tema moral administrativa, observa-se que na doutrina brasileira alusão reiterada a uma suposta não equivalência da moralidade administrativa com a moral comum. Sendo que tal afirmação não vem acompanhada de critérios mínimos seja da moral comum ou da moral administrativa, sendo que está moral administrativa vem definida baseando-se em um conjunto de regras retiradas do interior da administração, tendo pouco mais que palavras vazias. (GIACOMUZI, 2002, p. 167).

Com efeito, parte significativa da doutrina tem feito a seguinte afirmação, com força de verdade absoluta, sobre a moralidade administrativa: ela não se confunde com moral comum e correspondem as regras da boa administração. Veremos ser raro quem, abordando o tema da moralidade administrativa, deixa de fazer referência a essa alegada na -equivalência, olvidando-se de contextualizar a dita frase, colhida da –pouco lida- obra de Welter (GIACOMUZI, 2002,p. 168).

Bem vejamos que, como não é dada nenhuma explicação do que seja a moral comum e a moral administrativa, prevalece nesses casos a moral mais conveniente ao intérprete, imperando a subjetividade (GIACOMUZI, 2002, p. 169).

O inegável avanço trazido pelo *caput* do artigo 11 da Lei 8.429/92, que foi para dar exeqüibilidade ao art. 37 §4º da Constituição Federal, tem duas facetas indissociáveis: pretende abarcar, pela lei, o maior número possível de condutas tidas como ímprobas e, ao mesmo tempo, dá margem à possibilidade de existência de graves excessos de interpretação (BAHENA, 2004, p. 127).

Tais excessos já foram criticados por doutrinadores como Marcelo Figueiredo, culminado na necessidade de se estabelecer um conceito jurídico doutrinário do que seja efetivamente ato de improbidade administrativa que viole o dever de moralidade, uma vez que este conceito existente é muito amplo e indeterminado (BAHENA, 2004, p. 127).

O I Simpósio Goiano sobre Improbidade Administrativa, segundo Carlos Frederico Brito dos Santos, atribuiu ao art. 11 da Lei de Improbidade a denominação de *Esfinge*, que impõe aos operadores do direito que decifrem urgentemente o enigma, impedindo apressadas exegeses literais. (BAHENA, 2004, p. 128).

Tendo em vista, portanto, que a moralidade administrativa é o gênero e que a probidade é a espécie, e ainda que o ato de improbidade se dá com a imoralidade, desonestidade, deslealdade etc., conclui-se que nem toda imoralidade traduz ato de improbidade (BAHENA, 2004, p. 128).

A moral comum tem, portanto, para respeitáveis jus filósofos, forte caráter de subjetividade e incerteza (GIACOMUZI, 2002, p.171).

A lei de Improbidade Administrativa veio destinada a modificar conceitos no cenário administrativo brasileiro. Isto se deve não somente a amplitude das condutas que podem ser enquadradas na lei como improbidade administrativa, mas também, devido a abrangência subjetiva da lei, destinada a considerar como agente público, e conseqüentemente sujeito ativo da improbidade, todos aqueles que mantêm vínculo com a Administração Pública (TOURINHO, 2004, p. 136).

No âmbito das incertezas doutrinárias notou-se uma jurisprudência igualmente vacilante, quando na aplicação do caso concreto (GIACOMUZI, 2002, p. 177). “A doutrina brasileira, mais de 12 (doze) anos depois de promulgada a Constituição Federal de 1988, está como se vê das considerações anteriores, longe de oferecer *segurança jurídica* no tratamento desse tema.” (GIACOMUZI, 2002, p. 177).

Neste norte, a moderna teoria dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no que diz respeito a apreciação do juiz é capaz de orientar uma avaliação de legitimidade de uma atividade administrativa em que o agente confronta-se com um conceito jurídico indeterminado (BOSCO, 2007, p. 378).

No que se refere aos textos constitucionais, uma das preocupações da doutrina é, sem dúvida, a possibilidade de que aqueles que contêm conceitos indeterminados deixem um flanco aberto para o exercício da discricionariedade judicial, justamente porque a interpretação do alcance da norma acaba reservada ao juiz constitucional, correndo-se o risco de que uma democracia se converta em governo do juiz constitucional (BOSCO, 2007, p. 379).

Conclui-se, portanto, que apesar dos conceitos indeterminados e subjetivos presentes na norma de improbidade administrativa, dar um espaço a aplicação da discricionariedade do juiz, bem como permanecerem abertos as mudanças de valores da sociedade, verifica-se que essa subjetividade traz ao ordenamento jurídico uma grande insegurança na aplicação da lei ao caso concreto.

4.4 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS BASEADA NO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em primeira análise verificamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quando busca salvaguardar o princípio da moralidade administrativa, ensejando que tal princípio deve ser interpretado como um todo, não cabendo espaço para sua relativização.

O bem jurídico que a Lei de Improbidade busca salvaguardar é, por excelência, a moralidade administrativa, que deve ser, objetivamente, considerada: ela não comporta relativização a ponto de permitir só um pouco de ofensa. Daí não se aplicar o princípio da insignificância as condutas judicialmente reconhecidas como Ímprobas, pois não existe ofensa insignificante ao princípio da moralidade. Constata-se que, em nosso sistema jurídico, vige o princípio da indisponibilidade do interesse público, a que o Poder Judiciário também está jungido (Resp nº. 892.818, Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Julg. 11.11.2008, Disponível em <www.stj.gov.br>, Acesso em 03/11/2012.)

Tal entendimento nos transmite a uma análise de que o princípio da moralidade administrativa não deve ser interpretado nos casos concretos com grau

de ofensas e sim como afrontado ou não, vez que este deve ser respeitado com toda excelência que merece.

No que diz respeito a caracterização do ato de improbidade administrativa, entende o Superior Tribunal de Justiça que o elemento subjetivo dolo deve estar devidamente comprovado. Nesse sentido a segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. CONVÊNIO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. LESÃO AO ERÁRIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS A DESTEMPO. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. OFENSA. DOLO COMPROVADO. DOSIMETRIA.

1. Para a configuração do ato de improbidade de "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo" descrito no art. 11, VI, da Lei 8.429/92, faz-se necessária a comprovação da conduta omissiva dolosa do agente público. A malversação dos recursos do convênio, em decorrência de dispensa indevida de licitação, pelo qual o gestor já fora condenado, associada à apresentação tardia da respectiva prestação de contas, após quase dois anos do prazo legal e por força da instauração da ação civil pública, constituem dados suficientes para que fique caracterizada a má-fé do gestor. Para o restabelecimento da ordem jurídica, deve ser aplicada a multa civil prevista do art. 12, III, da LIA, no valor de cinco remunerações mensais percebidas pelo ex-prefeito à época do ato praticado. 2. Quanto ao pedido de condenação à pena de ressarcimento de dano por dispensa indevida de licitação (art. 10, inciso VIII),

[...]

3. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.

(Processo REsp 853657 / BARECURSO ESPECIAL 2006/0130480-9 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 02/10/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 09/10/2012, Disponível em <www.stj.gov.br>, Acesso em 03/11/2012.)

A conduta omissiva dolosa do agente é necessária para que o ato de improbidade administrativa possa ser configurado.

Neste mesmo sentido tem entendido da primeira turma do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LAUDO MÉDICO EMITIDO POR PROFISSIONAL MÉDICO, SERVIDOR PÚBLICO, EM SEU PRÓPRIO BENEFÍCIO. CONDENAÇÃO EM MULTA CIVIL. REDUÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

[...]

2. Conforme pacífico entendimento do STJ, "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo

10" (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, dje 28/09/2011). De outro lado, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa previsto pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo.

[...]

4. No caso dos autos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em razão da prática de ato ímprobo (art. 11 da Lei n. 8.429/1992), ponderando a respeito da extensão do dano causado, do proveito patrimonial obtido, da gravidade da conduta e da intensidade do elemento subjetivo do agente, condenou a ora recorrente à multa "no valor de 20 vezes o valor da remuneração percebida, quando da sua manutenção no primeiro cargo, pelo período de 5 (cinco) anos, 1999 a 2004, esclarecendo que esta não é quantia referente à lesão ao patrimônio público".

[...]

6. Agravos regimentais não providos.

(AgRg no AREsp 73968 / SPAGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0261049-5 Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 02/10/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 29/10/2012, Disponível em <www.stj.gov.br>, Acesso em 03/11/2012).

Tal acórdão esta em sintonia com o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, sendo que não se exige para caracterização do ato ímprobo o dolo específico, não havendo como afastar o elemento subjetivo da conduta do agente.

Verifica-se neste norte que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico em exigir para a configuração do ato de improbidade, a presença do elemento subjetivo na conduta do agente infrator.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIIFICAÇÃO DA CONDOTA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 168/STJ.

1. É firme a jurisprudência no sentido de que a configuração do elemento subjetivo da conduta do agente é indispensável para a caracterização dos atos de improbidade de que trata a Lei n. 8.429/92.

2. Para que o ato praticado pelo agente público seja enquadrado em alguma das previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consolidado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa nas hipóteses do art. 10 da Lei n. 8.429/92.

3. Incidência da Súmula 168/STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EREsp 1260963 / PRAGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL 2012/0108459-0 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 26/09/2012 Data da

Publicação/Fonte DJe 03/10/2012, Disponível em <www.stj.com.br>, Acesso em 03/11/2012)

Destarte, conclui-se que quando um agente da Administração Pública, no exercício de suas funções comete um ato que afronta os princípios da Administração Pública, a adequação dessa afronta ao ato de improbidade administrativa só se dará após analisar a conduta do agente com base no elemento subjetivo dolo.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho visou demonstrar a importância de estudarmos sobre a falta de tipificação do ato de improbidade, e sua farta interpretação quando da adequação da conduta ao caso concreto, por parte dos aplicadores da Lei.

Tendo em vista que em nosso país ocorrem muitos atos por parte da Administração Pública, e que muitos desses atos a princípio ocorrem em desacordo com o principal objetivo da Administração, verifica-se a importância de se haver uma análise mais profunda e mais clara do que realmente se configura a afronta aos princípios a ponto de ser caracterizado o ato de improbidade administrativa.

Quando ocorre o ato de improbidade observa-se o desrespeito ou a não observância desses princípios que norteiam a Administração Pública, dentre eles os que estão descritos no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992. Atos que ferem qualquer desses princípios consideram-se atos de improbidade administrativa, caracterizando assim o crime de improbidade administrativa.

Porém, contudo, se pararmos para analisar quando ocorre um ato praticado por parte de um agente administrativo que venha prejudicando a sociedade e afrontando esses princípios, esse ato só será considerado crime de improbidade se os juristas que estão analisando o fato assim o caracterizarem, pois há uma grande subjetividade nos princípios.

Não há uma previsão legal objetiva desse crime, uma vez a única previsão que existe esta na Lei n. 8.429/1992 expressa de forma subjetiva e exemplificativa em seu artigo 11.

Pela falta de objetividade na lei que regulamenta esse crime, muitas vezes acaba-se passando impune atos ímprobos de muitos agentes, podendo assim também serem responsabilizados pelo crime agentes que não o cometeram.

Sabe-se que é nas mãos da Administração Pública, através de seus agentes que está a administração de uma nação, portanto, os atos administrativos devem ser praticados de forma que venha beneficiar a coletividade proporcionando benefícios para a sociedade em geral.

Nesse sentido verifica-se que a elaboração de uma lei mais objetiva, criada a partir de casos de corrupção concretos e observados no dia a dia da

administração seria uma forma de coibir, ou ao menos reduzir os atos de improbidade cometidos pelos agentes e administradores públicos em nosso país.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, J. Carlos. **A dupla face da corrupção**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, 174 p.
- BAHENA, Kele Cristiani Diogo. **O Princípio da Moralidade Administrativa e seu Controle pela Lei de Improbidade**. Curitiba: Juruá, 2004, 185 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, 507 p.
- BERTONCINI, Mateus. **Ato de improbidade administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 270 p.
- BEZERRA, Aluisio Filho. **Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2005, 267 p.
- BOSCO, Maria Goreti Dal. **Discricionariedade em Políticas Públicas: Um Olhar Garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa**. Curitiba: Juruá, 2007, 479 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988 2 ed.** São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011, 873 p.
- FILHO, Aluisio Bezerra. **Lei de Improbidade Administrativa** Curitiba: Juruá, 2005, 267 p.
- FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, 863 p.
- FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, 1308 p.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa. 2 ed.** Curitiba: Genesis, 1993. p.157. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19116581/recurso-especial-resp-1219706-mg-2010-0190081-7-stj>>, Acesso em 15/06/2012)
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: lumem júris, 2008, 1012 p.
- GIACOMUZZI, Jose Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa Fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2002, 325 p.

HABIB, Sergio Antonio Fabio. **Brasil: Quinhentos anos de corrupção.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, 232 p.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 288 p.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: Comentários a Lei de Improbidade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, 399 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 430 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 416 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 20 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2006, 1031 p.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo.** 4 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007, 405 p.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa.** São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade & Controle Princiológico.** Curitiba: Juruá, 2004, 259 p.

----- **Superior Tribunal de Justiça.** PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DISTINÇÃO ENTRE JUÍZO DE IMPROBIDADE DA CONDUTA E JUÍZO DE DOSIMETRIA DAS ANÇÃO.

RECURSO ESPECIAL Nº 892.818 - RS (2006/0219182-6) Relator: Ministro Herman Benjamin, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: João Amaro Borges da Silva advogado: Maurício M Duarte

----- **Superior Tribunal de Justiça.** ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. CONVÊNIO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. LESÃO AO ERÁRIO. PRESTAÇÃO DE CONTAS A DESTEMPO. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. OFENSA. DOLO COMPROVADO. DOSIMETRIA.

Processo REsp 853657 / BA RECURSO ESPECIAL 2006/0130480-9 Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA (1125) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 02/10/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 09/10/2012, Disponível em <www.stj.gov.br>, Acesso em 03/11/2012.

----- **Superior Tribunal de Justiça.** ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LAUDO MÉDICO EMITIDO POR

PROFISSIONAL MÉDICO, SERVIDOR PÚBLICO, EM SEU PRÓPRIO BENEFÍCIO. CONDENAÇÃO EM MULTA CIVIL. REDUÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

AgRg no AREsp 73968 / SPAGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0261049-5 Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 02/10/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 29/10/2012, Disponível em <www.stj.gov.br>, Acesso em 03/11/2012.

----- **Superior Tribunal de Justiça.** PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 168/STJ.

AgRg nos EREsp 1260963 / PRAGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGENCIA EM RECURSO ESPECIAL 2012/0108459-0 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 26/09/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 03/10/2012, Disponível em <www.stj.com.br>, Acesso em 03/11/2012

ZACARANO, Antonio Frederico. **A corrupção político-administrativa no Brasil.** São Paulo: Editora acadêmica, 1994, 164 p.