

**PONTÍFICA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC-SP**

Kadra Regina Zeratin Rizzi

**A CULPA NA LEI DE IMPROBIDADE:  
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

Pós-Graduação

SÃO PAULO

2013

Kadra Regina Zeratin Rizzi

**A CULPA NA LEI DE IMPROBIDADE:  
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL**

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Dissertação apresentada ao orientador da Pontifca Universidade Católica de São Paulo / COGEAE, como exigência parcial para obtenção do título Pós-Graduada em Direito Administrativo, sob orientação do **Prof. Rafael Valim.**

SÃO PAULO  
Fevereiro/2013

## AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus  
pela vitória de transpor obstáculos aparentemente intransponíveis;

Agradeço a minha Família,  
em especial minha Mãe, que sempre me deu força para finalizar este trabalho;

Agradeço ao meu Pai  
que mesmo estando longe sempre esteve tão perto,  
que jamais me deixaria desistir dos meus sonhos e  
que jamais me deixaria parar pela metade;

Agradeço ao meu Namorado e Amigos,  
que sempre me apoiaram e me fizeram ter certeza que eu podia seguir em frente;

Agradeço a alguns Colegas de Trabalho,  
que acreditaram num potencial que eu ignorava em meio a tanta turbulência;

Agradeço a Vida,  
por me levar para trilha certa quando eu achava que estava indo para a trilha errada!

Por fim, Agradeço ao meu Orientador,  
que me deu um norte para finalizar este trabalho;

## RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo analisar a forma culposa nos atos de improbidade administrativa, disciplinados pela Lei de Improbidade Administrativa N° 8.429/92 (LIA), sob a perspectiva dos princípios constitucionais.

Analisa a evolução histórica da moralidade administrativa e a plausibilidade da condenação por ato de improbidade administrativa na modalidade culposa, com base na Constituição da República Federativa do Brasil e seus princípios basilares.

Defende-se a tese de que a condenação por atos de improbidade administrativa, na forma culposa, além de ofender princípios constitucionais, consagrados pela existência harmônica dos Princípios da Moralidade Administrativa, Legalidade, Razoabilidade, Proporcionalidade, Segurança Jurídica e Dignidade da Pessoa Humana também ofende ao princípio infraconstitucional da Boa-fé – norteador de todas as relações firmadas com a Administração Pública.

O trabalho pretende demonstrar, com base na evolução histórica, que a aceitação da modalidade culposa na aplicação das sanções previstas na LIA tem como principal fundamento a facilitação da condenação dos agentes públicos que violem os deveres ou o patrimônio da Administração Pública, independentemente de culpa e sem a necessária demonstração de dolo do agente – requisito essencial para condenação dos réus na esfera penal e dispensável para condenação do réu na esfera cível, posto que para condenar o agente público por culpa, basta comprovar sua negligência, imprudência e imperícia, sendo prescindível a comprovação do dolo. Retira-se o ônus da prova do autor, transportando-o ao réu.

O trabalho também demonstra que a aceitação da forma culposa reflete a existência de um movimento de repulsa à histórica tolerância com atos de corrupção e que os protagonistas deste movimento encaram a forma culposa como punição educacional dos agentes corruptos, desconsiderando, para tanto, as raízes da LIA e os princípios da moralidade e a boa-fé administrativa – norteadores das relações firmadas com a administração pública.

O trabalho atenta para a necessidade de condenação dos réus que agem de forma dolosa e ao arrepio dos interesses da Administração Pública e não daqueles inaptos

– passíveis de penas administrativas menos severas do que as penas previstas na LIA – sob pena de desvirtuamento do instituto da improbidade administrativa, que acabará por privilegiar a extirpação da corrupção em detrimento aos princípios constitucionais da presunção de inocência, da ampla defesa e de contraditório e, em especial, ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ao final, conclui-se que a aplicação das sanções previstas na LIA poderá prejudicar sobremaneira a Administração Pública, afastando cada vez mais os agentes capacitados e honestos e atraindo cada vez mais os agentes incapacitados e corruptos. Isto porque inúmeros atos administrativos praticados por agentes públicos às vezes de forma inábil, mas despido de dolo, má-fé ou desonestidade – são taxados de ímprobos pelos autores destas ações, sem o necessário cuidado – o que, em regra, repercute negativamente na sociedade e acaba por afastar aqueles agentes honestos que prezam por sua reputação e imagem perante a sociedade.

**Palavras-Chave:** Improbidade Administrativa. Culpa. Sanções Administrativas. Moralidade Administrativa. Razoabilidade e Proporcionalidade. Dignidade da Pessoa Humana. Segurança Jurídica.

## SUMÁRIO

### Capítulo I – Aspectos Gerais da Improbidade Administrativa

1.1.	Evolução História .....	7
1.2.	Causas de corrupção e reflexos na LIA .....	14
1.3.	Panorama Doutrinário da Improbidade .....	19
1.4.	Responsabilidade Civil .....	29
	1.4.1. Responsabilidade Subjetiva	
	1.4.2. Responsabilidade Objetiva	
1.5.	Responsabilidade Penal .....	33

### Capítulo II – Influência dos Princípios na LIA

0.1.	Princípio da Moralidade Administrativa .....	38
0.2.	Princípio da Boa-Fé Administrativa .....	47
0.3.	Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade .....	50
0.4.	Princípio da Segurança Jurídica .....	54
0.5.	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	58

### Capítulo III – Inconstitucionalidade da LIA

3.1.	Afronta ao Princípio da Moralidade Administrativa .....	62
3.2.	Afronta aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade .....	68
3.3.	Afronta Princípio da Segurança Jurídica .....	70
3.4.	Afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana .....	73

<b>Considerações Finais</b> .....	<b>77</b>
-----------------------------------	-----------

<b>Referências Bibliográficas</b> .....	<b>79</b>
---	-----------

## Capítulo I – Aspectos Gerais da Improbidade Administrativa

Sumário: 1.1. Evolução História; 1.2. Causas de corrupção e reflexos na LIA; 1.3. Panorama Doutrinário da Improbidade; 1.4. Responsabilidade Civil: 1.4.1. Responsabilidade Subjetiva; 1.4.2. Responsabilidade Objetiva; 1.5. Responsabilidade Penal.

### 1.1. Evolução histórica da Improbidade Administrativa

A Constituição Federal de 1824, embora tivesse traços característicos de Monarquia Absolutista e consagrasse a inviolabilidade da figura do chefe de Estado e Governo em seu artigo 99, já previa a punição dos Ministros do Imperador, pelos crimes de peita, suborno, concussão ou qualquer dissipação de bens públicos (artigo 133, II e VI)<sup>1</sup>.

Outrossim, embora a preocupação da Improbidade Administrativa no plano normativo constitucional brasileiro não seja contemporânea e já tenha dado mostras de sua preocupação com os problemas decorrentes da corrupção, foi somente com as Constituições Republicanas que se previu expressamente a figura da Improbidade Administrativa.

Através do artigo 54, § 6, da Carta Constitucional de 1891, pela primeira vez na história do Brasil previu-se expressamente o crime de responsabilidade do Presidente que atentasse contra os crimes de probidade administrativa.

As mesmas disposições foram prevista nos artigos 57, “f” da Carta Constitucional de 1934; artigo 85 “d” da Carta Constitucional de 1937; artigo 89 “v” da Carta Constitucional de 1946, artigo 84 “v” da Carta Militar de 1967, artigos 14, §9, 15, “v”, 37 §4, 85 “v” 97, § 10, “iii” da Carta Constitucional de 1988, com a diferença que na

---

<sup>1</sup> BERTONCINI, Mateus; Ato de Improbidade Administrativa – 15 anos da Lei 8.429/92; RT: 2007; São Paulo/SP; p. 19.

Carta Constitucional de 1937, além da proibidade administrativa, também foi previsto o crime de responsabilidade pelos atos que atentassem contra a guarda e emprego do dinheiro. Já na Carta Constitucional de 1988<sup>2</sup>, a proibidade administrativa, foi prevista em diversas oportunidades, acentuando-se o repúdio à corrupção - forma de violação mais severa aos princípios republicanos<sup>3</sup>.

Importante abrir parênteses para traçar um liame entre a atual LIA e a Constituição Federal de 1824, demonstrando a influência daquela Constituição sobre a LIA e demais leis que a antecederam.

O artigo 133 da Carta Constitucional de 1824, já previa a punição dos Ministros de Estado pelos crimes de peita, suborno ou concussão; pela inobservância da lei e, ainda, por qualquer dissipação dos bens públicos.

Em outras palavras, mas na mesma linha de responsabilização são as previsões contidas na LIA.

Para a antiga previsão por crimes de peita, suborno ou concussão a LIA previu em seu artigo 9º inciso I, o recebimento de vantagem indevida: "Art. 9º Constitui ato de

---

<sup>2</sup> Proibidade na CF/ 88: **Art. 15.** É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: (...) V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. **Art. 37.** A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. **Art. 85.** São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: (...) V - a proibidade na administração. A EC de Revisão Nº 4 e EC Nº 62, alteraram a Carta Magna para inserir o § 9º ao artigo 14 da CF e o § 10, inciso III, aos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias: § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a proibidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta; III - o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa.

<sup>3</sup> Neste sentido já se manifestou Mateus Bertocini, p. 24 "O enfrentamento da corrupção, segundo se pode inferir, constitui-se em necessidade imprescindível do Estado e da sociedade brasileira, para que se possa construir, gradativamente, uma sociedade justa e solitária – proba, em última análise -, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e para promover o bem de todos."

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, e notadamente: 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."

Para a responsabilização dos Ministros de Estado por inobservância da lei, a LIA previu em seu artigo 11 a responsabilização do agente que violar deveres legais, com o escopo de praticar atos escusos: "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."

Para a responsabilidade dos Ministros de Estado por dissipação dos bens públicos, a LIA previu em seu artigo 10 a responsabilização dos agentes públicos que causem dano ao erário: "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 (...)"

Notável, por conseguinte, a estreita relação entre as possibilidades de responsabilização de Ministros de Estado previstas na Constituição de 1824 e as possibilidades de responsabilização previstas na LIA.

Fechados os parênteses voltamos a evolução histórica da atual LIA.

Sancionada em 03.06.1992 e substituta das Leis 3.164/57 (Lei Pitombo Godói-ilha)<sup>4</sup> a e Lei 3.502/58<sup>5</sup> (Lei Bilac Pinto), que já previam o sequestro e a perda dos bens adquiridos ilegalmente em favor da Fazenda Pública, independentemente da responsabilidade criminal decorrente do ato ilícito, no caso da lei Pitombo Godói-ilha e as hipóteses de enriquecimento ilícito e autorização cumulativa de sequestro e perda de bens, e de ressarcimento integral dos valores obtidos ilicitamente, no caso da Lei Bilac Pinto, a Lei de Improbidade Administrativa adotou as medidas protetivas já existentes e ainda acrescentou uma série de dispositivos legais de suma importância para o combate à corrupção brasileira.

A Lei Pitombo Godói-ilha previa a possibilidade de seqüestrar os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que o agente

---

<sup>4</sup> “Art. 1º São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquele incorrido. (...)”

<sup>5</sup> “Art. 1º O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao seqüestro e perda dos respectivos bens ou valores. (...) Art. 2º Constituem casos de enriquecimento ilícito, para os fins desta lei: a) a incorporação ao patrimônio privado, sem as formalidades previstas em leis, regulamentos estatutos ou em normas gerais e sem a indenização correspondente, de bens ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos; b) a doação de valores ou bens do patrimônio das entidades mencionadas no art. 1º e seus parágrafos a indivíduos ou instituições privadas, ainda que de fins assistenciais ou educativos, desde que feita sem publicidade e sem autorização prévia do órgão que tenha competência expressa para deliberar a esse respeito; c) o recebimento de dinheiro, de bem móvel ou imóvel, ou de qualquer outra vantagem econômica, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente; d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem móvel ou imóvel, por valor sensivelmente superior ao corrente no mercado ou ao seu valor real; e) a obtenção de vantagem econômica por meio da aquisição de bem móvel ou imóvel por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado ou ao seu valor real; f) a utilização em obras ou serviços de natureza privada de veículos máquinas e materiais de qualquer natureza de propriedade da União, Estado, Município, entidade autárquica, sociedade de economia, mista, fundação de direito público, empresa incorporada ao patrimônio da União ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais e, bem assim, a dos serviços de servidores públicos, ou de empregados e operários de qualquer dessas entidades. (...) É igualmente enriquecimento ilícito o que resultar de: a) tolerância ou autorização ou ordem verbal, escrita ou tácita, para a exploração de jogos de azar ou de lenocínio; b) declaração falsa em medição de serviços de construção de estradas ou de obras públicas, executados pelo Poder Público ou por tarefeiros empreiteiros, subempreiteiros ou concessionários; c) declaração falsa sobre quantidade, peso, qualidade ou características de mercadorias ou bens entregues a serviço público, autarquia, sociedade de economia mista, fundação instituída pelo Poder Público, empresa incorporada ao patrimônio público ou entidade que receba e aplique contribuições parafiscais ou de qualquer deles recebidas (...)”

tivesse incorrido e à sua perda em favor da Fazenda Pública. No entanto, a norma não caracterizava as condutas tidas como ímprobas e disciplinava tão somente o sequestro e a perda dos bens adquiridos ilicitamente.

A lei Bilac Pinto, por sua vez, disciplinava a perda dos bens e valores adquiridos ilicitamente, determinava a amplitude da expressão “servidor público” e elencava os casos de enriquecimento ilícito. De se observar que com exceção da tolerância ou autorização para a exploração de jogos de azar ou de lenocínio; todas as demais condutas previstas nesta lei afetavam diretamente a administração pública e causavam enriquecimento ilícito ao agente público.

Não bastasse, equiparava o enriquecimento ilícito aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando os responsáveis ao processo criminal e à imposição de penas, na forma das leis penais.

Imperioso destacar, outrossim, que antes da LIA não se verificava a existência de atos de improbidade administrativa na forma culposa, pois embora as condutas previstas se aplicassem ao agente público que agisse em verdadeira afronta aos atos de probidade, exigia-se que o agente os tivesse praticado com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem patrimonial indevida.

Curioso observar que até a aprovação da LIA não se aplicavam as sanções de perda de função pública e suspensão dos direitos políticos, por ausência de dispositivo infraconstitucional prevendo tais punições, embora já houvesse discussão doutrinária acerca da possibilidade de aplicação direta de tais sanções, por disposição da própria constituição.

Curioso observar também que a norma foi sancionada em 1992, pelo então presidente da república Fernando Afonso Collor de Mello, que foi posteriormente destituído do cargo por envolvimento em esquemas de corrupção.

Com exceção do afastamento de Fernando Collor, ainda vivemos numa cultura conformista e apática, que somente após 20 anos do sancionamento da LIA e diante de uma enxurrada de escândalos políticos, amplamente noticiados na mídia, passou a exigir condutas mais sérias e probas de seus representantes.

Todavia, esta seriedade ainda está muito aquém do esperado para uma sociedade ativa e rigorosa.

Embora este ativismo cívico esteja fora dos parâmetros esperados no Brasil, cuja sociedade está afastada da política brasileira e não acompanha o trabalho desenvolvido pelos políticos em que votaram, é o que se espera de uma nação como a Brasileira, que cresceu muito aquém do esperado após a globalização.

Não é menos verdade, consoante ficará melhor demonstrado adiante, que a corrupção – fator diretamente ligado à improbidade administrativa - é um dos principais fatores de atrasamento da economia nacional.

Acerca da apática cultura brasileira, em meados do século XX, Francisco Bilac Moreira Pinto, filho do então senador Bilac Pinto, político responsável pelo projeto de lei convertido na Lei 3.502/58, já se manifestou: *“os brasileiros já se habituaram tanto ao clima de corrupção, que já não tem ânimo de contra ele reagir, o que não acontece com os americanos. Essa apatia, em face da corrupção, constitui fenômeno mais grave que a propria corrupção”*.

Por outro lado, não é menos verdade que atitudes mais ativas e rigorosas, como a propositura de ações de improbidade administrativa, vêm sendo palco de inúmeras ações abusivas, com pouco ou quase nenhum fundamento legal, que colocam em cheque os instrumentos legais de combate à corrupção e também a honestidade e honra de todos os políticos brasileiros, sejam eles corruptos ou honestos, mas que não tenham agido com os deveres de cuidado e zelo mensurados ao bel prazer dos autores destas ações.

Daí se destacar a importância da compreensão e análise mais aprofundada do manejo destas ações e de sua repercussão na sociedade, contemplando os benefícios e malefícios deste instrumento para uma evolução política e cultural, máxime para aferição da regularidade do instrumento na punição de atos de improbidade praticados na forma culposa, já que a nosso ver a LIA foi sancionada como forma de erradicar os atos de corrupção e impunidade, não abarcados pela culpa.

## 1.2. Causas da Corrupção e seu reflexo na LIA

A origem da Improbidade Administrativa está diretamente ligada aos atos de corrupção historicamente praticados pelos indivíduos que administram o Estado, daí a importância de se averiguar as principais causas de corrupção e seu reflexo na LIA.

A origem cultural brasileira, marcada por uma cultura mercantilista, com raízes na aristocracia e monarquia, que sempre tratou o dinheiro público como se seu fosse – é obviamente uma das principais causas da corrupção, haja vista que esta origem cultural ainda está muito viva em parcela considerável da sociedade, que utiliza o dinheiro público em seu benefício.

Infelizmente ainda vivemos numa sociedade desinteressada pela política e pelas coisas públicas, que lamenta pela corrupção mas não age de forma a evitar este mal que assola a sociedade, votando em candidatos desonestos que oferecem vantagens indevidas em troca de votos.

O que se quer apontar, não é a existência de uma sociedade corrupta, mas sim a existência e uma sociedade apática que não visualiza a importância de seu voto e dos instrumentos de defesa de seus direitos; uma sociedade que não visualiza que a Administração Pública deve atender precipuamente aos interesses das maiorias e que a escolha de bons candidatos trará muito mais do que as migalhas ofertadas no período eleitoral, pois uma sociedade sem corrupção valoriza os impostos pagos e privilegia a população com a construção e manutenção de bons hospitais, transporte público eficiente, educação de ponta, dentre outros serviços essenciais e que hoje são prestados desqualificadamente pelo Estado.

Em consonância com Rubens Alexandre Elias Calixto<sup>6</sup>, em uma reflexão após 20 anos da aprovação da LIA, os resultados da LIA foram demasiadamente tímidos se comparados à época da aprovação da lei, oportunidade em que Fernando Collor de Mello foi destituído do poder, tendo como uma das principais causas de sua destituição o enorme clamor popular dos jovens *caras pintadas*.

---

<sup>6</sup> CALIXTO: Rubens Alexandre Elias; em sua monografia de doutorado Ação de Improbidade Administrativa – críticas e proposições, p. 12/13.

Em sua obra o autor também relacionou os escândalos políticos do mensalão (amplamente noticiados na mídia no ano de 2005, que revelou o esquema de aliciamento de votos dos parlamentares brasileiros) e do Senado (amplamente noticiados na mídia no ano de 2009, que noticiou a nomeação de parentes dos senadores para cargos comissionados e o pagamento irregular de horas extraordinárias) e, com base nas denúncias do jornalista Fernando Rodrigues – do site UOL<sup>7</sup>, relacionou a existência de 105 casos de supostos desvios de condutas de deputados federais e senadores no ano de 2009, bem como o aumento significativo de escândalos envolvendo a classe política brasileira nos últimos governos.

Calixto<sup>8</sup> também reproduz importante pesquisa de Fernando José Lira<sup>9</sup>, que noticia pesquisa empresarial feita pela *Kroll Associates* em 2001, segundo a qual: “a) um em cada três entrevistados disseram que a corrupção é comum no seu ramo de negócios; b) quase um terço das empresas (principalmente no setor industrial) já recebeu pedidos de pagamento por “fora” para facilitar a concessão de licenças e alvarás; c) metade das companhias já recebeu pedido de propinas em casos envolvendo impostos e taxas; d) metade das empresas que participaram de licitações públicas recebeu pedidos de propinas. Segundo as empresas pesquisadas, os agentes públicos com maior possibilidade de serem corrompidos são: 1º Policiais; 2º Fiscais Tributários; 3º Funcionários ligados à licenças; 4º Parlamentares; 5º Funcionários ligados à licitações; 6º Funcionários alfandegários; 7º Fiscais técnicos; 8º Primeiro escalão do executivo; 9º Funcionários de bancos oficiais; 10º Juízes”.

Ademais, de se destacar que o Brasil hoje ocupa do 73º lugar de 183 países analisados no Índice de Percepção da Corrupção Internacional<sup>10</sup>, divulgado pela Transparência Internacional no ano de 2011, mantendo um alto índice de corrupção, com a média 3,8 pontos – em escala de 0 a 10.

---

<sup>7</sup> <http://listadecorruptos.blogspot.com.br/2009/04/monitor-de-escandalos-no-congresso-2009.html>

<sup>8</sup> CALIXTO: Rubens Alexandre Elias; em sua monografia de doutorado *Ação de Improbidade Administrativa – críticas e proposições*, p. 13.

<sup>9</sup> *Corrupção e Pobreza no Brasil*, p. 15/16.

<sup>10</sup> [http://www.transparency.org/country#BRA\\_DataResearch\\_SurveysIndices](http://www.transparency.org/country#BRA_DataResearch_SurveysIndices).

Por isto apontamos que a conformação social é a principal ou, uma das principais causa de corrupção e um dos maiores óbices ao desenvolvimento da sociedade.

Inobstante a conformação social, principal causa de manutenção do Estado apático em que vivemos, também chamamos atenção para outras causas de corrupção: **a)** A intervenção do Estado na ordem econômica, mediante a criação de entidades componentes da administração indireta, em especial as empresa estatais, destinadas à exploração de atividades econômicas e entrega da direção destes órgãos a indivíduos moralmente pouco qualificados e insensíveis às finalidades sociais que ditaram a intervenção do Estado na Economia<sup>11</sup>; **b)** os baixos salários dos agentes públicos; **c)** a indicação para cargos de confiança sem o necessário concurso público; **d)** o excesso de burocracia, que acaba por facilitar a corrupção com a exigência de pagamentos indevidos para agilidade no atendimento ou até mesmo para tratamento diferenciado; **e)** a ausência de publicidade dos atos administrativos; **f)** a existência de foro privilegiado; **g)** a ausência de controle dos agentes públicos; **h)** ausência de fiscalização; **i)** a ausência de punição dos corruptos, o que acaba por incentivar novos atos de improbidade; e também **j)** o controle da imprensa e, por conseguinte, a restrição a liberdade de imprensa;

Rubens Calixto ao interpretar Fernando Filgueiras<sup>12</sup>, aduz que a corrupção não se resume ao aspecto monetário, como tende a ver a abordagem econômica da política e da democracia. O autor reconhece os prejuízos financeiros que ela causa, mas a vê como um discurso, de forma plástica e flexível, conforme valores e normas pressupostos. Afirma que a ciência política não pode excluir da análise da corrupção as normas e os valores admitidos num corpo social, pois a despolitização da vida política promove uma persistência das crises em que a corrupção se torna mais visível, já que ela se tornará cada vez mais aparente sem que disso resultem mecanismos efetivos de controle, conduzindo a uma crise da legitimidade da própria democracia.

---

<sup>11</sup> BERTONCINI, Mateus; Ato de Improbidade Administrativa – 15 anos da Lei 8.429/92; RT: 2007; São Paulo/SP; p. 26.

<sup>12</sup> FILGUEIRAS, Fernando; Corrupção, Democracia e Legitimidade; edit. UFMG: 2008; Belo Horizonte/MG; p. 23/26, 79/81, 91/93.

Em sua ótica, as conotações morais, ditadas por normas e valores, são partes integrantes de um enunciado sobre probidade ou corrupção de determinada ordem política e social, fornecendo critérios para a noção de bom governo e mau governo, num dado contexto histórico<sup>13</sup>.

Diversas são as causas de corrupção, sendo impossível fazer um rol taxativo com todas as causas existentes.

Por óbvio que as causas de corrupção refletem diretamente na criação e aplicação da LIA. Isto porque, a LIA, foi criada com o escopo de reduzir a corrupção que assolava o país a 20 anos atrás e até hoje é o meio mais eficaz contra a corrupção. Isto não quer dizer que a LIA resolveu todos os problemas de corrupção do país, mas sim que é a única norma de cunho civil que aborda a probidade administrativa.

Importante ressaltar também que a corrupção foi o aspecto mais relevante, quiçá o único na criação da LIA. Todavia, não é o único aspecto abordado pela lei, haja vista que a LIA prevê além das modalidades dolosas a existência de modalidades culposas de ato de improbidade administrativa.

*Concessa venia*, ousamos a discordar dos doutrinadores que defendem a constitucionalidade da modalidade culposa da LIA, por entender que a improbidade como ato ilícito abrangeria tanto os atos imorais quanto os atos ilegais. Sob a ótica destes autores, a improbidade administrativa autorizaria a condenação de agentes públicos corruptos e também dos agentes intoleravelmente inefcazes.

Além de defendermos que a previsão da modalidade culposa extrapola o limite constitucional outorgado pelo legislador constituinte ao prever o ato de improbidade administrativa no art. 37 da Carta Magna, entendemos que este também não foi o principal foco do legislador infraconstitucional que, sob o rótulo da moralidade, deixou

---

<sup>13</sup> CALIXTO: Rubens Alexandre Elias; em sua monografia de doutorado Ação de Improbidade Administrativa – críticas e proposições, p. 21.

registrado em sua Exposição de Motivos que o combate à corrupção era necessário, pois se trata de “uma das maiores mazelas que, infelizmente, ainda afligem o País”<sup>14</sup>.

Feitas estas considerações acerca das causas da corrupção, do intuito do legislador constitucional e infraconstitucional e do reflexo destas causas na LIA, passaremos a análise dos aspectos gerais do Ato de Improbidade Administrativa, a fim de demonstrar que a Carta Constitucional ao assegurar a probidade administrativa buscou erradicar com a corrupção do agente público que age com dolo e resguardar a moralidade da Administração Pública, sendo impossível neste contexto, reconhecer a validade da modalidade culposa sem pressupor o dolo do agente público.

---

<sup>14</sup> GOMES, Roberto Mauro Gomes; *O limite da Improbidade Administrativa*; 3ª ed. América Jurídica: 2006; Rio de Janeiro; p. 1.

### 1.3. Panorama doutrinário da Improbidade Administrativa

O ato de improbidade administrativa está diretamente ligado ao princípio da moralidade administrativa, inaugurado com Maurice Hauriou na doutrina francesa. Também está diretamente ligado à corrupção e, como tal, é tratado como matéria de natureza penal.

Probidade administrativa e moralidade administrativa são sinônimos e abarcam os valores de honestidade, lealdade, boa-fé, boa administração. Contudo, diante do conjunto normativo previsto na LIA é possível afirmar que a improbidade administrativa seria mais ampla que a imoralidade, já que a ofensa aos princípios da moralidade administrativa é apenas uma das hipóteses de atos de improbidade.

Probidade, de origem latina, tem que ver com honestidade. De acordo com o dicionário Houaiss da língua portuguesa, probidade administrativa quer dizer integridade, honestidade no tratamento da coisa pública, por parte dos administradores e funcionários públicos.<sup>15</sup>

No dicionário de sinônimos e antônimos também do Houaiss, probidade é sinônimo de brio, correção, decência, decoro, dignidade, equidade, honestidade, honradez, integridade, lealdade, pundonor, retidão, seriedade e antônimo de deslealdade, desonestidade, falsidade, improbidade, indignidade, iniquidade, insídia, perfídia.<sup>16</sup>

Wallace Paiva Martins Júnior afirma que o princípio da probidade administrativa está contido no da moralidade; é, em verdade, subprincípio deste. Em sua concepção, improbidade equivaleria a imoralidade qualificada pelo resultado enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou atentado aos princípios da Administração Pública.<sup>17</sup>

Juarez Freitas aduz o princípio da probidade administrativa é especificação do princípio da moralidade, significando vedação de atos desonestos ou desleais para

---

<sup>15</sup> HOUAISS – Dicionário da Língua Portuguesa, p. 2.301.

<sup>16</sup> HOUAISS – Dicionário de Sinônimos e Antônimos; 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 661.

<sup>17</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; Probidade Administrativa; São Paulo: Saraiva, 2001, p. 111.

com a Administração Pública. É, em outras palavras, subprincípio da moralidade administrativa.<sup>18</sup>

Para Maurice Hauriou, criador da expressão moral administrativa, a expressão indicava a existência de regras não escritas no funcionamento da Administração Pública, assim como apontava uma especial valoração ética das normas existentes, remodelando os caminhos hermenêuticos vigentes à época<sup>19</sup>, o que permitiu uma análise mais aprofundada dos atos praticados pelos agentes públicos – seja através da análise das intenções do agente na prática de seu múnus, seja através da análise puramente legalista do ato praticado.

A “moralidade” acabava por impor a prática da boa gestão pública, sobretudo da observância às regras éticas incorporadas ao ambiente institucional.

Surgiu como forma de combate à corrupção e, por decorrência deste fato, foi analisada sob a perspectiva do dolo, sendo discutida a inconstitucionalidade da forma culposa por diversos autores brasileiros.

Hodiernamente há defensores tanto da constitucionalidade quanto da inconstitucionalidade da forma culposa.

Os autores que defendem a inconstitucionalidade da forma culposa se apegam aos motivos ensejadores do instituto da improbidade administrativa, incluindo a origem terminológica do *improbis* e a vontade do constituinte. Com base nessa análise, chegam à conclusão de que o ímprobo é o indivíduo desonesto e, como tal, tem plena consciência da ilicitude do ato praticado, sendo inadmissível a previsão de modalidade diversa do dolo.

Ademais, a vontade do constituinte, com base num exame da evolução histórica da improbidade administrativa, acima transcrita, não deixa margens à interpretação diversa da dolosa. Desde o aparecimento da expressão improbidade administrativa – inaugurada por Hauriou, até uma análise perfunctória das Constituições

---

<sup>18</sup> BITENCOURT NETO, Eurico; *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*; Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p.105.

<sup>19</sup> OSÓRIO, Fabio Medina; *Teoria da Improbidade Administrativa*, 2 ed.: São Paulo; RT, 2011, p. 83.

Republicanas, verifica-se que o termo improbidade sempre esteve associado com corrupção e manutenção da moralidade administrativa, daí se dizer que a previsão da norma culposa para o ilícito improbidade não foi contemplada pelo constituinte, principalmente se consideramos que, dentre as penas tão severas da LIA, inclui-se a cassação de direitos políticos do condenado – pena demasiadamente severa para e que restringe um direito fundamental assegurado aos cidadãos brasileiros.

Os direitos políticos, princípio fundamental do cidadão brasileiro, são assegurados constitucionalmente e só podem ser restringidos nas hipóteses excepcionalmente previstas no artigo 15 da Constituição Federal. Trata-se de direito inerente ao Estado Democrático de Direito e tem por fim assegurar a dignidade da pessoa humana.

Para aqueles que defendem a inconstitucionalidade da forma culposa de improbidade, o ímprobo sempre agirá com dolo e nunca com culpa, por ser absolutamente impossível agir de forma desonesta e com culpa. A consciência da ilicitude do ato pressupõe a existência de dolo, sendo inadmissível se falar em culpa.

Ou é desonesto – ou não é. Se o é – é ímprobo, se não o é – não pode ser ímprobo.

E se não é ímprobo não pode ser punido com as severas sanções previstas na LIA – sanções de cunho preventivo especial (e não apenas reparatório) - , dignas de serem aplicadas aos indivíduos que causem prejuízo ao erário dolosamente.

De outro modo, os autores que defendem a constitucionalidade da forma culposa se apegam a letra da lei, partindo do pressuposto que o constituinte haveria conferido ao legislador a opção de definir os atos ímprobos e a sua extensão.

Fábio Medina Osório, um dos maiores defensores da constitucionalidade da forma culposa da improbidade, aprofunda o tema e defende a constitucionalidade da forma culposa da improbidade com base na Interpretação da Norma Constitucional Conforme a Constituição<sup>20</sup> sem observar, contudo, que a condenação do agente

---

<sup>20</sup> A Interpretação conforme a Constituição pressupõe a constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público e exige que, na função hermenêutica da interpretação do ordenamento, seja dada preferência à interpretação que melhor se adeque à Constituição Federal. **Ou seja**, sempre que a lei apresentar mais de um significado possível à norma adotar-se-á aquele que apresente maior conformidade com o texto constitucional,

público por ato de improbidade administrativa que importe no enriquecimento ilícito próprio ou de terceiro, bem como cause prejuízo ao erário ou atente contra os princípios da Administração Pública, devam ser cometidos dolosa e não culposamente, como pretendeu o legislador infraconstitucional ao prever expressamente a existência de atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário – ainda que culposamente.

Inadmissível, portanto, convalidar a interpretação de norma infraconstitucional contrária a vontade do legislador e restritiva de direitos fundamentais, tais como a presunção da inocência, boa-fé e dignidade da pessoa humana – em oposição a vontade do constituinte e aos princípios garantistas da esfera penal.

Com efeito, na ânsia de erradicar a corrupção e convalidar a constitucionalidade de norma evidentemente inconstitucional, Medina Osório admite a valoração do grau de culpa do agente que comete o ato descrito como ímprobo, desconsiderando o intuito do constituinte e também os princípios garantidores do direito penal.

Medina Osório, ainda no intuito de convalidar a forma culposa do ato de improbidade administrativa, aponta como elementos do tipo improbidade administrativa a ilegalidade, a imoralidade e a deslealdade institucional, já que, em sua visão, o probo é o honesto, reto, honrado e decente – mas não só, também seria o agente eficiente, o que o leva a dividir o agente ímprobo em duas categorias: a do agente desonesto e a do agente intoleravelmente ineficiente<sup>21</sup>.

Sob sua perspectiva, ao dever de probidade correspondem os direitos de uma Administração eficiente e honesta. Desconsidera, no entanto, que a responsabilização do “infrator” na esfera civil analisa tão somente a extensão do ato praticado, sendo irrelevante para fins de condenação o grau de culpa do ilícito cometido.

Assim, tanto a previsão da forma culposa quanto a responsabilização na esfera cível, seriam de plano inconstitucionais, a primeira porque desvirtuaria o interesse originário do constituinte que quis punir o agente desonesto e não o agente “ineficaz”; a segunda

---

evitando-se a declaração de inconstitucionalidade. Aplica-se somente quando possível a compatibilização da norma que se pretende seja declarada constitucional com a norma suprema.

<sup>21</sup> OSÓRIO, Fabio Medina; *Teoria da Improbidade Administrativa*, 2 ed.: São Paulo; RT, 2011, p. 100.

porque prevê como sanção civil sanções de caráter preventivo especial – sanção tipicamente penal como ficará melhor demonstrado nos itens 1.4 e 1.5 deste trabalho.

Outrossim, para uma visão mais abrangente da doutrina transcreveremos alguns dos posicionamentos que defendem a inconstitucionalidade da forma culposa:

Para Eurico Bitencourt Neto a desonestidade é ato intencional e pressuposto para a ocorrência do ato de improbidade. Em suas palavras:

*“Em se tratando de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, pode inexistir resultado material danoso – enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário – e, ainda assim, estar configurado ato de improbidade. Neste caso, também fundamental tenha havido dolo, já que o que a norma tem em vista é a desonestidade, a deslealdade, a má-fé do agente público para com os valores essenciais do sistema jurídico. A violação de deveres fundamentais, para que cause dano ao patrimônio moral do Estado, deve ter consigo o comportamento desonesto do administrador público. Desonestidade pressupõe intenção”.*<sup>22</sup>

O autor defende que há normas legais que disciplinam, em outras esferas, a prática de condutas previstas na LIA, mas que não abarquem a carga negativa da improbidade administrativa, prevista na Carta Magna. Em suas palavras:

*“não se pode perder de vista que as normas que disciplinam a prática de improbidade administrativa não esgotam a responsabilização dos agentes públicos. Os estatutos de cada uma das entidades políticas e a Consolidação das Leis do Trabalho trazem responsabilidade funcional; o Código Penal e a legislação esparsa, responsabilidade criminal; as normas cíveis, tal espécie de responsabilidade; e as normas que instituem crimes de responsabilidade e infrações político-administrativas, cominam*

---

<sup>22</sup> BITENCOURT NETO, Eurico; *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*; Del Rey: 2005; Belo Horizonte/MG; p. 114.

*responsabilidade política. (...) será inadmissível a conclusão de que pode ser configurado ato de improbidade administrativa – desonestidade quando ocorra conduta culposa, vale dizer, quando o agente atue com imprudência, imperícia ou negligência. Desonestidade pressupõe intenção, repita-se”.*<sup>23</sup>

Isabela Giglio Figueiredo, também defensora da inconstitucionalidade da improbidade administrativa, entende que o reaproveitamento do texto previsto no artigo 10º da LIA, dependeria da redução parcial do seu texto, excluindo-se a palavra culpa. A autora também entende que os artigos 9º e 11º – por ausência de previsão expressa e incompatibilidade com a norma constitucional, jamais poderiam ser cometidos culposamente. Em suas palavras:

*“Se se admitir que a improbidade administrativa que importe lesão às finanças públicas (art. 10) possa resultar de atuação negligente, imprudente ou imperita, qualquer comportamento do agente público, mesmo que não seja ímprobo, poderá caracterizar improbidade administrativa, com a conseqüente e injusta aplicação das severas sanções previstas na lei, negando por completo o seu espírito punitivo, o que é inadmissível. (...) Não havendo má-fé, repita-se, não há razão de punir sob a égide da Lei de Improbidade Administrativa, pois a improbidade pressupõe um plus, uma qualificação, consistente na desonestidade, que implica a consciência da ilicitude e a vontade de realizar o ato jurídico, ou seja, dolo”.*<sup>24</sup>

Benedicto Pereira Porto Neto e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho entendem que: *“O ato qualificado como ímprobo é aquele que afronta o direito de forma especial, diferenciada. É necessária a vontade positiva do agente administrativo de incorrer na ilicitude; o agente deve ter o propósito de alcançar o objetivo vedado pelo direito; é*

---

<sup>23</sup> BITENCOURT NETO, Eurico; *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*; Belo Horizonte: Del Rey: 2005, p. 114.

<sup>24</sup> FIGUEIREDO, Isabela Giglio; *Improbidade Administrativa – Dolo e Culpa*; São Paulo: Quartier Latin: 2010, 149/150.

*preciso que seja caracterizado o móvel de alcançar objetivos contrários à moralidade”.*<sup>25</sup>

Também são adeptos da inconstitucionalidade da forma culposa Mauro Roberto Gomes Mattos, José Armando da Costa, Francisco Otávio de Almeida Prado e Fernando Capez, dentre outros.

Maria Sylvia Zanella di Pietro admite a responsabilização da forma culposa prevista no artigo 10º da LIA, mas tece duras críticas a norma. Considera que a responsabilização depende de uma um mínimo de má-fé que revele a presença de um comportamento doloso além da prática de um ato com um mínimo de gravidade, que apresente consequências danosas para o patrimônio público, ou propicie benefícios indevidos para o agente ou terceiros e, para arrematar, aduz a possibilidade de falha do legislador ao incluir a conduta culposa – nos atos que importem prejuízo ao erário.<sup>26</sup>

Por outro lado, Marcelo Figueiredo, com posicionamento semelhante ao de Medina Osório, a forma culposa deverá ser sopesada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de amoldar a norma ao espírito constitucional:

*“De fato, ao deitarmos alguma reflexão sobre o dispositivo comentado, certas apreensões nos vêm à mente. A primeira relativa à elasticidade do conceito legal de ato de improbidade administrativa. É certo que a Constituição (art. 37 § 4º) determina que os atos de improbidade administrativa importação a*

---

<sup>25</sup> FIGUEIREDO, Isabela Giglio; *Improbidade Administrativa – Dolo e Culpa*; São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 149/150.

<sup>26</sup> Dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o artigo 10 fala em ação ou omissão, dolosa ou culposa. E a mesma ideia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no artigo 5º da lei. É difícil dizer se foi intencional essa exigência de dolo ou culpa apenas com relação a esse tipo de ato de improbidade, ou se foi falha do legislador, com tantas outras presentes na lei. A probabilidade de falha e a hipótese mais provável, porque não há razão que justifique essa diversidade de tratamento. A responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, destoa do sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito à responsabilidade do agente público, a começar pela própria norma contida no artigo 37 § 6º, da Constituição, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, mas preserva a responsabilidade subjetiva do causador do dano (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; *Improbidade Administrativa*, 24ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p. 843/844).

*suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei. Contudo, a lei integradora da vontade constitucional foi além do razoável ao dispor que “constitui ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa (...)”. ao que parece, o legislador infraconstitucional levou longe demais permissivo da Lei Maior, ausentes proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. Assim, se não inconstitucional, o dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição. Em síntese, imaginemos dado omissão culposa (involuntária, portanto) do agente público causadora de pequena lesão ao erário. Para a lei há ato de improbidade administrativa, e tollitur quaestio. Será crível afirmar-se que tal agente terá seus direitos políticos cassados por força da lei, perdera a função pública, terá seus bens indisponíveis, etc. etc. etc. parece que a conclusão do raciocínio aponta para o absurdo, indicio de erro no percurso exegético. Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional.”<sup>27</sup>*

Para estes autores, a previsão da culpa na norma é constitucional, mas deve ser analisada em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não será qualquer ato culposos que cause prejuízo ao erário que será punido sob as duras penas da LIA, mas sim todo aquele que autorizar a presunção de culpa.

Para Medina Osório também é possível a responsabilização culposa de algumas condutas previstas nos incisos do artigo 11 da LIA, não conseguindo imaginar o mesmo para as hipóteses contempladas no artigo 9º da norma<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> FIGUEIREDO, Marcelo; Probidade Administrativa – Comentários à lei e legislação complementar; 6ª Ed. Malheiros, 2009, p. 97.

<sup>28</sup> Entendemos que o *caput* do dispositivo constante do art. 11 da LGIA efetivamente contempla, a título de cláusula geral, apenas condutas dolosas. A transgressão ali descrita conduz, razoavelmente, a essa assertiva. É natural que assim seja, em busca de limitações mais rígidas ao direito punitivo. Porém, os incisos desse mesmo bloco normativo admitem várias condutas culposas, dentro de uma ideia de excepcionalidade e fragmentariedade,

Para Mateus Bertoncini<sup>29</sup>, defensor da constitucionalidade da forma culposa e legalidade da responsabilização na esfera civil,

*“Considera-se ato de improbidade administrativa para os fins do art. 37 § 4º, da CF, e de sua Lei de Regência (8.429/92), as condutas de qualquer agente público contrárias diretamente aos princípios da finalidade, publicidade, do concurso público, da prestação de contas e da licitação, bem como a violação de segredo e a prevaricação, independentemente de qualquer resultado material, e os comportamentos prescritos na lei (regras), que produzam os resultados prejuízos ao erário de enriquecimento sem justa causa do agente e/ou do terceiro, ensejando tais procedimentos, normalmente dolosos e excepcionalmente culposos, marcados pela violação do princípio da moralidade, responsabilização sujeita a um regime jurídico próprio, autorizador da aplicação proporcional das sanções pertinentes e compatíveis de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, independentemente das instâncias administrativa, criminal, civil e*

---

respeitadas as peculiaridades sancionatórias de cada tipo setorial e também a perspectiva de colaboração das legislações extravagantes, com inserções pontuais de condutas tipificáveis no universo do art. 11 da LGIA. Quanto ao *caput* do art. 9º, nenhuma dúvida paria sobre seu formato essencialmente doloso. Na há espaço para controvérsias, nem para polemicas, é o que nos parece, porque difícil imaginar um enriquecimento ilícito culposo. O dispositivo é cristalinamente claro e inequívoco, espantando dúvidas a esse respeito. Se tal ocorrer, porém, poderá haver enquadramento do sujeito em outro bloco de dispositivos da LGIA, notadamente se houver concorrido, de modo inescusável, ao seu próprio enriquecimento, ou de terceiros, em prejuízo ao erário. (OSÓRIO, Fabio Medina; *Teoria da Improbidade Administrativa*, 2 ed.: São Paulo; RT, 2011, p. 221)

<sup>29</sup> BERTONCINI, Mateus; *Ato de Improbidade Administrativa – 15 anos da Lei 8.429/92*; RT: 2007; São Paulo/SP; p. 260/261.

*política, tendo em vista a concretização do projeto constitucional de probidade na Administração Pública”.*

Em sua concepção, o ato de improbidade administrativa não se resume a lesão aos princípios da moralidade administrativa, legalidade ou juridicidade, apresenta-se num plano superior no qual a moralização representa apenas o início do combate à corrupção.

Diante do acima exposto, podemos concluir as seguintes premissas:

- a) Inexistência de consenso doutrinário acerca do conceito de improbidade administrativa;
- b) Inexistência de consenso doutrinário acerca constitucionalidade da forma culposa do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10º da LIA;
- c) Inexistência de consenso doutrinário acerca da ampliação da modalidade culposa para que abranja os atos de improbidade administrativa estampados nos artigos 9º e 11º que, de acordo com a maior parte da doutrina brasileira, admitiriam apenas a forma dolosa e, por fim
- d) Inexistência de consenso doutrinário acerca da natureza jurídica das sanções estampadas na LIA, consoante ficará melhor demonstrado nos tópicos seguintes.

#### 1.4. Responsabilidade Civil

A palavra “responsabilidade” origina-se do latim *re-spondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir<sup>30</sup>.

A reparação do dano surgiu para atingir aos anseios da sociedade, como uma forma de justiça distributiva. Sua função era atingir os interesses da sociedade moderna, de modo a satisfazer, para cada membro da sociedade, sua aspiração de segurança, comprometida e ameaçada pela vida moderna.

A responsabilidade divide-se em civil e penal.

Na responsabilidade civil o interesse diretamente lesado é o privado, não se justificando a intervenção estatal. Na responsabilidade penal o agente infringe uma norma de direito público e, portanto, o interesse diretamente lesado é o da sociedade e não somente do indivíduo que suportou as conseqüências do ato ilícito.

Enquanto a responsabilidade civil tem um caráter preponderantemente reparatório, a responsabilidade penal tem um caráter punitivo. Reflexo disso é que a responsabilidade civil é medida pela extensão do dano causado enquanto a responsabilidade penal é medida pela reprobabilidade do ato.

A responsabilidade penal do réu é pessoal e intransferível, respondendo até mesmo com a privação de sua liberdade. Já a responsabilidade civil do réu pode atingir todo o patrimônio dos herdeiros no montante das forças da herança.

A tipicidade, requisito genérico do crime, é necessária para a perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal. Na esfera cível, basta a ocorrência de qualquer ação ou omissão que viole direito ou cause prejuízo a outrem (art. 186 do Código Civil), sendo irrelevante a gradação do ato que causou o prejuízo, diversamente do que ocorre na responsabilidade penal.

---

<sup>30</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto; *Responsabilidade Civil*, 5º ed. atual e ampl.: São Paulo: Saraiva, 1994, pág.15

São pressupostos da responsabilidade civil a ação ou omissão, a culpa ou o dolo, a relação de causalidade e o dano.

A ação ou omissão é o ato voluntário intencional ou não, que causa prejuízo a outrem. O ato, em regra, será próprio e, em casos excepcionais, poderá ser de terceiro que esteja sob responsabilidade do agente.

O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Sem ele inexistirá a obrigação de ressarcir.

O dano, por outro lado, é o prejuízo suportado pelo ofendido, pode ser material ou moral e deve ser comprovado.

A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva.

#### **1.4.1. Responsabilidade Subjetiva:**

A Responsabilidade será subjetiva quando houver nexo de causalidade entre a conduta e o dano verificado.

Na Responsabilidade Subjetiva deve haver dolo ou culpa para que haja a obrigação de indenizar. A culpa do agente passa a ser um pressuposto necessário do dano indenizável.

Nestes casos, a responsabilidade do causador do dano somente se configurará se o mesmo tiver agido com dolo ou culpa e, em regra, se dará na pessoa que causou o prejuízo. Em regra porque a responsabilidade poderá ser imposta a terceiro que não causou o prejuízo, mas por decorrência de lei é obrigado a suportá-lo.<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> CC/02 - **Art. 927.** Aquela que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. **Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

#### 1.4.2. Responsabilidade Objetiva:

A Responsabilidade será objetiva, nos casos em que a lei, em determinadas situações, imporá a certas pessoas, a reparação de um dano cometido sem culpa. É a responsabilidade legal ou objetiva.

Esta responsabilidade objetiva independe da culpa, bastando para sua ocorrência a existência de um dano e o nexo de causalidade. É também conhecida como teoria do risco e tem como postulado que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa<sup>32</sup>.

Nos casos de responsabilidade objetiva, dispensa-se a prova de culpa do agente para reparação do dano. Em alguns casos esta culpa é presumida pela lei e em outros se faz necessária sua comprovação.

Exemplos de responsabilidades objetiva estão contemplados nos artigos 932 e ss. do Código Civil, que presumem a culpa dos pais pelos filhos; dos tutores e curadores pelos tutelados e curatelados; dos empregadores pelos empregados; dos donos de estabelecimento comercial por seus funcionários, dos donos de animais por seus bichos – pelo dano que o indivíduo ou animal que esteja sob sua responsabilidade venha a causar a outrem.

Nestes casos a culpa do terceiro é presumida, invertendo-se o ônus da prova. O autor precisa provar somente a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, pois a culpa deste já é presumida. Em tais casos, o réu é quem precisa fazer prova da excludente de ilicitude - com inversão do *onus probandi*.

São exemplos desta excludente de ilicitude a força maior e a culpa exclusiva da vítima. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpado, diante da presunção de culpa que a lei lhe impõe.

Há outros casos em que se dispensa a prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Nestes casos, basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano para que fique configurada a responsabilidade

---

<sup>32</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto; *Responsabilidade Civil*, 5º ed. atual e ampl.: São Paulo: Saraiva, 1994, pág.15.

civil. É o caso, por exemplo, das atividades que causam risco para terceiros, contempladas no parágrafo único do artigo 927 do atual Diploma Civil, açambarcadas pela Teoria do Risco.

De se destacar, no entanto, que a teoria da responsabilidade objetiva não é admitida como regra geral, mas somente nos casos contemplados expressamente na norma legal.

Em última análise e independentemente da responsabilidade ser objetiva ou subjetiva, na esfera cível, a responsabilização se dá pela extensão do dano causado e não pela valia do bem lesado.

Não se verifica o grau de culpa do réu, mas sim o dano suportado pela vítima, para que o ofensor repare-o integralmente.

## 1.5. Responsabilidade Penal

Para a maior parte da doutrina brasileira inexistente um critério científico intrínseco entre os ilícitos penais, civis e administrativos que permita diferenciá-los. O critério adotado para diferenciação dos ilícitos penais e civis seria exclusivamente político, resguardada as devidas proporções – já que o direito penal protege os bens mais importantes e necessários à vida.

Para Rogério Greco a diferença entre o ilícito penal e o civil, obviamente observada a gravidade de um e de outro, encontra-se também na sua consequência. Ao ilícito penal o legislador reservou uma pena, que pode até chegar ao extremo de privar o agente de sua liberdade, tendo destinado ao ilícito civil, contudo, como sua consequência, a obrigação de reparar o dano, ou outras sanções de natureza civil.<sup>33</sup>

De acordo com o critério exclusivamente político, o que hoje é considerado um ilícito penal, amanhã poderá ser considerado ilícito civil ou administrativo. Da mesma forma, o que hoje é considerado um ilícito civil ou administrativo, amanhã poderá ser considerado ilícito penal – o que ao nosso ver, geraria verdadeira insegurança jurídica.

Assim, diante de tamanha instabilidade e totalmente avessos a adoção de critério exclusivamente político, perfilhamos do posicionamento brilhantemente adotado por Capez e adotamos como critério científico o maior ou menor grau de interesse estatal na tutela do bem jurídico protegido, reconhecendo que as penas previstas na LIA, dada a sua repercussão social, tem natureza jurídica penal e não cível – como adotada pelo legislador infraconstitucional.

Para Capez:

*“Estado, na diversidade formal de sua ação defensiva, atenderia unicamente ao critério da maior gravidade do delito penal, que, por isso mesmo, provocaria mais extensa e intensa perturbação social, o que se consubstanciaria numa diferença puramente de grau ou quantidade. Assim, o que decidiria entre a aplicação da simples sanção civil e da reforçada sanção penal, no*

---

<sup>33</sup> GRECO, Rogério – *Curso de Direito Penal* – V. 1 – Parte Geral, 9ª ed. Rio de Janeiro, Niterói, 2007, p. 139.

*reajustamento da ordem jurídica, seria a maior ou menor intensidade da violação desta, apreciada pelo legislador sob a influência do mutável ambiente social, afastando-se quaisquer princípios gerais e prefixos na distinção entre o injusto que incide e o que não incide sub poena, pois não se pode deslocar a questão para o terreno de um direito ideal, com abstração do direito positivo. Não se atêm à realidade do Direito, como emanção do complexo das leis, as teorias que buscam uma razão filosófica ou estritamente científica à diferenciação entre ilícito civil e ilícito penal. Portanto, o que decidiria entre a aplicação da sanção civil e a da reforçada sanção penal no reajustamento da ordem jurídica seria a maior ou menor intensidade da violação desta, apreciada pelo legislador, sob a influência do mutável ambiente social. Se a ação antijurídica não suscitar inquietude pública ou alarde coletivo, o legislador contenta-se com a aplicação da sanção civil, recorrendo à pena apenas quando a conservação da ordem jurídica não se puder obter com outros meios de reação, isto é, os meios próprios do direito civil”.*<sup>34</sup>

É também necessário avaliar para fins de classificação da responsabilidade civil ou penal – a quantidade de pessoas afetadas com a infração cometida e a importância do interesse público tutelado. Ambos os requisitos serão essências para valoração do grau de importância da tutela estatal sob aquela determinada infração – merecendo maior destaque a importância do interesse público tutelado.

Daí se dizer que a improbidade administrativa – mais precisamente a corrupção – afeta vertiginosamente a sociedade. É por decorrência do desvio de verbas arrecadas com a cobrança de taxas e impostos, que a população carece de educação, saúde, moradia, transporte e demais direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

---

<sup>34</sup> CAPEZ, Fernando: *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*; São Paulo; Saraiva, 2010, p. 181.

Aliás, é nestes termos que Capez finaliza sua análise aduzindo que o “*desvio de verba pública pode implicar um dano potencialmente maior até mesmo do que um homicídio, na medida em que, a curto e médio prazos, condena milhares de cidadãos inocentes a se submeter a condições subumanas decorrentes da ausência de um poder público minimamente eficaz, de onde resulta a magnitude do bem jurídico protegido pela Lei de Improbidade Administrativa*”.<sup>35</sup>

Nesta vereda, essencial reconhecer que as penas da LIA, indevidamente intituladas como extrapenais, trazem sanções muito mais severas que inúmeras sanções tipicamente penais, razão pela qual deveriam obrigatoriamente contemplar as garantias e direitos constitucionalmente assegurados aos réus na seara penal.

Daí concluirmos que além de inconstitucional a previsão do tipo de improbidade administrativa na forma culposa, também são inconstitucionais as demais penas aplicadas sem as garantias do direito penal punitivo, estampadas nos princípios penais derivados da dignidade humana, tais como o princípio da legalidade, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade.

Como já dito neste trabalho, a improbidade veio para erradicar a corrupção e não punir os agentes que causem lesão à Administração Pública culposamente.

Ainda que assim não fosse, o que se admite somente por amor a argumentação, o direito penal administrativo – claramente estampando nas penas previstas na LIA, deve obrigatoriamente respeitar as garantias que vigoram para a legislação penal, sob pena de inconstitucionalidade da norma que avilte a dignidade da pessoa humana já que, ao lado de uma finalidade reparadora, perseguem um propósito preventivo especial.

Este é o entendimento esposado por Eugenio Raúl Zaffaroni:

*“Temos afirmado que o direito penal é o único cuja coerção procura a prevenção especial, ao passo que o resto da ordem jurídica procura reparação (que inclui a reposição, quando é*

---

<sup>35</sup> CAPEZ, Fernando: *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*; São Paulo; Saraiva, 2010, p. 184.

*possível). Enquanto o resto da ordem jurídica provê a segurança jurídica mediante a sanção reparadora (salvo aquelas normas cujas consequências jurídicas não são propriamente sanções, como as medidas tutelares ou assistenciais), e a totalidade das sanções reparadoras configura a função de prevenção geral, o direito penal acode com a pena somente quando é necessária a prevenção especial, posto que com a geral não se satisfaz suficientemente a segurança jurídica. O direito penal administrativa se caracteriza por prover a segurança jurídica por ambas as vias. Daí que dita legislação, por participar parcialmente da função preventiva especial, deve respeitar as garantias que vigoram para legislação penal. Tais garantias devem ser respeitadas por toda lei que participe – ainda que parcialmente – da natureza penal e mesmo que não seja, propriamente falando, uma lei penal”.*<sup>36</sup>

*Destarte, “de pouco adiantaria assegurar ao cidadão a garantia de submissão do poder persecutório à exigência prévia da definição legal, se o legislador tivesse a liberdade para eleger de modo autoritário e livre de balizas quais os bens jurídicos merecedores de proteção, ou seja, se pudesse, a seu bel-prazer, escolher, sem limites impostos por princípios maiores, o que vai ser e o que não vai ser crime”.*<sup>37</sup>

Medina Osório, defensor do caráter administrativo sancionador das penas previstas na LIA, reconhece a aplicabilidade das garantias penais às duras penas da LIA, diante da superioridade dogmática penal que – ao seu ver – pode e deve servir de inspiração garantista na seara do direito administrativo punitivo, eis que ambos os institutos constituem projeções do direito punitivo público, necessitando de limites e contornos comuns.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Tratado de derecho penal: parte geral*. Buenos Aires: Ediar, 1981. v.3; p. 150 – obra citada em Fernando Capez: *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*; São Paulo; Saraiva, 2010, p. 193.

<sup>37</sup> CAPEZ, Fernando: *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*; São Paulo; Saraiva, 2010, p. 33.

<sup>38</sup> OSÓRIO, Fabio Medina; *Teoria da Improbidade Administrativa*, 2 ed.: São Paulo; RT, 2011, p. 207

Outrossim, inobstante as penas da LIA possuam evidente natureza penal, são tratadas como sanções civis e, por conseguinte, sem as garantias do direito penal punitivo – razão pela qual são nulas de pleno direito.

Por derradeiro, de se concluir que a responsabilização na esfera penal é mais adequada às penas previstas na LIA do que a responsabilização na esfera civil; **Primeiro** porque a responsabilidade civil, diversamente da responsabilização penal e também das penas previstas na LIA, tem caráter preponderantemente reparatório e não punitivo (o que ocorre nas penas previstas na esfera penal e no direito penal administrativo); **Segundo** porque a responsabilidade penal é mais garantista que a responsabilidade civil, autorizando apenas a punição dos indivíduos que agirem com o intuito de violar o ordenamento jurídico (dolo) e em algumas hipóteses culposas, excepcionalmente previstas no ordenamento jurídico; **Terceiro** porque na esfera penal é essencial a comprovação da intenção do agente na produção do resultado negativo causado; **Quarto** porque na esfera penal é necessária a comprovação da tipicidade da conduta enquanto na esfera civil basta a ocorrência de qualquer ação ou omissão que viole direito ou cause prejuízo a outrem, responsabilidade esta insuficiente para a aplicação de penas tão severas quanto às previstas na LIA, a saber: **a)** perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, **b)** ressarcimento integral do dano, **c)** perda da função pública, **d)** suspensão dos direitos políticos, **e)** pagamento de multa civil de acordo com o acréscimo patrimonial, **f)** 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; tudo em consonância com a extensão do dano causado e do proveito patrimonial obtido pelo agente; **Quinto** porque na esfera civil é irrelevante a graduação do ato que causou o prejuízo, diversamente do que ocorre na responsabilidade penal e também na LIA, hipótese em que é prevista expressamente a gradatividade do fato para aplicação das penas (artigo 12 da LIA).

Encerrada a análise das responsabilidades civil e penal, passaremos a análise dos princípios constitucionais e sua aplicação nas penas da LIA.

## Capítulo II – Análise dos Princípios que influem na LIA

2.1. Princípio da Moralidade Administrativa; 2.2. Princípio da Boa-Fé Administrativa; 2.3. Princípio da Razoabilidade; 2.4. Princípio da Segurança Jurídica; 2.5. Princípio da Dignidade Humana.

### 2.1. Princípio da Moralidade Administrativa

O princípio da Moralidade Administrativa é o princípio basilar da LIA e, também, é alvo de estudo de diversos autores brasileiros, merecendo destaque a obra de Márcio Cammarosano, que tem por propósito desvendar o conteúdo do princípio da moralidade em face dos preceitos Constitucionais, açambarcando em sua análise considerações da filosofia do direito, Direito e Moral, Ética, Costume e Justiça.

No dicionário a palavra **Moral** equivale ao conjunto dos princípios e valores morais de conduta do homem; aos bons costumes; ao conjunto de regras e princípios que regem determinado grupo; que procede com justiça<sup>39</sup> já o termo **Moralidade** equivale a qualidade do que é moral<sup>40</sup>.

No direito administrativo, o termo “Moralidade Administrativa” é inaugurado por Maurice Hauriou que, à época da formulação, visava fundamentar o controle dos atos discricionários evitados de desvio de poder, pelo Conselho de Estado da França – com base na existência de ofensa à moralidade administrativa e não à legalidade<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> No dicionário online Aurélio, site: <http://www.webdicionario.com/moral>;

<sup>40</sup> No dicionário online Aurélio, site: <http://www.webdicionario.com/moralidade>;

<sup>41</sup> O autor também descreve o pensamento de André Gonçalves Pereira sobre a moralidade defendida por Hauriou, “a idéia de moralidade administrativa foi defendida por Hauriou como explicação da criação pelo Conselho do Estado da figura do desvio do poder. O acto discricionário seria inacatável do ponto de vista da legalidade – e assim a sua anulação seria consequência da relevância da moralidade administrativa” (PEREIRA, Erro e ilegalidade no acto administrativo, p. 53)”

Em sua tese, no caso Gommel, Sirey, em 1917, Hauriou formula o conceito: *“(...) a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da “moralidade administrativa”*.<sup>42</sup>

Inúmeros autores, para não dizer todos que se aventuram a sintetizar o princípio da moralidade administrativa, apontam Hauriou como pioneiro no tema.

Cammarosano sintetiza o conceito de moralidade administrativa apresentado por Hauriou da seguinte forma:

*“A moralidade administrativa, para Hauriou, não é outra coisa senão o espírito geral da lei administrativa, espírito esse que impõe aos administradores o dever de agir pelo bem do serviço. O poder administrativo esta subordinado à função. A noção de violação da lei, que enseja controle da legalidade, não se aplica aos casos de desvio de poder, do excesso de poder no exercício do poder discricionário. Seria abusar da noção de violação da lei. Assim, o fundamento do controle do exercício do poder discricionário, da apreciação pelo Conselho de Estado da França de recursos contra atos eivados de desvio de poder, repousaria na noção não de legalidade, mas na noção de moralidade administrativa”*.<sup>43</sup>

O princípio da moralidade administrativa, não se refere à moral comum – consubstanciada em convicções pessoais – mas sim numa moral juridicizada, ou seja, aquela moralidade constituída por valores juridicizados e intimamente relacionados com os valores constitucionais estampados na Carta Magna.

---

<sup>42</sup> HAURIOU, Maurice, apud BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 457.

<sup>43</sup> CAMMAROSANO: Márcio; O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa; Belo Horizonte: fórum: 2006; p. 19.

Para Hely Lopes Meirelles:

“A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública. Não se trata – diz Hauriou, 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”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o autor que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de direito e de moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: - *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, arremata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa, a *moral administrativa* é imposto ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem-comum.”<sup>44</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que para resguardar a Moralidade da Administração o administrador deverá agir nos cânones da ética, lealdade e boa-fé administrativa e, como tal, respeitar a Administração com lisura, sendo-lhe vedado qualquer comportamento astucioso e eivado de malícia. Para o jurista só haverá transgressão ao princípio da Moralidade Administrativa, quando houver ofensa a uma norma moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> CAMMAROSANO: Márcio; O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa; Belo Horizonte: fórum: 2006; p. 67.

<sup>45</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed.: São Paulo; Malheiros, 2008, p. 120/121.

Desenvolvendo o mesmo conceito, em estudo posterior, Welter insiste em que “a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não pela distinção entre o bem e o Mal, mas também pela idéia geral da administração e pela idéia de função administrativa”.

Fábio Medina Osório, *v.g.*, ao traduzir as noções de boa administração ou gestão pública, aponta como base teórica, os ensinamentos de Maurice Hauriou como o “jurista francês que anunciou pioneiramente o princípio da moralidade administrativa, descrevendo-o numa perspectiva funcionalmente alicerçada no ideário de boa gestão pública, independentemente do que resultasse ostensivamente programado pelo direito legislativo. Este autor, ao comentar a jurisprudência do Conselho do Estado francês, no começo do século XX, disse que existia uma moralidade administrativa segundo a qual o administrador ficava vinculado a regras de conduta inerentes à disciplina interna da Administração Pública, o que significava a obediência necessária a pautas de boa administração, transcendendo as minúcias ou previsões expressas nas regras legais. A boa administração comportaria, por esse ângulo, um universo de condutas eticamente exigíveis dos administradores públicos, tivessem ou não previsão expressa no ordenamento jurídico passivo. Ser bom administrador não equivaleria, em suas origens apenas ao mero cumprimento da lei, da mesma forma como o mau administrador poderia descumprir preceitos ligados à ética institucional, à moral administrativa.<sup>46</sup> (grifos nossos)

A perspectiva adotada no discurso da Assembleia Constituinte de 1988 é a crescente aproximação do direito à ética, ou vice-versa, assumindo certas normas morais uma dimensão jurídica, de forma controlada, respeitando-se níveis razoáveis de segurança jurídica<sup>47</sup>.

Para Carmem Lúcia Antunes da Rocha, a moralidade administrativa equivaleria a ética firmada pela sociedade segundo as suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça. Seria a moral extraída do conteúdo da ética socialmente

---

<sup>46</sup> OSÓRIO, Fábio Medina; *Teoria da Improbidade Administrativa*, 2 ed.: São Paulo; RT, 2011, p. 43, ao citar a obra de Maurice Hauriou).

<sup>47</sup> OSÓRIO, Fábio Medina; *Teoria da Improbidade Administrativa*, 2 ed.: São Paulo; RT, 2011, p. 79.

afirmada, considerando o conjunto de valores acatado pela sociedade em sua conduta.<sup>48</sup>

Assentindo com o renomado jurista Márcio Cammarosano, não consideramos crível pressupor que a moral comum equivalha ao Princípio da Moralidade Administrativa previsto na Constituição Federal, uma vez que a moral comum – caso fosse este o sentido contemplado pela constituição – traria um grau muito elevado de insegurança jurídica aos administrados.

Ao nosso ver, a moralidade administrativa é aquela moralidade juridicizada - ou seja, diversamente daquela moralidade comum – é aquela moralidade constituída por valores juridicizados e intimamente relacionada com a liberdade de querer e agir, de determinar-se que a ordem jurídica assegurada, de forma explícita ou implícita, aos agentes públicos no âmbito de sua competência discricionária.

É aquela que comporta valores humanos, porém institucionalizados, selecionados pelo próprio Direito e, por conseguinte consubstanciados em normas jurídicas derivadas de conceitos jurídicos indeterminados, mas que prevaleçam em determinado momento histórico.

Cammarosano vai além, aduz que a moralidade administrativa não pode ser dissociada da legalidade; pelo menos da legalidade em sentido amplo, entendida esta como a qualidade do que está conforme o compatível com a norma jurídica, e não apenas com a lei em sentido restrito.

Em sua concepção *nem tudo que é lícito, é honesto e nem tudo que a lei permite é moralmente aceitável*. A Moralidade Administrativa integra o Direito e não a Moral comum.

Por isto considera que *nem todo ato ilegal é imoral. Mas não se pode reconhecer como ofensivo à moralidade administrativa ato que não seja ilegal. Não existe ato que seja legal e ofensivo à moralidade administrativa. Só é ofensivo à moralidade administrativa porque ofende certos valores juridicizados. E porque ofende valores*

---

<sup>48</sup> CAMMAROSANO, Márcio; O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa; Belo Horizonte: fórum: 2006; p. 69/70.

*juridicizados, é ilegal. Ofender certos valores torna o ato especialmente viciado (...). A imoralidade administrativa é, digamos, resultante de uma qualificadora da ilegalidade.*<sup>49</sup>

Assim sendo, a ofensa a moralidade administrativa não se trata de qualquer ato eticamente reprovável, para que se ofenda a moralidade administrativa o ato deve ser ilegal.

E mais, deve ser um ato imoral e ilícito. Não existe ato que seja legal e ofensivo à moralidade administrativa. Só é ofensivo à moralidade administrativa os atos que ofendem certos valores juridicizados. É a ofensa a valores juridicizados que torna o ato ilegal.

Daí se dizer que, hodiernamente, não é possível falar em modalidade culposa do ato de improbidade administrativa. Desde os primórdios até os dias atuais, a improbidade é vista como a desonestidade do agente público que comete um ato visando uma vantagem indevida, em benefício próprio ou de terceiro.

Assim, com base na teoria inaugural da moralidade administrativa apresentada por Hauriou e nos demais doutrinadores que se arriscaram a escrever sobre o Princípio da Moralidade Administrativa, não vislumbramos a hipótese de ofensa à probidade administrativa na forma culposa já que não nos parece plausível a possibilidade de se cometer atos imorais, sem dolo e plena consciência da imoralidade do ato praticado.

Também na linha de Cammarosano, Eurico Bitencourt conclui sua obra sintetizando a configuração da ofensa à probidade administrativa, da seguinte forma:

*“Quanto à configuração da ofensa à probidade administrativa, princípio consagrado entre nós como a moralidade administrativa formada pelos valores de honestidade, lealdade e boa-fé, presentes – diga-se, ainda que de passagem – em todo o âmbito do Direito, algumas conclusões relevantes foram assentadas. A primeira delas – conclusão inescapável do conceito firmado – é*

---

<sup>49</sup> CAMMAROSANO, Márcio; O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa; Belo Horizonte: fórum: 2006; p. 102.

*que não se poderá configurar ato de improbidade sem que esteja presente conduta dolosa do infrator. A consequência que daí se extrai é que ninguém é desonesto por imprudência, imperícia ou negligência. De outro lado, admitida a possibilidade de haver improbidade administrativa por exclusiva ofensa a princípio, deve estar presente, como requisito fundamental, a ofensa à juridicidade, configurada em vista das circunstâncias concretas. Não haverá, pois, improbidade, ainda que inobservados regra ou princípio válidos, caso a decisão administrativa se tenha pautado em princípios outros do ordenamento, naquele caso como maior força para garantir que o sistema se mantenha intacto”<sup>50</sup>.*

Para que se tenha uma noção exata da importância deste princípio, destacamos um típico de improbidade administrativa. Vejamos.

Dentro do poder de discricionariedade do agente público, podem existir decisões aparentemente legais e moralmente reprováveis. A título de exemplo, poderíamos citar um caso no qual um agente público privilegiasse a construção de uma creche em detrimento da construção de hospital, por interesses pessoais. Isto ocorreria, por exemplo, se o agente público tivesse o poder discricionário de optar indistintamente pela construção de um hospital ou de uma creche e optasse pela construção da creche para interesse próprio – qual seja deixar seu filho na creche.

Neste exemplo a decisão do administrador estaria viciada pelo interesse pessoal que motivou sua decisão final. Sua decisão seria aparentemente legal, já que o agente tinha o poder de optar indistintamente pela construção da creche ou do hospital.

Aparentemente legal porque no exercício da competência discricionária só o interesse público pode ser visado, nenhum outro. Assim, a partir do momento em que o agente público optou pela creche por interesses pessoais, deixou de atender ao interesse público.

---

<sup>50</sup> BITENCOURT NETO, Eurico; Improbidade Administrativa e Violação de Princípios; Del Rey: 2005; Belo Horizonte/MG; p. 137.

Para Celso Antônio o vício cometido pelo agente público que se pauta na legalidade de um ato é ainda mais grave do que a violação direta.<sup>51</sup>

No caso acima explanado, embora não se comprove a existência de dano patrimonial à Administração Pública – posto que a creche trouxe benefícios à coletividade, sua imagem foi indevidamente maculada pelo agente público.

Por conseguinte, é possível afirmar que houve desvio de finalidade e, portanto, ilegalidade na opção adotada pelo agente público, em verdadeira afronta aos princípios de boa-fé e lealdade à Administração.

*Para Bittencourt:*

*A moralidade administrativa indica o correto uso de competência, dentro do padrão moral-administrativo vigente, para a obtenção da finalidade pública. Para o exame da existência do “correto uso de competências” será necessário o exercício de interpretação da norma conforme os valores maiores do sistema. Obter a finalidade pública, para o princípio da moralidade, é, sobretudo, fazê-lo com lealdade, boa-fé, honestidade e com a observância dos valores administrativos considerados bons para uma atividade administrativa adequada.<sup>52</sup>*

---

<sup>51</sup> *Sobremodo nos casos em que o desvio de poder é praticado conscientemente pela autoridade e tanto mais naqueles em que o faz por intuítos pessoais, de perseguição ou favoritismo, avulta a percepção de que o controle do ato é mero controle de legalidade. Com efeito, o agente tanto pode ofender a lei violando-a à força aberta, ou seja, pisoteando à boca cheia e sem recato às disposições normativas, caso em que agride ostensivamente o padrão legal, como pode fazê-lo à capucha, à sorrelfa, de modo soez, embuçado sob capuz de disfarce – para usar uma expressão de Hely Lopes Meirelles – a pretexto de atender o interesse público. Essa forma de proceder é mais grave, é mais perigosa ainda do que aquele que resulta de violação desabrida da lei. Por ser mais sutil, por vestir-se com os trajes de inocência, é mais censurável. Assim, é vício de particular gravidade. Sobre sê-lo, é, também, de especial periculosidade isto porque se o poder judiciário, em face dele, mostrar excessivamente cauto, tímido ou, indesejavelmente, precavido em demasia contra os riscos de invasão do mérito do ato administrativos, os administrados ficarão a descoberto, sujeitos, portanto, a graves violações de direito que se evadam à correção jurisdicional. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio: *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed - 4ª tiragem, Brasil: Malheiros, 2000, p. 58)*

<sup>52</sup> BITENCOURT NETO, Eurico; *Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*; Del Rey: 2005; Belo Horizonte/MG; p. 137.

Por esta razão, em hipótese alguma o administrador poderia ter colocado seus interesses pessoais acima do interesse público. Consoante dito alhures, somente o poder público pode ser visado, quando da decisão do administrador, nenhum outro.

## 2.2. Princípio da Boa-Fé Administrativa

A boa-fé administrativa consiste no dever de corresponder à confiança depositada pelo cidadão na tutela do interesse público, conforme os padrões de conduta exigidos e juridicizados pela sociedade numa relação de espaço-tempo.<sup>53</sup>

Ou seja, o agente deverá atuar de acordo com o dever de conduta esperado pela sociedade, em atendimento à finalidade de tutelar o interesse público. Trata-se de um dever de conduta especial, voltado para satisfação da coletividade.

Não está previsto expressamente no texto constitucional, mas pode ser extraído implicitamente dos princípios da moralidade administrativa, da probidade administrativa e também da confiança.

Expressa a valorização do comportamento ético e do dever de lealdade em cumprimento aos interesses da administração pública.

Jesús Gonzales Pérez, autor de uma das obras mais importantes sobre o tema no Direito Administrativo, que informa a plena aplicação do princípio da boa-fé nas relações entre a Administração e administrado, define a boa-fé com um valor ético de confiança – um dever de conduta honesta e esperada pelos padrões do homem médio.<sup>54</sup>

O comportamento esperado seria aquele exigível pela sociedade à época da decisão e, desde que reconhecido pelo direito positivado.

---

<sup>53</sup> NASSA, Thulio Caminhoto em sua tese de Mestrado – Boa-fé no Regime Jurídico de Direito Administrativo, p. 83.

<sup>54</sup> Representa las vías más fecundas de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico, y, concretamente, el valor de confianza. Sirve de cauce para la integración del idea de fidelidad y de crédito, o de creencia y confianza. La buena fe supone una regla de conducta o comportamiento civiliter, una conducta normal, recta y honesta, la conducta de un hombre corriente, de un hombre medio. Se mide en la relación concreta en la que opera, al igual que sucede con la noción de buen conductor, según la jurisprudencia contencioso-administrativa. No hace referencia al comportamiento general de la persona, sino a su posición en una concreta relación jurídica, bien en su nacimiento, en el ejercicio de los derechos o en el cumplimiento de las obligaciones en que se concreta. (Jesús Gonzales Pérez, citado na obra de Thulio Caminhoto Nassa – Boa-fé no Regime Jurídico de Direito Administrativo, p. 63.)

Para Celso Antônio Bandeira de Mello a boa-fé é inserida no dever ético da moralidade administrativa e é vista como verdadeiro dever de comportamento ético, dotado de boas intenções em relação aos administrados.<sup>55</sup>

Inquestionável, portanto, a aplicação do princípio da boa-fé na Administração Pública, com utilização irrestrita nas relações jurídicas estabelecidas entre o Poder Público e os particulares, considerando-se ainda que, a maior fonte do Direito Público, a Constituição Federal, reconhece o valor da boa-fé, pautada na confiança, cooperação, transparência e lealdade, reconhecidos em diversos dispositivos constitucionais que revelam a preocupação do constituinte com a justiça material – estampada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Parte da doutrina entende que o princípio da boa-fé é subprincípio da moralidade administrativa, sustentando que o princípio da confiança ou da boa-fé nas relações administrativas é manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança nas relações jurídicas.

Para Thulio Caminhoto Nassa o princípio da boa-fé administrativa ganha contornos constitucionais com o dever de solidariedade em contraposição às liberdades absolutas.

No campo do direito administrativo, a boa-fé surgiu como consequência lógica da necessidade de resguardar a tutela de interesse público indisponível outorgado ao administrador.

A Lei nº 9.784/99 positivou a boa-fé, a nível infraconstitucional, como dever para a Administração e para as pessoas que com ela interagem. A boa-fé deve ser respeitada tanto pelo particular que se relaciona com a Administração Pública quanto pelo agente público que se relaciona com o administrado.

---

<sup>55</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed.: São Paulo; Malheiros, 2008, p.119.

A boa-fé deverá, portanto, eliminar quaisquer condutas ardilosas, que tenham por escopo satisfazer interesses secundário da Administração ou interesses escusos do particular, sob pena de nulidade dos atos que ela contrariar.

Enfim, o princípio da boa-fé impõe ao gestor público o dever de zelar pela estabilidade decorrente de uma relação de confiança mútua, amparada pelos princípios da moralidade administrativa, probidade, segurança jurídica e dever de boa administração – sendo que este último corresponde ao dever de empregar qualidade nos meios escolhidos para se atingir resultados mais favoráveis ao interesse público.

A diferença entre os princípios da boa-fé e da boa administração é quase imperceptível. Na primeira a conduta do agente público é pautada na adoção dos meios éticos compatíveis com as expectativas da sociedade. Preocupa-se em retribuir a confiança depositada pela sociedade.

A boa administração, por sua vez, preocupa-se com a eficiência dos atos administrativos.

Para Guido Falzone *“a atividade administrativa, como exercício de um dever especial ou de uma função, teria de ser bem realizada, o que significa que o dever de utilizar o meio mais idôneo, oportuno e conveniente para a satisfação do interesse público”*.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> NASSA, Thulio Caminhoto em sua tese de Mestrado – Boa-fé no Regime Jurídico de Direito Administrativo, p. 110 – ao citar a obra de Guido falzone.

### 2.3. Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade, como os demais tratados nesta obra, também é um dos principais princípios da administração pública. Não está previsto expressamente no texto constitucional, mas é um dos princípios implícitos da Constituição, sem o qual, não há Estado Democrático de Direito.

É também um dos princípios mais importantes da atualidade e certamente, um dos mais citados pelos Tribunais brasileiros. Para o Superior Tribunal Federal a razoabilidade é um gênero, em que *adequação, necessidade e proporcionalidade* são espécies.

É por meio da razoabilidade que o cidadão possui meios de averiguar se o ato adotado pelo administrador público se afigura legal e dentro dos limites da discricionariedade administrativa, uma vez que a discricionariedade conferida ao administrador não está a autorizar-lhe a agir ao seu exclusivo arbítrio, mas sim de optar pela providência mais adequada à situação que se lhe apresente.

Ao atuar em dissonância da razoabilidade o agente público viola o objetivo da lei e afronta os princípios da legalidade (art. 5º, II, 37 e 84) e finalidade (art. 5º, LXIX), previstos constitucionalmente.

Neste sentido é o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual aduz que a correção judicial que tenha por sustentáculo a violação do princípio da razoabilidade não pode ser considerada como invasora do mérito do ato administrativo, de vez que a liberdade conferida ao administrador será inserida nos limites da lei, e uma providência despida de razoabilidade não pode ser tida como obrigada pela lei, ao contrário, transpõe os seus limites, sendo por derradeiro, ilegal<sup>57</sup>. O princípio da proporcionalidade seria uma das facetas do princípio da razoabilidade.

Quanto ao conceito de proporcionalidade, Odete Medauar afirma que alguns autores pátrios separam proporcionalidade e razoabilidade atribuindo a razoabilidade um

---

<sup>57</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed.: São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109.

sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas – o sentido de adequação entre meios e fins. *À proporcionalidade associam um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras.*

Para a autora, a proporcionalidade envolve a razoabilidade. A seu ver:

*“o princípio da proporcionalidade consistiria, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social.”<sup>58</sup>*

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>59</sup>, o princípio da proporcionalidade é visto como uma espécie do gênero razoabilidade.

*“Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins de que tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução.*

O princípio da razoabilidade visa impor adequação entre os meios e os fins almejados pela administração. Tal princípio impõe ao administrador que atue dentro de critérios aceitáveis do ponto de vista racional, vedando a prática de *condutas bizarras*,

<sup>58</sup> ODETE, Medauar – Direito Administrativo Moderno, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 146.

<sup>59</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; Direito Administrativo; 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 81.

*incoerentes, praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas pro quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades legais.*<sup>60</sup>

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, impõe que vedando que os atos administrativos sejam tomados na exata medida necessária para o seu cumprimento – em extensão e intensidade. Tal princípio veda a imposição de obrigações, restrições e/ sanções superiores àquelas necessárias para atendimento do interesse público.

Tais princípios são vetores de suma importância no direito administrativo e principalmente no balizamento da análise da forma culposa e também nas sanções contempladas na LIA.

É pela existência de dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que podemos afirmar que a LIA extrapolou os limites contidos na Constituição Federal ao prever a forma culposa para os atos de improbidade administrativa e contemplou sanções demasiadamente severas para a infração de atos cometido com culpa.

Não bastasse, deixou a fixação das penas cometidas – dolosa ou culposamente – a exclusivo critério do juiz que, segundo a norma, deveria levar em conta para fins de fixação de pena a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente<sup>61</sup>.

De se verificar que a lei não faz distinção entre as condutas dolosas e culposas, ficando a critério exclusivo do juiz a aplicação das penas – o que demonstra verdadeira

---

<sup>60</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed.: São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109.

<sup>61</sup> 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: (...) 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; (...) 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.

afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, também, aos princípios da segurança jurídica e dignidade da pessoa humana.

## 2.4. Princípio da Segurança Jurídica

“O Princípio da Segurança Jurídica é um dos traços fundamentais do Estado de Direito, sem o qual se tem um Estado meramente jurídico, orientado tão só por considerações de oportunidade”.<sup>62</sup>

É o princípio que representa a garantia de certeza e estabilidade essenciais para o convívio em sociedade. É com base nele que o indivíduo pode orientar suas ações, sabendo de antemão o que pode ou não fazer, bem como a consequência de seus atos.

É direito fundamental do cidadão e tem por escopo lhes assegurar estabilidade para o convívio em sociedade, protegendo o cidadão de alterações bruscas na realidade fático-jurídica. É o princípio que garante ao cidadão a adoção pelo Estado de comportamentos coerentes, previsíveis e não contraditórios.

É um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e é essencial para sua manutenção, pois assegura a irretroatividade da lei, o devido processo legal, o direito adquirido e demais princípios essenciais à manutenção dos direitos fundamentais do cidadão.

É visto como um mecanismo autocorretor do Estado – que serve para resguardar a segurança jurídica do próprio sistema; como um sobredireito – regulando a produção e aplicação da norma jurídica e, também, como parâmetro para outras normas – *coordenando-as – formal e temporalmente – em homenagem à previsibilidade, mensurabilidade e estabilidade que deve guardar a atuação do Estado.*<sup>63</sup>

Não bastasse, é um dos meios mais eficazes para a garantia da paz e harmonia social, de uma sociedade digna e justa.

Dentre seus principais aspectos, destacamos a certeza e a estabilidade.

A certeza – consistente na necessidade de prévia noção que o indivíduo deve ter quanto à aplicabilidade da norma, à sua função social e também sua *ratio*, bem como

<sup>62</sup> VALIM, Rafael; O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro; Malheiros: 2010, p. 34.

<sup>63</sup> VALIM, Rafael; O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro; Malheiros: 2010, p. 46.

necessidade de respeito ao comando legal para a convivência harmônica em sociedade.

É a mesma certeza que permite ao cidadão antever o resultado de sua ação, assegurando-lhe segurança jurídica – cuja segurança garante que a produção de determinados atos acarretarão, indubitavelmente, em determinados resultados.

Segurança jurídica esta que *“coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca (...) é a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana.”*<sup>64</sup>

Daí a importância da certeza do resultado na realização do ato. Afinal somente é possível calcular o resultado de uma ação se houver meios de antevê-lo.

Necessário destacar também que somente o aspecto da certeza não seria suficiente para assegurar o princípio da segurança jurídica, pois sem estabilidade não se garante o resultado. De nada adiantaria a previsibilidade das conseqüências dos atos praticados pelos cidadãos, se tais conseqüências se alterassem a todo instante. Esta alternância de resultados traria verdadeira instabilidade jurídica aos administrados.

“É de rigor, portanto, que à previsibilidade oferecida pela certeza se acresça a estabilidade do Direito, de molde a assegurar os direitos subjetivos e as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado. É sob tal prisma que tradicionalmente se aborda o princípio da segurança jurídica no Direito Brasileiro, mais especificamente em relação à estabilidade das relações jurídicas válidas involucradas

---

<sup>64</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed.: São Paulo; Malheiros, 2008, p. 124.

pelos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º XXXVI, da CF).”<sup>65</sup>

Estabilidade esta que resguarda o cidadão de normas futura e que possa lhe afetar negativamente, restringindo-lhe direitos.

Outrossim, mesmo diante da necessidade de adequação do Direito às novas realidades e interesses sociais, necessário que se mantenha o Máximo de segurança jurídica possível e o mínimo possível de afetação na sociedade.

É também por força deste princípio “(conjugadamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé)” que “firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia”.

Verifica-se, desta forma, que o princípio da segurança jurídica é demasiadamente importante para o ordenamento jurídico, pois além de assegurar a estabilidade das relações jurídicas ao seu tempo e modo, também tem o condão de regular as situações jurídicas anteriores e posteriores à nova norma, que altera uma situação jurídica já existente. Por esta razão é que se afirma que o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada são resguardados pelo princípio da segurança jurídica e aptos a prever as consequências do resultado da ação praticada pelo cidadão na data dos fatos, independentemente de regulamentação futura, resguardando de nova regulamentação os atos praticados pelo cidadão sob a égide da lei anterior.

Necessário abrir parênteses, para destacar que o princípio da segurança jurídica somente comporta exceções no caso de aplicação de normas posteriores, com regras ampliativas de direitos. É o caso, por exemplo, de isentar os devedores da cobrança

---

<sup>65</sup> VALIM, Rafael; O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro; Malheiros: 2010; Brasil; p. 47.

de tributos considerados inconstitucionais. Também é o caso de deixar de punir cidadãos por crimes que foram descriminalizados.

Tais argumentos, se transportados para a LIA, demonstram a insegurança jurídica das sanções aplicadas aos atos de improbidade, dada a previsão de normas culposas e de caráter sancionatório “aberto”.

Nessa ocasião, deixamos em voga a discussão acerca da importância do Princípio da Segurança Jurídica, na aplicação das sanções administrativas contempladas na LIA – para os atos de improbidade administrativo culposos.

## 2.5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana foi contemplado no Artigo 1º da Constituição Federal<sup>66</sup>, que dispõe sobre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e representa um valor moral e espiritual inerente à pessoa, contemplando o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

É o princípio da dignidade humana que concede ao indivíduo uma gama de direitos e garantias fundamentais, elevando o ser humano à condição de fundamento da República Federativa Brasileira.

É uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica. Engloba tanto o conceito de direitos fundamentais – positivados no direito pátrio e nos direitos humanos –, quanto nas declarações e convenções internacionais, constituindo um critério de unificação de todos os direitos aos quais os homens se reportam.

É através deste princípio que o ser humano deixa de ser visto como um objeto e passa a ser visto como um fim em si mesmo, adquirindo personalidade própria e um papel fundamental na Constituição Federal – papel este que assegurado hodiernamente pela existência de cláusulas imutáveis (pétreas).

Para Alexandre de Moraes:

*“a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento*

---

<sup>66</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

*da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”<sup>67</sup>*

É um dos princípios mais importantes do direito – se não o mais importante de todos e é com fundamento nele que retiramos do ordenamento jurídico normas incompatíveis com a dignidade da pessoa humana. É tão importante para o Estado Democrático de direito que não deixa dúvidas quanto à sua eficácia, tendo o poder de invalidar qualquer norma que a ele se oponha.

Inobstante a indeterminação de seu conceito, há consenso quanto à necessidade de proteção de determinados bens do homem – como sendo todos aqueles contemplados no tópico dos direitos e garantias fundamentais.

Daí se dizer que somente com a criação de normas que consagrem as garantias de direitos fundamentais é possível contemplar os princípios gerais do direito.

Para Flávia Povesan a dignidade não pode ser renunciada ou alienada, sendo impossível se cogitar a hipótese de concessão dos direitos inerentes à pessoa. Trata-se atributo inerente à própria condição humana.

Assim, ao discorrer sobre o processo de universalização dos direitos humanos esclarece a autora que a formação de um sistema internacional, composto por tratados, é fundado no acolhimento da dignidade da pessoa humana como valor universal de direito.

---

<sup>67</sup> MORAES, Alexandre de – Direito Constitucional – 19. ed. revista, ampliada e atualizada. – São Paulo: Atlas, 2006; p. 16.

Em sua concepção:

*“Todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana”.*<sup>68</sup>

Portanto, a dignidade seria equivaleria a uma qualidade intrínseca do ser humano:

*“Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.*<sup>69</sup>

É com o advento da Declaração dos Direitos do Homem, que se elevou a condição do ser humano, coibindo abusos estatais, oportunidade na qual a pessoa humana passa ser apreciada como conceito de *teor positivo*, que remete à exclusão de sua apreciação em caráter ponderativo em relação a outros bens e princípios constitucionais.<sup>70</sup>

Trata-se de princípio fundamental no constitucionalismo contemporâneo e tem por escopo vedar a coisificação do humano, pela compreensão de que toda pessoa humana é digna e, por essa condição singular, vários direitos fundamentais são

---

<sup>68</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.188.

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.26.

<sup>70</sup> QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 23-24.

conquistados e declarados com o objetivo de proteger a pessoa humana de detestáveis formas de dominação e instrumentalização de sua ínsita condição.

É por decorrência da existência de tal princípio que devemos garantir a manutenção dos princípios garantidores do Estado Democrático de Direito, sob pena de inutilizar o instituto. A previsão e aplicação de penas violadoras da dignidade humana devem ser banidas do ordenamento jurídico aos fundamentos constitucionais e, por conseguinte, à própria constituição.

### **Capítulo III – Inconstitucionalidade da LIA**

3.1. Afronta Moralidade Administrativa; 3.2 Afronta aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade; 3.3 Afronta ao Princípio Segurança Jurídica; 3.4 Afronta ao Princípio Dignidade da Pessoa Humana;

#### **3.1. Afronta ao Princípio da Moralidade Administrativa.**

Após análise sistemática e minuciosa dos motivos constitucionais que permitiram a criação da LIA e de seus princípios regedores, verificamos que a forma culposa foi contemplada indevidamente pela Norma Legal Nº 8.429/92.

Se remontarmos a análise histórica da improbidade administrativa, constataremos que o termo probidade foi introduzido no Brasil a partir da Constituição Republicana de 1891 que, à época, previu como crime responsabilidade do Presidente os atos que atentassem contra a probidade administrativa. Desde então o termo foi mantido em todas as constituições posteriores.

Inobstante ter aparecido somente com a Constituição Republicana de 1891 sofreu grande influência da Carta Constitucional de 1824, que já previa a punição dos Ministros de Estado pelos crimes de peita, suborno ou concussão.

Ou seja, a probidade é anterior à previsão do princípio da moralidade administrativa, no ordenamento brasileiro, mas com este princípio já se harmonizava ao passe que impunha a moralização dos praticados pelos agentes públicos – com enorme repercussão para quem a infringisse.

A improbidade – tal qual a moralidade administrativa, assimila-se à falta de ética, corrupção e lanhesa no trato da coisa pública.

De acordo com a moralidade administrativa – a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos, de lealdade e boa-fé, sempre pautada pela

sinceridade e franqueza, sendo-lhe proibido qualquer comportamento astucioso, evadido de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar o minimizar o exercício de seus direitos.<sup>71</sup>

Em outras palavras, os comportamentos tidos como ímprobo e/ou imoral são aqueles contemplados na LIA – de forma exclusivamente dolosa.

Daí se dizer que tanto na época da criação do instituto da probidade administrativa quanto nos dias atuais: a probidade administrativa seguiu sua concepção axiológica de desonestidade e deslealdade.

Trata-se do devasso da Administração Pública.<sup>72</sup>

Desta forma, não assiste razão ao legislador que contemplou a norma culposa dos atos de improbidade administrativa. Ímprobo é aquele que age com o intuito de violar os deveres de honestidade, lealdade e boa-fé e não aquele que por negligência, imprudência ou imperícia, comete um erro na administração pública.

Para os casos de negligência, imprudência ou imperícia, já existe outras formas de punição contempladas no arcabouço jurídico. – são elas, por exemplo, as penalidades disciplinares contempladas na Lei do Servidor Público Nº 8.112/90<sup>73</sup> - que permitem, dentre outras punições exemplares, até mesmo a demissão do servidor e, também, o ressarcimento do prejuízo causado ao erário – nos exatos termos do Código Civil – ou seja, na exata extensão do causado.

Diante destas razões e de todo o contexto axiológico e histórico do termo probidade administrativa, não conseguimos vislumbrar, em hipótese alguma, a constitucionalidade da forma culposa dos atos de improbidade administrativa – dado aviltamento da dignidade da pessoa humana, que submete-se às severas penas da LIA.

---

<sup>71</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed.: São Paulo; Malheiros, 2008, p. 120/121.

<sup>72</sup> SILVA, José Afonso da; *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 388.

<sup>73</sup> Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada.

Ademais, consoante ficará melhor demonstrado abaixo, rechaçamos veementemente a aplicação das sanções cumulativas de: ressarcimento dos valores (já contemplados na norma civil); perda da função pública (já contemplada na lei geral dos servidores) e, ainda; suspensão de direitos políticos (princípio fundamental do cidadão, num Estado Democrático de Direito); pagamento de multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios – pela ocorrência de falhas no desempenho da função pública.

A presença do elemento subjetivo é requisito essencial para a configuração do ato de improbidade administrativa e sem ela, não há como se falar em improbidade administrativa.

Outrossim, em que pese a existência de obras de peso defendendo a constitucionalidade das sanções previstas na LIA, tais como a de Fábio Medina Osório – que defende a Gradatividade da Culpa – ou, ainda, aquelas que defendem a constitucionalidade da forma culposa, por presumir que a Carta Magna tenha deixado a exclusivo critério do legislador infraconstitucional a forma e gradação dos atos de improbidade.

Fato é que a norma não se amolda aos preceitos constitucionais.

Inconcebível, a presunção equivocada de que o constituinte, ao autorizar que o legislador infraconstitucional dispusesse acerca da forma e gradatividade dos atos de improbidade administrativa, tenha lhes passado cheque em branco.

De modo diverso, ao possibilitar que legislador infraconstitucional dispusesse acerca da forma e gradatividade dos atos de improbidade administrativa, o constituinte autorizou que o legislador o fizesse nos exatos termos do permissivo constitucional. Sendo-lhe vedado alargar ou restringir o preceito constitucional, de modo a amesquinhá-lo ou engrandecê-lo, sem limitação alguma.

Denota-se, portanto, que o legislador infraconstitucional extrapolou os limites conferidos pelo constituinte de modo a ensejar a declaração de inconstitucionalidade da norma estampada no artigo 10º da LIA ou, ao menos, a redução parcial do texto legal, para que exclua a palavra “culpa”, amoldando-se o conteúdo do dispositivo

infralegal aos princípios norteadores da Constituição Federal, respeitando-se o Estado Democrático de Direito, conquistado após anos de luta.

De se destacar que os princípios constitucionais tem função normativa, mas não só. Também possuem função limitadora e, como tal, têm o condão de restringir o conteúdo e alcance das normas infraconstitucionais que extrapolem o núcleo duro de um princípio.

De acordo com Max Möller a aplicação direta as normas constitucionais estaria intimamente relacionada com a força vinculante da constituição:

*“a aplicação direta as normas constitucionais está intimamente relacionada com a força vinculante da constituição (...) na realidade, a constituição tem força vinculante quando suas normas são diretamente aplicadas; e as normas são diretamente aplicadas em razão da força vinculante da constituição. Esta última constituiria um dogma do neoconstitucionalismo<sup>74</sup>, ao passo que a aplicação direta seria a consequência da aceitação da força vinculante. A aplicabilidade direta das normas constitucionais constitui um passo adiante em relação ao controle de constitucionalidade. A partir dessa qualidade, é possível utilizar a norma constitucional não apenas para orientar e limitar o conteúdo das leis, mas também para fundamentar pretensões diretamente em uma norma constitucional.”<sup>75</sup>*

---

<sup>74</sup> O Neoconstitucionalismo apresenta-se como *um movimento jurídico de oposição à lógica do Estado decimonônico, onde imperava o legalismo, o culto à lei e a concepção de atividade judicial como atividade mecânica de aplicação da lei. Exerce papel decisivo na proposição de uma nova forma de encarar a constituição, já não mais como mero limitador formal do poder, mas como verdadeira norma jurídica, apta a impor deveres e obrigações, tanto ao poder público como aos particulares, porquanto documento jurídico de maior hierarquia nos sistemas jurídicos (...) pelo fato de impor também deveres materiais, vem constantemente associada a uma preocupação com a inclusão de valores e conteúdos morais no direito, pelo qual seriam as constituições atuais os elementos de religação do direito com critérios morais e de justiça, os quais seriam inexoravelmente necessários à validade das decisões jurídica (...) seria antipositivista, porquanto conflitaria com a tese da separação entre direito e moral. (MÖLLER, Max; Teoria Geral do Neoconstitucionalismo – bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo; Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2011, p. 26).*

<sup>75</sup> MÖLLER, Max; *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo – bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*; Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2011, p. 37.

Inobstante a este fundamento e ao fato de que nem todo princípio têm aplicabilidade direta e imediata conforme os demais comandos positivados na Carta Magna, notório que determinados princípios de “densidade” poderão ser aplicados de imediato.

*Para Robert Alexy entre normas-regras e normas-princípios, para além de uma diferenciação gradual – abstração generalidade –, há também, e sobretudo, uma diferença qualitativa, que consiste nisto: “o ponto decisivo para distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandamentos de otimização enquanto as regras têm o caráter de mandamentos definitivos como mandamentos de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa que podem ser satisfeitos em graus diferentes e que a medida ordenada de sua satisfação depende não só das possibilidades fáticas senão jurídicas, que estão determinadas não só por regras senão também, essencialmente, pelos princípios opostos. Isso implica que os princípios são suscetíveis de ponderação e, ademais, dela necessitam. A ponderação é a forma de aplicação do direito que caracteriza os princípios. Em contrapartida, as regras são normas que sempre ou bem são satisfeita ou não o são. Se uma regra é válida e aplicável, então, está ordenado fazer exatamente o que ela exige; nada mais e nada menos. Nesse sentido, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Não são suscetíveis de ponderação e tampouco dela necessitam. A subsunção é para elas a forma característica de aplicação do direito.”<sup>76</sup>*

Indubitável a força normativa dos princípios como função norteadora – pelos valores que veiculam, constituindo-se em elementos de validade de decisões concretas, proferidas no âmbito do ordenamento jurídico.

Em razão desta estrutura lógico normativa é que podemos reconhecer a inconstitucionalidade da forma culposa dos atos de improbidade administrativa contemplados na LIA pela afronta ao princípio da moralidade administrativa e, também aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, segurança jurídica e ofensa à dignidade da pessoa humana.

---

<sup>76</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso; *Interpretação Constitucional*, 1ª ed., Brasil: Malheiros, 2007, p. 32/33.



### 3.2 Afronta aos Princípios da Razoabilidade de Proporcionalidade

Demonstrada a inconstitucionalidade da forma culposa dos atos de improbidade administrativa frente ao princípio da moralidade administrativa, passaremos para a análise da inconstitucionalidade frente aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, já estudados nesta obra.

O princípio da razoabilidade é o meio pelo qual se verifica a validade das decisões tomadas pela administração pública. É amparado pelos princípios da legalidade (art. 5º, II, 37 e 84) e finalidade (art. 5º, LXIX), previstos constitucionalmente. Caminha ao lado do princípio da proporcionalidade e tem por escopo garantir que os atos administrativos sejam tomados na medida da estrita necessidade do interesse público.

Inobstante a falta de razoabilidade na previsão das severas sanções contempladas na LIA para a forma culposa, também *“fere a razoabilidade o enquadramento igualitário do ato culposo do agente público como o ato doloso, recebendo o mesmo tratamento do legislado, que descabidamente impôs restrições e punições sérias, tanto para aquele que orquestrou obrar contra a moralidade, produzindo ato ilícito, causador do prejuízo para o ente público, como para aquele ato desastrado do agente inábil que de boa fé se equivocou.”*<sup>77</sup>

É pela análise da adequação entre os meios perseguidos e os meios utilizados que podemos afirmar que a LIA extrapolou os limites constitucionais ao prever a forma culposa para os atos de improbidade administrativa, com a previsão de penas tão severas quanto àquelas aplicadas ao agente público que arquitetou o ato ímprobo.

Diante disto, não resta dúvida quanto a falta de razoabilidade na aplicação da mesma pena às condutas dolosas e culposas.

Para Roberto Mauro *“Não resta dúvida que a lei integradora fere a razoabilidade, quando o seu art. 10 pune conduta proba (expressão culposa) com a mesma gradação*

---

<sup>77</sup> GOMES, Roberto Mauro Gomes; O limite da Improbidade Administrativa; 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 296.

*da conduta dolosa. Em toda conduta desastrada ou inábil que não tenha o dolo como elemento caracterizador não comporta a aplicação da lei de improbidade.*<sup>78</sup>

“O princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe a toda ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislador sobre a matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade”.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> GOMES, Roberto Mauro Gomes; *O limite da Improbidade Administrativa*; 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, p. 298.

<sup>79</sup> BONAVIDES, Paulo; *Curso de Direito Constitucional*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 436.

### 3.4 Afronta ao Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica é de grande valia para o Estado Democrático de direito, ao passo que o homem necessita de segurança para conduzir sua vida tranquilamente.

Da mesma forma, o administrador público também precisa de tranquilidade para conduzir seu trabalho – o que só ocorre diante da certeza e da previsibilidade.

Sua aplicabilidade na LIA ganha contornos especiais, diante da existência de posicionamentos tão contraditórios acerca da própria inconstitucionalidade da forma culposa prevista nos expressamente no artigo 10º e, para alguns autores, de forma implícita no artigo 11.

Destarte, a existência de um ordenamento repleto de falhas legislativas e decisões díspares é demasiadamente preocupante para os agentes públicos, no desempenho de sua atividade.

*“A preocupação com a estabilidade emerge com grande intensidade no direito administrativo com a consagração do Estado Social de Direito, no bojo do qual se introduz a ideia de que atos ampliativos, concedentes de vantagens em favor dos administrados, de cuja singularidade de regime jurídico derivará a criação de novos mecanismos para a defesa do administrado.”<sup>80</sup>*

A insegurança jurídica existente hodiernamente, pode ser facilmente constada nos excertos abaixo:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, I, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. **"O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil.** Ou, em outras palavras, para que

---

<sup>80</sup> VALIM, Rafael; O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro; Brasil: Malheiros, 2010.

se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público." (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). 2. **"A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto"** (Alexandre de Moraes, in "Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional", Atlas, 2002, p. 2.611). 3. "De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999). 4. "A Lei nº 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9); b) em que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade pública" (REsp nº480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, DJU de 24.5.2004, p. 162). 5. O recorrente sancionou lei aprovada pela Câmara Municipal que denominou prédio público com nome de pessoas vivas. 6. Inexistência de qualquer acusação de que o recorrente tenha enriquecido ilicitamente em decorrência do ato administrativo que lhe é apontado como praticado. 7. Ausência de comprovação de lesão ao patrimônio público. 8. Não configuração do tipo definido no art. 11, I, da Lei nº 8.429 de 1992. 9. Pena de suspensão de direitos políticos por quatro anos, sem nenhuma fundamentação. 10. Ilegalidade que, se existir, não configura ato de improbidade administrativa. 11. Recurso especial provido. (STJ, 1ª Turma, REsp .758639/PB, Rel. Min. José Delgado, j. 15-6-2006)

Em outro julgado, também não se reconhece a responsabilidade objetiva:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO. 1. O tipo do artigo 11 da Lei 8.429/92, **para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa, não havendo espaço para a responsabilidade objetiva.** 2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo. 3. Recurso especial improvido. (STJ, 2ª Turma, REsp .658415/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 27-6-2006)

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – EX-PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS SOB O REGIME EXCEPCIONAL TEMPORÁRIO – INEXISTÊNCIA DE ATOS TENDENTES À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO DURANTE TODO O MANDATO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA MORALIDADE. 1. Por óbice da Súmula 282/STF, não pode ser conhecido recurso especial sobre ponto que não foi objeto de prequestionamento pelo Tribunal a quo. 2. Para a configuração do ato de improbidade não se exige que tenha havido dano ou prejuízo material, restando alcançados os danos imateriais. 3. **O ato de improbidade é constatado de forma objetiva, independentemente de dolo ou de culpa e é punido em outra esfera, diferentemente da via penal, da via civil ou da via administrativa.** 4. Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador "desorganizado" e "despreparado", não se podendo conceber que um Prefeito assumira a administração de um Município sem a observância das mais mezinhas regras de direito público. Ainda que se cogite não tenha o réu agido com má-fé, os fatos abstraídos configuram-se atos de improbidade e não meras irregularidades, por inobservância do princípio da legalidade. 5. Recurso especial conhecido em parte e, no mérito, improvido. (STJ, 2ª Turma, REsp .708170/MG, Rel. Min. Eliana Camon, j. 6-12-2005)

Essencial, portanto, um mínimo de segurança jurídica que afaste decisões tão contraditórias em prejuízo da paz jurídica.

### 3.4 Afronta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Conforme já demonstrado neste trabalho, a improbidade administrativa só se caracterizaria em face da imoralidade administrativa especialmente qualificada pela desonestidade e pela corrupção, sob a forma dolosa – pois autoriza a aplicação de penas extremamente severas – de caráter preventivo especial.

A improbidade, repita-se, tem por escopo afastar da Administração Pública os agentes corruptos e desonestos e não aqueles que de forma imprudente, acabe por ocasionar prejuízo ao erário.

Lógico que os agentes intoleravelmente ineficientes<sup>81</sup> devem ser afastados da Administração Pública. Todavia a Improbidade Administrativa não é o meio adequado para este fim. Diversamente, trata-se de uso desarrazoado da norma já que o meio adequado para exoneração de servidores públicos ineficientes está contemplado no Estatuto do Servidor Público – Lei 8.112/90 e não na LIA.

Por esta razão podemos afirmar que a aplicação das penas de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos (de cinco a oito anos) – aplicadas aos servidores que causem prejuízo ao erário, de forma culposa evidencia o erro do legislador infraconstitucional, que está adentrando num terreno arenoso, cujos resultados podem ser desastrosos para Democracia como já previu Montesquieu.

Tomando as lições de Montesquieu – tiradas de sua obra *Espírito das Leis*, brilhantemente interpretada por Paulo Bonavides, verificamos que a probidade é o princípio baluarte dos Estados Democráticos.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Termo utilizado por Fábio Medina Osório para justificar a constitucionalidade da forma culposa nos atos de Improbidade Administrativa.

<sup>82</sup> “A virtude é o princípio donde emana a ordem republicana. Essa virtude não se confunde com a virtude cristã, com a obediência às verdades reveladas da religião. No pensamento de Montesquieu ela se apresenta bem explícita como virtude moral dirigida para o bem público, como amor da república, como sentimento de civismo, no mais humilde ou no mais poderoso dos cidadãos, como capacidade de plena renúncia e sacrifício, como amor da pátria e das leis, como sujeição do interesse privado ao interesse social. Daqui para Montesquieu para a virtude democrática por excelência, que é a igualdade. Esta implica em estado geral de frugalidade. A igualdade será estabelecida pelas leis. Mas, adverte Montesquieu, a democracia não se corrompe apenas com perda do espírito da igualdade senão que se arruína cada vez que a liberdade toca raias extremas, toda vez que os governados se

Isto porque o probo – para a sociedade – é o indivíduo íntegro, honesto, leal – virtuoso e não aquele que comete um erro no múnus de sua atividade – esse é o agente ineficiente que deve ser exonerado do cargo público, por incapacidade e não por improbidade.

A carga negativa contida no instituto da improbidade transcende o cunho meramente jurídico da norma, está albergado na Moral Comum - para ela, reporta-se ao indivíduo desonesto e desleal, imbuído de má-fé.

Diante de tal contexto, porque aplicar sanções culposas – de caráter punitivo nos indivíduos que – no intuito de satisfazer a coletividade falhou? Porque tentar subverter um conceito já enraizado na história da humanidade – a fim de prever sanções já contempladas no arcabouço jurídico? Porque punir tão drasticamente o agente ineficiente, será que perda do cargo ou, até mesmo, a restituição do prejuízo causado ao erário não seriam suficientes para punir o agente que culposamente causou prejuízo ao erário?

Creemos que sim, afinal, não seria justo transportar o risco da atividade ao funcionário que a exerce! Ademais, responsabilidade civil já serve para resguardar o patrimônio da administração público, sendo desarrazoada a previsão de penas mais gravosas do que aquelas necessária para resguardar o interesse público.

Inegável, por derradeiro, a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a fim se de declarar a inconstitucionalidade da forma culposa do ato de improbidade administrativa, que consoante já restou demonstrado, é incompatível com os anseios constitucionais.

---

querem situar no mesmo plano dos governantes, quando o povo, sem confiar já no poder que instituiu, busca tomar e realizar por si mesmo as atribuições dos órgãos representativos. O povo-legislador, o povo administrador, o povo-juiz, eis a democracia corrompida, segundo o autor do Espírito das Leis (...) Sem a virtude, qual Montesquieu a entende, o governo popular é da máxima fragilidade. Não suporta nem os abalos da monarquia, nem os do despotismo; quando, sustentados pela força das leis ou pelo braço dos príncipes, basta um pouco de probidade para se manterem. (...) Quando a virtude desaparece da cena democrática, ou esse princípio vem banido do comportamento do cidadãos e dos governantes – diz Montesquieu – a ambição alastra os corações e a avareza invade o ânimo de todos: o que se amava antes já não se ama, o que era livre com as leis quer sê-lo agora contra as leis, tomando o cidadão afinal aquele aspecto sinistro deplorável dos escravos foragidos. (BONAVIDES, Paulo; *Teoria Geral do Estado*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 282).

A improbidade, por si só, afeta negativamente a imagem do agente público que nela se enquadra – pouco importando se sua ocorrência se deu de forma culposa ou dolosa, pois o indivíduo ímprobo é malquisto pela sociedade. É visto como uma pessoa corrupta, desonesta – que não merece consideração social.

É tão degradante a imagem do sujeito ímprobo que a sociedade o afasta de seu convívio – para não ser a ele assemelhado.

Ao ímprobo é imposta pecha de desonesto – pouco importando se o indivíduo é apenas ineficiente! Perante a sociedade o ímprobo é equiparado ao **gatuno**, com a agravante de que lesou os cofres públicos, embolsando muito mais dinheiro que um gatuno qualquer.

Ou seja, a carga negativa do indivíduo que responde por improbidade é muito severa para ser aplicada da forma culposa. Avilta a dignidade do ser humano e, portanto é inconstitucional.

Para que se tenha noção do cunho nefasto da norma, citaremos um exemplo parecido com o contemplado no artigo 10º da LIA.

Prever a forma culposa para o tipo de improbidade administrativa do agente público seria o mesmo que contemplar a existência de um crime culposo para o **ladroão** – não nos pareceria razoável esta norma, pois a sociedade sabe que quem furta ou rouba o faz dolosamente.

Não adianta falar para o ímprobo que ele é apenas um mau funcionário se para a sociedade ele continua sendo uma pessoa desonesta – principalmente porque sua pena poderá ser idêntica àquela aplicada ao funcionário desonesto, a critério exclusivo do magistrado.

Não bastasse, a dignidade humana também é ofendida pela previsão de normas abertas – que não elencam adequadamente os tipos de comportamentos que devem ser qualificados como ímprobo pelo legislador – violando o princípio da legalidade (estrito senso) e demais princípios garantidores do *jus puniendi* estatal, estampados na presunção da inocência, insignificância, alteridade, confiança, adequação social,

intervenção mínima, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade, e fragmentariedade.

Logo, inadmissível a previsão da modalidade culposa dos atos de improbidade administrativos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerrado o trabalho verificamos que a Lei de Improbidade Administrativa N° 8.429/92 (LIA), realmente ofende os Princípios da Probidade e Moralidade Administrativa, Razoabilidade, Proporcionalidade, Segurança Jurídica e Dignidade da Pessoa Humana e o princípio da Boa-fé Administrativa, ao passo que o intuito do constituinte foi punir o indivíduo desonesto, imbuído de má-fé.

O trabalho também demonstrou que o ímprobo sempre foi tido pela sociedade como o agente desonesto e desleal, sendo inconcebível a tentativa de subversão do termo, a fim de que o mesmo se amolde aos desígnios do legislador infraconstitucional – que também quis punir o agente honesto (que agiu com culpa).

Assim, não adianta falar para o ímprobo que ele é apenas um mau funcionário se para a sociedade ele continua sendo uma pessoa desonesta – principalmente porque sua pena poderá ser idêntica àquela aplicada ao funcionário que agiu com o escopo de lesar o patrimônio público.

Ademais, inobstante ter restado demonstrada a inconstitucionalidade da forma culposa, também restou demonstrada a existência de penas demasiadamente severas e desarrazoadas, em verdadeira afronta à Constituição Federal.

Não bastasse, há controvérsia acerca de sua natureza jurídica (penal, administrativa ou civil). Ao meu ver, o mais importante é reconhecer que se amolda ao direito punitivo estatal – penal ou administrativo sancionador e tratá-la em respeito aos princípios garantidores do *jus puniendi* estatal.

De destacar ainda, a ofensa ao princípio da dignidade humana, com a previsão de normas abertas – que não elencam adequadamente os tipos de comportamentos que devem ser qualificados como ímprobos pelo legislador – violando o princípio da legalidade (estricto senso) e demais princípios garantidores do *jus puniendi* estatal, estampados na presunção da inocência, insignificância, alteridade, confiança, adequação social, intervenção mínima, proporcionalidade, humanidade, necessidade e ofensividade e fragmentariedade.

Por fim, o trabalho atenta para a necessidade de condenação dos réus que agem de forma dolosa – ao arrepio dos interesses da Administração Pública – e não daqueles inaptos – passíveis de penas administrativas ou cíveis menos severas do que as penas contempladas na LIA, tais como a reparação de danos e a exoneração do agente ineficaz.

Diante de tal contexto, porque aplicar sanções culposas – de caráter punitivo nos indivíduos que – no intuito de satisfazer a coletividade falhou? Porque tentar subverter um conceito já enraizado na história da humanidade – a fim de prever sanções já contempladas no arcabouço jurídico? Porque punir tão drasticamente o agente ineficiente, será que perda do cargo ou, até mesmo, a restituição do prejuízo causado ao erário não seriam suficientes para punir o agente que culposamente causou prejuízo ao erário?

Com estas singelas indagações encerro este trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; Curso de Direito Administrativo, 26ª ed.: São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2ª ed - 4ª tiragem, Brasil: Malheiros, 2000.

BERTONCINI, Mateus; Ato de Improbidade Administrativa – 15 anos da Lei 8.429/92; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOURT NETO, Eurico; Improbidade Administrativa e Violação de Princípios; Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BONAVIDES, Paulo; *Curso de Direito Constitucional*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Estado*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias; em sua monografia de doutorado Ação de Improbidade Administrativa – críticas e proposições, 2010.

CAMMAROSANO, Márcio; O princípio constitucional da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa; Belo Horizonte: Fórum: 2006.

DA SILVA, Virgílio Afonso; Interpretação Constitucional, 1ª ed., Brasil: Malheiros, 2007.

DE SOUZA, Carlos Aurélio Mota; Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico jurídico; São Paulo: LTr, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; Direito Administrativo; 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Isabela Giglio; Improbidade Administrativa – Dolo e Culpa; São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GOMES, Roberto Mauro Gomes; O limite da Improbidade Administrativa; 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto; Responsabilidade Civil; 5º ed. atual e ampl.: São Paulo: Saraiva, 1994.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo; Atos de Improbidade Administrativa, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Rogério – Curso de Direito Penal – V. 1 – Parte Geral, 9ª ed., Rio de Janeiro, Niterói, 2007.

HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles – Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HOUAISS, Antônio; Villar, Mauro de Salles – Dicionário de Sinônimos e Antônimos; 2ª ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

MARTINS, Eliezer Pereira - Segurança Jurídica e Certeza do Direito, publicado no site [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br).

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; Probidade Administrativa; São Paulo: Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 31. ed. rev. e atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho . São Paulo. Malheiros, 2005.

MÖLLER, Max; Teoria Geral do Neoconstitucionalismo – bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo; Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2011.

NASSA, Thulio Caminhoto em sua tese de Mestrado – Boa-fé no Regime Jurídico de Direito Administrativo, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina; Teoria da Improbidade Administrativa, 2 ed.: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Francisco Otávio de Almeida; Improbidade Administrativa, São Paulo: Malheiros, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da; Curso de Direito Constitucional Positivo, 19ª ed., São Paulo: Malheiros.

VALIM, Rafael; O Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro; Brasil: Malheiros, 2010.